

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen I

Número Extraordinario. Marzo 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 Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex 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 Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

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.

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

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

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA



APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.

D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.

D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.

D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.

D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.

D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.

D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403



LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Arístegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE
TRANSPARENCIA, DEL USO ESTRATÉGICO DE LA



CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DEL USO ADECUADO DE
LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y
BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO
DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES
ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO *"IN VIGILANDO"*.

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY
9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE
CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709



VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017.
D^a. Patricia Valcárcel Fernández 729

LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA
PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL
DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA
ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS.
D. José Manuel Martínez Fernández 753

LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA
LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.
D. Javier Mendoza Jiménez 783

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.
D^a. Estela Vázquez Lacunza 799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO.
D. Ángel José Cervantes Martín 819

BASES DE PUBLICACIÓN..... 839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
José Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desaciertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este



especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



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

**BLOQUE I:
COMPRA PÚBLICA Y VALORES**



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Castilla-La Mancha y Director del Máster
en Contratación Pública.

Director de la Revista Contratación Administrativa
Práctica de la editorial Wolters Kluwer La Ley y
codirector del Observatorio de Contratación Pública.

Cuenta con una importante especialización investigadora y científica jurídico-administrativa en materia de contratación pública, materia sobre la que ha publicado libros y artículos y ha impartido conferencias en congresos y cursos internacionales y nacionales de relevancia organizados por Universidades europeas y de América Latina, así como en el Instituto Nacional de Administración Pública y en los Institutos autonómicos de Administración Pública. Pertenece a las redes internacionales de relevancia en el ámbito científico de los contratos públicos como la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP).

RESUMEN: Los principios generales de la contratación pública se recogen en el artículo 1 de la LCSP 2017 y su influencia se proyecta sobre todas las fases de los contratos. En su regulación ha sido decisiva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su interpretación de los mismos. Como relevante novedad de la LCSP 2017, el apartado 1 del artículo 1 contiene una referencia expresa al principio de integridad, que se encuentra estrechamente ligado a



los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia.

PALABRAS CLAVE: Principios generales; integridad; igualdad; contratación estratégica.

SUMARIO: I.- El valor de los principios generales en la LCSP 2017 y en el Derecho de la Unión Europea. II.- Inclusión del principio de integridad. III.- El impulso de la contratación estratégica y sostenible

I.- EL VALOR DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA LCSP 2017 Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La LCSP 2017 dedica el primero de sus preceptos a los principios generales de la contratación pública y así establece en su apartado 1 que la norma 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 licitadores. Otros principios que reconoce el precepto son los de eficiencia, libre competencia, selección de la oferta económicamente más ventajosa y el de integridad, que por su novedad respecto a la regulación anterior será objeto de análisis más adelante.

El Título I de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE² se intitula “Ámbito de aplicación,

² GIMENO FELIU, “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia



definiciones y principios generales” y dedica su artículo 18 a los “Principios de la contratación” para establecer que “los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia”.

La norma, cabecera de todo el Derecho de la Unión Europea de los contratos públicos³, desde su primer considerando, resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros⁴.

Se identifican estos principios con los reconocidos por “el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia” y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición

eficiente en compra pública”, REDA núm. 159 (2013), págs. 25 y ss.

³ MORENO MOLINA, J.A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A.: *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, págs. 197 y ss.

⁴ Una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE.



de motivos de la Directiva 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136) ⁵.

A través de una consolidada doctrina, el TJUE ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública⁶ –en base al cual se fundamenta la

⁵ Véase PINTOS SANTIAGO, “Las fuentes formales en el derecho derivado de la Unión Europea: actos típicos y atípicos de la contratación pública, conclusiones a los distintos estadios de los principios generales. El principio general de vigencia tecnológica”, *Contratación administrativa práctica*, nº 147 (2017), págs. 108-115.

⁶ El artículo 4 de la Directiva 2014/24 fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos. La directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

- (a) 5.186.000 EUR, en los contratos públicos de obras;
- (b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;
- (c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos;



cuestionable categoría acuñada por la LCSP de 2007 de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 19 y ss. de la LCSP 2017)-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH)⁷.

El TJUE ha reiterado que el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento⁸. El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica

(d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI.

⁷ Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.

⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)



pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores⁹.

Los principios generales son para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias¹⁰.

También el Tribunal Constitucional español ha reconocido la importancia de los principios generales de la contratación pública en su sentencia 84/2015, de 30 de abril de 2015, que considera aplicables los principios a un contrato de gestión de servicios públicos, que no estaba sujeto a las directivas de contratación.

Acerca de la prevalencia de los principios generales sobre los otros fines institucionales de los contratos públicos, puede verse la resolución 147/2015, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Entre las nuevas normas de la LCSP 2017 tendentes al fomento de la transparencia en los contratos y al respeto en general de los principios generales de la contratación pública, debe destacarse la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, que pese a no encontrar apoyo en el Derecho europeo era muy

⁹ Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110

¹⁰ Véanse las sentencias del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, y de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, Alemania contra Comisión.



utilizado en la práctica contractual de los poderes adjudicadores nacionales. En la LCSP 2017 se crea ahora como nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado procedimiento abierto simplificado, con duración breve y tramitación sencilla, pero con publicidad y transparencia. En este procedimiento hay que valorar positivamente también la previsión de una tramitación sumaria para contratos de escasa cuantía.

A todo lo anterior, debe añadirse la nueva y más completa regulación de la figura del perfil de contratante, llamado a desarrollar un relevante papel como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad, así como la regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

II.- INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

Como relevante novedad, el apartado 1 del artículo 1 LCSP 2017 contiene una referencia expresa al principio de integridad, un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales¹¹, que se encuentra estrechamente ligado a

¹¹ GIMENO FELIÚ, J.M., "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", Revista Española de Derecho Administrativo, nº 147 (2010), p. 517 y MEDINA ARNÁIZ, T, "Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en



los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye el principio de integridad en el derecho a una buena administración y está también reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹².

La Directiva 2014/24 plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y regula tanto los conflictos de intereses, como las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas y las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

En la LCSP 2017 se introduce en el Libro I el artículo 64 para la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses. En este sentido, se impone a los órganos de contratación la obligación de 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

la contratación pública", Diario La Ley, nº 7382 (2010), págs. 1 a 20.

¹² Destaca los efectos jurídicos de esta inclusión GIMENO FELIÚ, J.M., "Una primera valoración del Proyecto Ley Contratos Sector Público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción", web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.268/relcategoria.121/relmenu.3/chk.46c449705a41453545ecee10f8dc5d7>, fecha de consulta 4 de agosto de 2017.



competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, "cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación." (apartado 2 del artículo 64 LCSP 2017, que recoge la definición del artículo 24 de la Directiva 2014/24, coincidente con la del artículo 35 de la Directiva 2014/23).

Como añadido de la LCSP 2017, se precisa además que aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13 (EU:C:2015:166), se resuelve una cuestión prejudicial en la que se analizan las reglas aplicables y las posibles consecuencias conforme al Derecho europeo de la contratación pública de que un licitador tenga conocimiento de un eventual vínculo significativo entre otro licitador y los expertos del poder adjudicador que han evaluado las ofertas y/o tenga conocimiento de la eventual situación excepcional de dicho licitador a raíz de su participación en los trabajos preparatorios realizados previamente al procedimiento de licitación controvertido, sin que el poder adjudicador



haya adoptado ninguna medida en relación con estas circunstancias.

Para el TJUE, un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho, por lo que puede infringir los principios generales de la contratación pública.

En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, la LCSP 2017 lleva a cabo una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición; modifica la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo; y también transpone las denominadas por las directivas “medidas de autocorrección”, de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en la LCSP 2017¹³.

Otra medida importante para garantizar el principio de integridad es la establecida en el apartado 5 del artículo 323 de la LCSP 2017 cuando prevé que en ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos

¹³ Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (una aproximación europea)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 95 (2016), págs. 13 y ss., y MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 104 (2016), monográfico sobre la lucha contra la corrupción política, págs. 77 y ss.

públicos representativos ni el personal eventual. Sólo 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.

La misma prohibición recoge el apartado 4 del artículo 320 en relación con las Juntas de Contratación en la Administración del Estado: “En ningún caso podrán formar parte de las Juntas de Contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, los altos cargos, el personal de elección o designación política ni el personal eventual. Podrá formar parte de las Juntas de Contratación personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.”

III.- EL IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y SOSTENIBLE

El importante apartado 3 al artículo 1 LCSP 2017 establece de forma preceptiva en toda contratación pública la incorporación de manera transversal criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato.

Expresa en este sentido la propia disposición legal su convencimiento de que la inclusión de estos criterios “proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación



pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”¹⁴.

Recogiendo la influencia comunitaria, la LCSP 2017 trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental¹⁵, de innovación y desarrollo¹⁶, y de promoción de las PYMES.

La LCSP 2017 refuerza ahora de forma notable la inclusión en los contratos públicos de consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán recogerse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como

¹⁴ Véase en este sentido la monografía de PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, INAP, Madrid, 2017.

¹⁵ ALONSO GARCÍA, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 26, págs. 5 y ss., y PERNÁS GARCÍA, J. (2011), *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y (2012) “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, págs. 299-323.

¹⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 349 y ss. y (2011) “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 1, págs. 16 a 24.



criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar, como exige la jurisprudencia del TJUE¹⁷.

Por lo que se refiere a las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan de forma muy detallada en el apartado 2 del artículo 200.

En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras como condición de solvencia técnica; y respecto de los temas sociales, se siguen regulando en la LCSP 2017 los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación¹⁸.

¹⁷ Por todas, puede verse la sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis, asunto C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40.

¹⁸ Como importante medida en el ámbito de la discapacidad, se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, que había ya recogido la modificación del hasta



La nueva compra pública que implanta la LCSP 2017 y el Derecho de la Unión Europea está ya impregnando la actuación normativa y contractual de nuestras Administraciones públicas. Buena muestra de ello es la aprobación del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (Orden PCI/86/2019, de 31 de enero) y la creación también en el ámbito estatal de las Comisiones Interministeriales para la incorporación de criterios ecológicos y sociales en la contratación pública. A nivel autonómico destaca la Ley Foral 2/2018, de contratos públicos; la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura; la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía; y el Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid. Y como actuaciones de Administraciones locales se puede resaltar la Instrucción del Ayuntamiento de Valladolid 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible, así como el Plan de Contratación Pública Sostenible del Ayuntamiento de Barcelona para el 2018.

ahora vigente TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.



LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Presidente de Ius Publicum Innovatio (Spin-Off de la
Universidad de La Coruña)
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de La Coruña

Jose Ignacio Herce Maza

Investigador Asociado de Ius Publicum Innovatio
(Spin-Off de la Universidad de La Coruña)
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad
de La Coruña

RESUMEN: En una materia tan compleja y afectada por la legislación motorizada como la contratación pública es fundamental atender al principio y derecho fundamental a una buena administración. La aplicación de este principio garantizará una contratación pública de calidad, sostenible, eficiente, justa y garantista que promueve el interés común. Especialmente importante es para asegurar el cumplimiento del contrato la fase de ejecución, por ello, se dedicará un apartado a estudiar las prerrogativas de la Administración y la figura del responsable del contrato.



ABSTRACT: In a matter as complex and affected by motorized legislation as public procurement, it is fundamental to attend to the principle and fundamental right to good administration. The application of this principle will guarantee a public procurement of quality, sustainable, efficient, righteous and guarantee that promotes the common interest. Especially important is to ensure the execution of the contract the execution phase, therefore, a section will be devoted to study the prerogatives of the Administration and the figure of the person responsible for the contract.

PALABRAS CLAVE: Buena Administración; Contratación Pública; Ética Pública; Derecho Administrativo.

KEYWORDS: Good Administration; Public Procurement; Etic Public; Administrative Law.

SUMARIO: I. Introducción. II. La necesaria observancia de la buena administración en la contratación pública. III. Especial referencia a la buena administración en la ejecución del contrato a la luz de la nueva ley de contratos del sector público. IV. Reflexión conclusiva. V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

Desde hace unos años, la buena administración ha rodeado la vida de las empresas y de las instituciones públicas en la medida en que se intenta mejorar el contenido y el fundamento de la gestión de estas organizaciones, especialmente de la Administración pública, que ha de orientar siempre su actuación al



servicio objetivo del interés general tanto por mandato constitucional como por su propia esencia.

La buena administración se conforma como un verdadero derecho fundamental de los ciudadanos y como un principio de actuación administrativa que se encuentra previsto en textos jurídicos de gran relevancia tales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

Las categorías, instituciones y conceptos del Derecho público han de orientarse al servicio objetivo del interés general partiendo de la premisa de la centralidad del ser humano. De ahí que la buena administración adquiera una relevancia especial sobre todo en aquellas materias que sufren una elevada complejidad regulatoria y que por ello precisan de la presencia de los principios generales del derecho con el fin de proporcionar seguridad jurídica y estabilidad en el marco de interpretación y aplicación de la norma de Derecho Público.

La contratación pública es uno de los sectores del Derecho Administrativo que más se han visto afectados por la motorización legislativa, a lo que hay que sumar su marcado carácter técnico. En efecto, la contratación pública en España ha estado sometida a numerosas reformas normativas sobre todo derivadas del influjo de las Directivas comunitarias sobre compras públicas. La aplicación de dichas normas europeas ha desembocado en el Ordenamiento jurídico español a través de la 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 (en adelante, **LCSP**), que cumple un año de su vigencia.

Pues bien, un año después es conveniente plantear e identificar cuál es el papel de la buena administración en el derecho de las compras públicas y dedicar una especial mención a una fase esencial para la consecución de los fines del contrato, pero en ocasiones olvidada por la doctrina. Nos referimos a la fase de la ejecución del contrato en virtud de la cual se ejecutan las prestaciones previstas y en la que juegan un importante papel el ejercicio de las potestades de la Administración y la figura del responsable del contrato.

II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La buena administración se encuentra en el debate ius administrativista contemporáneo. Señalaba Meilán Gil que afortunadamente se habla con frecuencia de la buena administración¹⁹. Este derecho fundamental, este principio de actuación administrativa, ha alcanzado una gran relevancia dentro de las normas enfocadas a regular la actividad de las Administraciones Públicas e incluye, necesariamente, principios de carácter ético. Todo ello obedece, en definitiva, a que la forma de gobernar y administrar el sector público ha de cambiar profundamente para fortalecer la idea de realización de servicio objetivo al interés general y la presencia permanente de principios como el servicio, la transparencia, la eficacia y la eficiencia entre otros. La buena administración alcanza, por tanto, una gran

¹⁹ MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica" *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87 (2013), p. 14.

relevancia dentro de las normas enfocadas a regular el funcionamiento de las Administraciones Públicas²⁰ y en la adopción de principios éticos en su actuación.

Si se parte de que una Administración Pública *no puede ser sino buena*²¹, una buena administración es aquella que toma las decisiones en función de las personas, de sus necesidades colectivas, en función del interés general²². Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración, más aún en una democracia avanzada. La Administración, a su vez, ha de distinguirse en su actuación por el servicio objetivo al interés general. Por lo tanto, la buena administración no se agota en meras declaraciones, más bien establece un catálogo de obligaciones jurídicas vinculantes para la Administración y el correlativo derecho para el ciudadano.

Este derecho fundamental ha de desarrollarse e interpretarse a la luz del respeto al Ordenamiento jurídico²³. Mediante su aplicación práctica se hace

²⁰ RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014), p. 158.

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, A. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo), pág. 154.

²² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada (España), 2014, p. 7.

²³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa",



inteligible la norma jurídica y se orienta su aplicación hacia el servicio objetivo al interés de todos, de tal manera que es un principio informador del sistema tal y como entendió dichos principios Del Vecchio²⁴. La buena administración tiene un carácter omnicomprensivo de la realidad jurídico-administrativa y ha de envolver toda la actuación de la Administración. Es por este motivo por el cual la buena administración es un elemento imprescindible para que la actividad de la Administración genere confianza en el administrado de tal manera que éste *pueda prever razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas*²⁵.

Dicho carácter omnicomprensivo implica en la existencia de una buena administración en el urbanismo, en los sectores regulados, en la regulación del medio ambiente e incluso de ciertas actividades económicas, entre otras muchas en las que se incluye la contratación pública.

Insistimos, la buena administración es imprescindible en sectores del Derecho Administrativo marcados por una elevada complejidad técnica y sobre todo en

Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 6 (2013), p. 49 y ss.

²⁴ Interesantes son las reflexiones sobre los principios generales del Derecho de DEL VECCHIO, G. *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona (España), 1971, p. 64.

²⁵ CASSAGNE, J. C. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid (España), 2016, p. 67.



aquellos que padecen la motorización legislativa²⁶. En este punto, se ha llegado a afirmar que la contratación pública es un ejemplo paradigmático de la precitada motorización²⁷. Gracias al parámetro objetivo de la buena administración se garantizan unos cánones de seguridad jurídica en una materia que se ha visto afectada por numerosas reformas en el ámbito comunitario y nacional con lo que la aplicación de la normativa sobre las compras públicas ha de estar presidida por la buena administración tanto en su proyección ética como en materia de buena regulación.

Se hablará, por tanto, de la buena administración en la conformación del expediente de contratación, en la redacción de los pliegos, en la adjudicación y en la fase de ejecución sobre la que se hará una especial referencia con posterioridad.

Hay que tener presente que tanto los actos como los contratos son las dos expresiones más conocidas de la manera en que la Administración busca la satisfacción del interés común. La contratación pública, como bien señala la Exposición de Motivos de la LCSP, es un *instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de*

²⁶ Para más información: VV.AA., *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., HERNANDO MASDEU, J., GARCÍA MEXÍA, P.), CEU Ediciones, Madrid (España), 2010, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid (España), 1999.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid (España), 1999, p. 48.



promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.

Conviene detenerse un momento sobre cuáles son las principales características de una buena administración y qué principales manifestaciones de ellas se encuentran en la nueva LCSP. Una buena administración se caracteriza por: i) el reconocimiento del protagonismo y centralidad de la persona en el Ordenamiento jurídico, ii) la aproximación a las condiciones objetivas de la realidad, iii) el empleo de la metodología del entendimiento, iv) la promoción de la participación, v) la vinculación ética, vi) el compromiso con la innovación y la sensibilidad social.

Como vemos, ya en estas notas características pueden entreverse elementos fundamentales que se encuentran ya previstos en la contratación pública y que además se han puesto de manifiesto en la *voluntas legislatoris* y en la influencia comunitaria. Sirviendo de ejemplo el reconocimiento de la persona y aproximación a la realidad son fundamentales en el primer caso para el establecimiento adecuado del objeto del contrato, que directa o indirectamente deberá satisfacer los intereses generales, y en el segundo caso, la aproximación a la realidad ejerce un papel preponderante en el desarrollo de todas las condiciones de la licitación, esto es, los pliegos del contrato, la adjudicación y la fase de ejecución. Los órganos administrativos deben apreciar de manera coherente la realidad. Para realizar dicha labor pueden servirse de institutos como las consultas preliminares al mercado (art. 115 LCSP) mediante estudios de mercado o consultas a operadores económicos.

Las referidas consultas preliminares al mercado o consultas a operadores económicos son



manifestaciones de la metodología del entendimiento en tanto en cuanto terceros ajenos al órgano de contratación contribuyen a la determinación del objeto del contrato o a concretar condiciones de la licitación. Estas formas de participación en la contratación deben encontrarse en la garantía de la libre concurrencia y en el cumplimiento de las normas previstas para la defensa de la competencia.

Por otra parte, el compromiso con la innovación y sensibilidad social son elementos muy presentes en las Directivas Comunitarias y en la LCSP. La exposición de motivos ya destaca que la contratación pública es un instrumento para implementar políticas de innovación y la importancia del establecimiento de objetivos sociales en los contratos públicos. Un buen ejemplo de ello es el art. 28 LCSP en virtud del cual se indica que las entidades del sector público *valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública*. El art. 35.1.c) señala que el contenido mínimo del contrato contendrá la definición del objeto y tipo de contrato, *teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación*. No es cuestión baladí afirmar que la innovación y la sensibilidad social son elementos fundamentales en la contratación tal y como se entiende en las Directivas Comunitarias y en la LCSP. Referentes y guías que conforman un auténtico *soft law* sobre esta materia se encuentran presentes en varias comunidades y municipios de entidad.

Asimismo, del derecho fundamental a una buena administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derivan una serie de corolarios que han de estar presentes en el ámbito de la contratación pública y que, como



veremos, muchos se encuentran también previstos en las Directivas comunitarias. Entre ellos destacan los principios de i) juridicidad, ii) servicio objetivo a los ciudadanos, iii) racionalidad, iv) igualdad, v) eficacia, vi) publicidad, vii) proporcionalidad, viii) ejercicio normativo del poder, ix) imparcialidad e independencia, x) buena fe, xi) celeridad, xii) transparencia o xiii) cooperación.

Estos principios deben estar presentes en la contratación pública y en las actuaciones de los órganos de contratación, quienes deberán actuar conforme al principio de juridicidad, lo que implica que actuarán sometidos al Ordenamiento jurídico. Sus actuaciones deberán encaminarse en definitiva a promover directa o indirectamente a la consecución del bien de todos, de manera racional, dictando decisiones convenientemente motivadas y argumentadas para facilitar el derecho a recurrir y a conocer los hechos y fundamentos jurídicos que la justifican. También una buena administración de la contratación pública deberá respetar en todo caso la igualdad de trato entre los licitadores, actuando de manera eficaz, cumpliendo los objetivos establecidos, evitando la desviación o el abuso de poder en sus actos, conduciéndose de manera imparcial, independiente y de buena fe respetando los plazos establecidos. Además, se deberá respetar la transparencia en la contratación y la cooperación interadministrativa.

La buena administración no se agota en el art. 41 de la Carta ni en sus principios o derechos derivados. En la compra pública la idea de buena administración no constituye un bloque homogéneo, sino que se encuentra conformado por principios que también se



amparan bajo el genérico de buena administración²⁸. Por tanto, la buena administración de la contratación se compone de los principios derivados del derecho fundamental a una buena administración de la Carta y de los principios esenciales y de la contratación pública establecidos por la Unión en el Tratado de la Unión Europea y en las Directivas comunitarias. Muchos principios, por tanto, se encuentran previstos en la Directiva 24/2014. Algunos ejemplos que pueden ponerse de manifiesto son los principios de transparencia, proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad.

En efecto, la buena administración de la compra pública encuentra su operatividad en el cumplimiento de los principios de la Unión Europea, encontrándose dotados de suficiente intensidad para invocarse jurisdiccionalmente junto con los principios de la buena administración²⁹.

El art. 1 de la LCSP determina que el fundamento del derecho de contratos del sector público español no es otro que el respeto a los principios generales comunitarios. Este derecho comunitario de la contratación se encuentra conformado por el Derecho positivo europeo y de las interpretaciones que de éste realiza el Tribunal de Justicia de la Unión, que lúcidamente han sido destacados por su doctrina³⁰. Se

²⁸ MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017*, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MORENO MOLINA, J.A. "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la



trata de los principios de objetividad, imparcialidad, no discriminación u objetividad, alcanzando especial eficacia, señala Rastrollo, los de eficacia, eficiencia y transparencia³¹.

La aplicación práctica de estos principios de buena administración asegurará una contratación pública de calidad, sostenible, eficiente y garantista del interés común promoviendo el justo trato a las partes involucradas.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL PAPEL DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Hemos hecho referencia con anterioridad en como todas las fases de la contratación pública ha de estar presente el principio de buena administración. Este principio, que deberá operar desde el inicio del expediente de contratación hasta la finalización del contrato, deberá servir de guía especialmente en aquellas fases en las que el grado de discrecionalidad es muy elevado, existen elevadas cotas de incertidumbre (como en un proceso de asociación para la innovación) o en situaciones críticas (como una eventual resolución del contrato).

contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 19 (2018), p. 31.

³¹ RASTROLLO SUÁREZ, J. J. “Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la “buena contratación””, *óp. cit.*, p. 164.



Especial mención merece dentro de este marco la ejecución de los contratos públicos. Como señala Gimeno Feliú *la ejecución de los contratos públicos es la fase más importante, pues de ahí depende el correcto cumplimiento de la necesidad pública a satisfacer con el contrato.*³² Por lo tanto, de esta fase depende directamente la satisfacción del interés general objetivo, para lo cual es imprescindible que se ejecute el contrato en el pleno cumplimiento de las condiciones previstas en los pliegos.

En el seno de la fase de ejecución pueden suscitarse controversias relativas a incumplimientos parciales o defectuosos, demoras en la ejecución, perjuicios causados a terceros, incumplimiento de condiciones especiales de ejecución, modificaciones o suspensiones del contrato, cumplimiento y recepción o su resolución. A todas ellas deberá enfrentarse la Administración atendiendo a la buena administración en un sentido amplio y buscando, en definitiva, el cumplimiento del marco legal vigente y la consecución del interés común.

En este contexto conviene resaltar cómo han de operar las potestades de la Administración en la fase de ejecución (a) y el importante papel que ejerce el responsable del contrato (b), quién es el encargado de reforzar el control en fase de ejecución y con la nueva LCSP es de designación obligatoria.

³² Citado por VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. en "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control" disponible en:
http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.desca_rgar/fichero.documentos_Panel3-Patricia-Valcarcel_2c8d66ab%232E%23pdf/chk.3256b7cd78f35ffe86a306f0d03d2a5d (Recuperado el 15 de enero de 2019)



A. Las prerrogativas de la Administración.

Las prerrogativas, mejor dicho, potestades³³, se justifican en la medida en que en los contratos realizados por la Administración entra en juego el interés público. Ariño señala que las potestades son consecuencia obligada de la posición jurídica general de la Administración en el Estado moderno y la tutela que el Derecho presta a los intereses públicos³⁴. De hecho, el art. 189 LCSP determina que *los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas*. Parten, en definitiva, de la consideración de la Administración como poder y de una concepción del Derecho administrativo como Derecho de esa Administración³⁵.

Estas potestades no emanan del contrato ni se encuentran sometidas al arbitrio de la Administración, más bien tienen un carácter reglado y sólo la ley puede modular su contenido. Se encuentran previstas en el Ordenamiento jurídico para atender el interés público, el elemento legitimador de dicha supuesta posición superior de la Administración frente al contratista. El interés general al que hacemos referencia no es otro que asegurar la realización de las obras, prestación de

³³ El prof. Meilán Gil recomendaba, conforme al Estado social y Derecho y la esencia vicarial de la Administración y en tanto en cuanto se trata de una función de servicio, que es más conveniente emplear el término potestad en lugar del término privilegio o prerrogativa. J.L. MEILÁN GIL, *Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración*, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo*, Montecorvo, Madrid, (1986), p. 22.

³⁴ G. ARIÑO: *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, (1984), p. 95.

³⁵ Art. OJO Meilán 2013, p. 18.

los servicios o entregas de bienes contratados por la Administración. Es la salvaguarda del interés general la que justifica, en definitiva, el gran poder que se concede a la Administración en la fase de ejecución.

En el art. 190 LCSP se enumeran dichas potestades, que deberán ejercitarse conforme a lo previsto en la ley y bajo los postulados de la buena administración en sentido amplio. El órgano de contratación puede inspeccionar las actividades del contratista durante la ejecución del contrato, interpretar los contratos, resolver las dudas sobre su cumplimiento, modificarlos por razones de interés general, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender su ejecución, acordar su resolución y determinar sus efectos.

La especial posición jurídica de la Administración en fase de ejecución hace especialmente necesaria la observancia de la buena administración, esto es, un ejercicio de sus potestades basadas en la razonabilidad, racionalidad, medida y proporcionalidad. Asimismo, el poder deberá ejercerse desde el punto de vista normativo, lo que implica el pleno respeto a lo previsto en la ley, que detalla, por ejemplo, la modificación del contrato (art. 203 LCSP), la resolución por demora (art. 195 LCSP) y otros muchos ejemplos.

En cualquier caso, las potestades administrativas en la fase de ejecución no pueden convertirse en cargas desmesuradas para el particular ni mucho menos ejercitarse con exceso o desviación de poder.



En este sentido, como es sabido, debe mantenerse un equilibrio por exigencias de la naturaleza del contrato³⁶ entre las partes de tal manera que el ejercicio de las potestades no sirva como una justificación para la defensa o promoción de intereses ajenos a los generales e incluso distintos a los previstos para el proceso de contratación concreto.

Para evitar las desviaciones de poder o la imposición de cargas desmesuradas al contratista es necesaria la salvaguarda de un exquisito deber de motivación de tal manera que el particular pueda conocer las razones de hecho y de derecho que justifiquen una determinada resolución y que ésta pueda ser posteriormente controlada por los tribunales. Las decisiones de gran repercusión para el particular que se pueden llegar a adoptar en sede de ejecución, como la resolución o la imposición de penalidades deberán estar adecuadamente fundamentadas, ya que así y sólo así se fundamenta su actuación.

Asimismo, su ejercicio deberá someterse a lo previsto en el art. 191 LCSP y a la normativa concordante. En este artículo se prevé la celebración de un trámite de audiencia y la necesidad de dictamen preceptivo del Consejo de Estado en algunos supuestos.

Por ejemplo, las facultades de inspección no podrán, señala el art. 190 LCSP, implicar un derecho general de inspección al contratista con excepción de que sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones del

³⁶ G. ARIÑO ORTIZ, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, IEA, Madrid (1968); Libardo RODRÍGUEZ GARCÍA, El equilibrio económico en los contratos administrativos, 2.ª ed., Temis, Bogotá (2012).

contrato. Si se diera el caso el órgano de contratación deberá motivarlo.

En definitiva, una buena administración ejercerá sus potestades en el seno de la ejecución del contrato de manera responsable y ética. Sus resoluciones deberán ser proporcionales, razonables y estar motivadas de tal manera que se busque el mayor equilibrio posible entre las partes.

B. El responsable del contrato.

Para poner en contexto esta figura conviene poner de manifiesto que si bien es cierto la LCSP ofrece herramientas suficientes para garantizar la ejecución del contrato, no existe cultura de control en esta fase³⁷. La figura del responsable del contrato se entiende también, junto con otros mecanismos de control, como un instrumento encaminado a la lucha contra la corrupción³⁸.

Precisamente por este motivo nace la figura del responsable del contrato, cuya función es reforzar el

³⁷ RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P.; "Instrumentos de control de la contratación pública. La intervención de la mesa de contratación y del responsable del contrato", *Auditoría Pública*, 72 (2018), p. 14. Disponible en: <http://asoce.es/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Auditoria-Publica-n%C2%BA-72-pag-27-a-36.pdf>

³⁸ Sobre el concepto de corrupción en la contratación pública, podemos remitirnos, por ejemplo, a ARIEL REZZOAGLI, B. *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ratio Legis, Salamanca (España), 2005. Dicha obra incluye los estudios y manifestaciones de RIVERO ORTEGA, R. que constituye también un aporte muy interesante.



control de cumplimiento y solventar los posibles problemas que surjan en el seno de esta fase y que es, además, desde la entrada en vigor de la nueva LCSP de obligatoria designación.

El art. 62 prevé que el responsable del contrato sea a quien le corresponda *supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro de las facultades que aquellos le atribuyan.*

Resulta interesante como ha señalado Rodríguez-Pérez subrayar que en la práctica el responsable del contrato, que en principio no interviene en las fases de preparación o adjudicación, actúa como asesor técnico informando a la mesa de contratación a la hora de valorar las ofertas presentadas o determinar la viabilidad de una oferta anormal o desproporcionada³⁹.

Si bien es cierto se han concretado algunas facultades como la emisión de informe si tiene lugar un retraso no imputable al contratista (art. 195 LCSP), su capacidad para proponer la aplicación de penalidades (art. 194.2 LCSP) o la facultad de dictar instrucciones para la interpretación del clausulado y de los pliegos en contratos de servicios (311.1 LCSP), sorprende que se haya previsto un tan alto margen de discrecionalidad para el órgano de contratación en el establecimiento de sus facultades. Desde este punto de vista el órgano de

³⁹ RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P.; "Instrumentos de control de la contratación pública. La intervención de la mesa de contratación y del responsable del contrato", *Auditoría Pública*, 72 (2018), p. 14. Disponible en: <http://asoce.es/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Auditoria-Publica-n%C2%BA-72-pag-27-a-36.pdf>

contratación puede adaptar el papel del responsable a las particularidades de cada contrato y, por ende, asignarle unas funciones adecuadas y pertinentes; pero, por otra parte, se corre el riesgo de asignarle sólo las competencias mínimas previstas en la ley de tal manera que sus funciones puedan ser en la práctica, más limitadas de lo que debieran.

Otro elemento que llama la atención es la ausencia de establecimiento de requisitos mínimos de capacidad técnica o solvencia profesional que acredite que el responsable del contrato cumple con las condiciones mínimas para ejercer las funciones de control de manera adecuada.

Señala Valcárcel, de manera acertada, que su marco normativo es insuficiente. En esta línea pone de manifiesto una serie de deficiencias en su regulación, tales como la no adopción de requisitos formales para evitar conflictos de interés, la no previsión de medidas de transparencia (nombramiento, atribuciones, decisiones e instrucciones) o las consecuencias de su falta de designación.

En la figura del representante del contrato y en relación con lo anterior es fundamental el papel de la buena administración entendida en un sentido amplio. Desde el punto de vista del ejercicio de las facultades del propio responsable como en la determinación de sus facultades y designación. En definitiva, deberá ser la búsqueda del servicio objetivo al interés general que se pretende alcanzar en el proceso de contratación lo que ha de guiar todas las actuaciones relativas al responsable del contrato.

Una adecuada labor del responsable será aquella se centra en las labores de control y seguimiento durante



toda la fase de ejecución del contrato buscando en todo caso la efectiva realización de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato buscando la consecución de los fines de interés general que lo justifican. Para ello deberá cumplir de manera exhaustiva las previsiones normativas para la fase de ejecución y ejercer sus facultades de manera ética, imparcial y garantizando los principios y derechos derivados de la buena administración, lo que lleva aparejado el compromiso con los deberes de coherencia, facilitación, transparencia, motivación, entre otros muchos.

Un adecuado ejercicio de las funciones del responsable puede servir como un importante garante de la integridad y prevención de la corrupción en la medida en que puede ejercitar labores de control en cuestiones muy controvertidas como los pagos del contratista a subcontratistas o en el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. En definitiva, más allá de las facultades mínimas, el papel que ejercerá en cada contrato dependerá de la configuración de los pliegos de condiciones administrativas lo que permite adaptar su papel a la realidad de cada contrato.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

Principios como el servicio al interés general, transparencia, eficacia o eficiencia deben estar presentes en la actividad de la Administración. Los ciudadanos tienen derecho a exigir estos estándares de funcionamiento al Poder público en tanto en cuanto la buena administración incluye un catálogo de obligaciones jurídicas vinculantes para la Administración y el correlativo derecho para el ciudadano.

En aras de la seguridad jurídica la aplicación de la normativa sobre compras públicas ha de estar presidida por la buena administración en su proyección ética como en materia de buena regulación.

En este sentido una buena administración de la compra pública reconocerá el protagonismo y centralidad de la persona en el Ordenamiento, se aproximará de manera objetiva a la realidad, empleará la metodología del entendimiento, promoverá la participación, actuará de manera ética y finalmente, estará comprometida con la innovación y sensibilidad social.

Del derecho fundamental a una buena administración parten además una serie de corolarios que han de estar presentes en la contratación pública y que se encuentran también recogidos en el acervo comunitario.

Principios como la transparencia, eficacia, eficiencia, racionalidad, igualdad, proporcionalidad o imparcialidad han de presidir la contratación pública y las actuaciones de los órganos de contratación. A los principios básicos de la buena administración hay que sumar los principios que nacen del acervo comunitario y que han sido consolidados a través de la jurisprudencia comunitaria.

Merece una mención especial la buena administración en la ejecución del contrato puesto que es una de las fases más importantes en la medida en que de ella depende el correcto cumplimiento de lo pactado. En la ejecución pueden suscitarse numerosas controversias que han de resolverse desde la perspectiva de servicio objetivo al interés general y en ella tienen una especial



relevancia las prerrogativas de la Administración y la figura del responsable del contrato.

Las prerrogativas se justifican en la medida en que en la compra pública se encuentra en juego el interés público que deberán ejercerse de manera razonable, racional, proporcional y debidamente motivada en pleno respeto del marco positivo vigente y sin que se desemboque en un ejercicio excesivo o en desviación de poder. Una buena administración ejercerá sus potestades en la fase de ejecución de manera responsable y ética.

El responsable del contrato es una herramienta que pese a algunos defectos en su configuración en la LCSP es una figura muy importante en el control del cumplimiento del contrato. Una adecuada labor del responsable del contrato, conforme a la buena administración, se centra en un seguimiento del contrato durante toda la fase de ejecución buscando la efectiva realización de las prestaciones buscando alcanzar los fines de interés general que lo justifican de tal manera que sea un garante de la integridad y prevención de la corrupción.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIEL REZZOAGLI, B. *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ratio Legis, Salamanca (España), 2005.
- CASSAGNE, J. C. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid (España), 2016.
- CHAVES, J. R. "Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad",



2016, disponible en:
<https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> [Fecha última consulta: 19 de mayo de 2015].

- CERRILLO i MARTINEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*. Aranzadi, Pamplona (España), 2014.
- CERRILLO I MARTINEZ, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid (España), 2005.
- DEL VECCHIO, G. *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona (España).
- DELPIAZZO, C., "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", *Revista de Derecho*. Segunda época, año 9, nº 10 (2014).
- DURÁN MARTÍNEZ, A. "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid (España), 1999.
- G. ARIÑO: *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, (1984).
- G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid (1968).
- HERCE MAZA, J.I., "La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo", *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 10 (2017).
- MEILÁN GIL, J. L. "La buena administración como institución jurídica" *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87 (2013).
- MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho*



Administrativo 2017, consultado en:
[https://foroida.org/wp-](https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf)

[content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf](https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf) [Fecha
última consulta: 1 de junio de 2018]

- MEILÁN GIL J.L., *Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración*, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo*, Montecorvo, Madrid, (1986).
- MORENO MOLINA, J.A. "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Administrativo*, 19 (2018).
- OLLERO, A. *El Derecho en Teoría*, Aranzadi, Pamplona (España), 2007.
- PADILLA RUIZ, P., "La buena administración como fundamento de actuación del empleado público", *Revista Vasca de Administración Pública*, 108 (2017).
- PONCE SOLÉ, J. "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración" *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016).
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J. "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada (España), 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6 (2013).



- RODRÍGUEZ GARCÍA, L. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2.^a ed., Temis, Bogotá (2012).
- RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P.; "Instrumentos de control de la contratación pública. La intervención de la mesa de contratación y del responsable del contrato", *Auditoría Pública*, 72 (2018), p. 14. Disponible en: <http://asocex.es/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Auditoria-Publica-n%C2%BA-72-pag-27-a-36.pdf>
- VV.AA., *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., HERNANDO MASDEU, J., GARCÍA MEXÍA, P.), CEU Ediciones, Madrid (España), 2010.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. en "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control" disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Panel3-Patricia-Valcarcel_2c8d66ab%232E%23pdf/chk.3256b7cd78f35ffe86a306f0d03d2a5d (Recuperado el 15 de enero de 2019)



LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

Francisco Puerta Seguido

Director Académico de la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Doctor área de Derecho Administrativo. Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

RESUMEN: La aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público debe suponer un impulso decidido en la lucha contra la corrupción detectada en el desempeño de las funciones públicas y, en particular, en el ámbito de la contratación de las entidades que integran el denominado "Sector Público". Entre los muchos instrumentos jurídicos diseñados con esa finalidad destacamos el papel que han de desempeñar las obligaciones de publicidad activa impuestas por las leyes, estatal y autonómica, como consecuencia natural de la exigencia de transparencia en la actividad pública.



ABSTRACT: The approval of the new Law of Public Sector Contracts must suppose a decided impulse in the fight against the corruption detected in the performance of the public functions and, in particular, in the scope of the hiring of the entities that make up the so-called "Sector Public". Among the many legal instruments designed for this purpose, we highlight the role that the obligations of active publicity imposed by the laws, state and regional, have to play, as a natural consequence of the requirement of transparency in public activity.

PALABRAS CLAVE: Integridad y corrupción. Principio de Transparencia. Publicidad activa.

KEY WORDS: Integrity and corruption. Principle of Transparency. Active advertising.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN. 2. EL DESTACADO PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA IMPLANTACIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. LA TRANSPARENCIA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL MARCO JURIDICO DISEÑADO POR LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 4. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA DE LA LCSP: UNO DE LOS INSTRUMENTOS CONCEBIDOS PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO. 5. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Agradezco al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la invitación que me dirige para participar en un foro de reflexión jurídica consolidado y buen ejemplo de la existencia de un espacio regional dedicado a cumplir una de las principales misiones universitarias, la construcción, la difusión y la crítica de la ciencia, en este caso jurídica. Mi agradecimiento no es por tanto singular, como profesor, sino también colectivo, como miembro de la Comunidad universitaria. No es la primera vez que profesores de la Universidad regional tenemos la oportunidad de compartir unas páginas de opinión en esta fructífera experiencia editorial que organiza y administra el Gabinete de la Junta y que, espero, siga dando frutos notables que pongan en valor la tarea que modestamente se nos encomienda a los participantes en cada uno de los “números de la revista Gabilex”. Voy ya a lo que me ocupa.

El ingente volumen de recursos públicos que se movilizan en torno a la contratación pública generan también una larga lista de evidentes riesgos, convirtiendo este ámbito de la actividad del sector público en un campo abonado en el que afloran las malas prácticas, la ineficiencia y, también, la corrupción. La consecuencia de todo ello, más allá del grave detrimento que sufren las arcas públicas, esquilmas sin escrúpulos en algunos casos por esta vía, del atentado contra los principios rectores de la contratación pública, en particular los de publicidad, transparencia, y de selección objetiva de los contratistas que colaboran con la Administración, la situación anunciada provoca una evidente desafección



de la ciudadanía por la cosa pública una justificada desconfianza que pone en cuestión los objetivos de integridad⁴⁰ y de la denominada “buena gobernanza” de las Administraciones públicas.

La Comisión Europea⁴¹ ha estimado las pérdidas anuales en la economía de la Unión Europea en 120.000 millones de euros, otros organismo internacionales y nacionales -Transparencia Internacional y la Comisión nacional del Mercado de la Competencia⁴²- han alzado también la voz dando aviso de la “fuga de recursos públicos” que genera el desgobierno y las malas prácticas en el tráfico jurídico que deriva de la contratación pública. En la misma línea la OCDE⁴³ considera que “la transparencia, responsabilidad y profesionalidad” son instrumentos necesarios para lograr la integridad en la contratación pública.

⁴⁰ La (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C(2015)2] señala que se actúa con integridad cuando “el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno”.

⁴¹ Véase la Comunicación de la Comisión denominada “Lucha contra la Corrupción”, de fecha 6 de junio de 2011.

⁴² Véase el informe de la Comisión de fecha de 5 de febrero de 2015, denominado “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”.

⁴³ Así lo señala en el informe intitulado “Integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la A a la Z”, emitido en el año 2007.



Las cifras globales no deben ocultar la realidad que nos ha tocado vivir también en nuestro país en los últimos años. En España la corrupción también ha encontrado un campo de cultivo bien abonado en el ámbito de la contratación pública. Son muchos los casos que recordamos por las denominaciones, bien expresivas, que la policía utiliza para su “identificación y gestión”, detrás de ellos suele haber un lechado de prácticas corruptas, ilegales, que han aprovechado la relación contractual para “nacer y vivir” socavando los cimientos de nuestra economía, la propia legitimidad de las instituciones y la confianza en sus servidores públicos y, desde luego, han alimentado el desprestigio de una parte de la clase política que la sociedad percibe, en altas dosis ya, como corrupta y “poco fiable”.

A estas alturas nos parece claro que la contratación pública es una de las actividades más vulnerables a las malas prácticas, a la ineficiencia y la corrupción, y resulta necesario, por todo ello, diseñar instrumentos para reforzar y generar, nuevamente, la confianza de la ciudadanía en la gestión eficiente del gasto público en contratación pública. Lo relevante es identificar e implementar las herramientas que pueden prevenir y detectar los riesgos de falta de integridad y corrupción, para después impulsar instrumentos y actuaciones, endógenas y exógenas, para prevenir y luchar contra esta lacra que pone en riesgo el modelo de gestión pública que hemos desarrollado.

El impulso de una política de integridad no puede detenerse en un mero cumplimiento de la legalidad, sino que debe dar pasos decididos hacia la construcción y efectividad de un marco de integridad institucional y, asimismo, hacia la implantación y desarrollo de buenas prácticas en la gestión pública que mejore el



rendimiento de la Administración en beneficio de los servicios que recibe la ciudadanía. Nace con esa finalidad toda una cultura de la integridad que ha impulsado en los últimos años la aprobación, a todos los niveles, de Códigos, institucionales, de Conducta. A partir de este Sistema de Integridad Institucional, se pueden implementar una serie de códigos de conducta o comportamiento en materia de contratación pública, aplicable a todas las fases de la actividad contractual en las que intervienen las Administraciones públicas y las entidades de su sector público.

En España, la aprobación de Códigos de conducta en el ámbito público, como elementos de mejora de la calidad institucional, se impulsa a partir del año 2005, primero en la Administración General del Estado y progresivamente en el resto de niveles de gobierno territorial. En la actualidad, cuentan con Código Éticos la mayor parte de las Comunidades Autónomas y un buen número de entidades del sector público local. Conviene destacar la aprobación, en nuestra Comunidad Autónoma, mediante el Decreto 7/2018, de 20 de febrero, del denominado Código Ético para los Altos Cargos o Asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La aprobación por el Gobierno regional de un Código Ético para los altos cargos o asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al definir los valores, los principios éticos y comportamientos o estándares de conducta que deben guiar la actuación de aquéllos, más allá de las normas jurídicas previamente establecidas, *"contribuirá a mejorar la calidad de las instituciones, la prestación de los servicios a la ciudadanía, así como la integridad y eficiencia de quienes desempeñan cargos públicos en el ejercicio de sus funciones"*.

Como órgano de asesoramiento para el cumplimiento de las previsiones contenidas en el Decreto en relación con el Código Ético, se crea la Comisión de Ética Pública⁴⁴ de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, adscrita a la Consejería u órgano con competencias en materia de buen gobierno.

Esos Códigos de conducta, exigen la adopción de medidas y la utilización de instrumentos en dos vertientes:

- Endógena, para crear un marco de actuación de cargos públicos y del personal al servicio de la AAPP intervinientes en cualquier fase de un contrato público que persiga la especialización de estos servidores públicos y sirva para desarrollar medidas concretas que eviten la aparición de

⁴⁴ El artículo 7 del citado Decreto crea, como órgano de asesoramiento para el cumplimiento de las previsiones contenidas en este Decreto en relación con el Código Ético, la Comisión de Ética Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, adscrita a la Consejería u órgano con competencias en materia de buen gobierno. Su artículo 8 regula la composición de la citada Comisión e incluye, entre sus miembros, tres personas, que actuarán como vocales, que pueden provenir tanto del sector público como del privado, con acreditada experiencia en materias relacionadas con la ética, el derecho o la gobernanza de organizaciones, que serán designadas por el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería u órgano de la Administración regional con competencias en materia de buen gobierno. Ese mandato reglamentario se ha cumplido mediante acuerdo de 25/09/2018, del Consejo de Gobierno, por el que se han designado los vocales de la Comisión de Ética Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



conflictos en las diferentes fases y actuaciones que se plantean durante el ciclo de vida de los contratos públicos, desde el surgimiento de la necesidad hasta el diseño de las cláusulas, prescripciones y condiciones de todo tipo, la valoración de ofertas conforme a los criterios de adjudicación, la selección del contratista y la ejecución del contrato.

- Exógena, para limitar las amenazas, los riesgos de corrupción y malas prácticas, fomentados por las empresas y entidades concurrentes a las licitaciones públicas.

Con esa intención ya se están aprobando códigos institucionales de conducta en materia de contratación, véase como ejemplo el Código de Conducta y Marco de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Guipuzkoa, por poner un ejemplo.

2. EL DESTACADO PAPEL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA IMPLANTACIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

No cabe duda del destacado papel que ha desempeñado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la definición del principio de transparencia, y del resto de los principios rectores de la contratación pública.

A través de una sólida doctrina, el TJUE ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto a los principios de objetividad,



imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública⁴⁵ –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y ss. TRLCSP)⁴⁶–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH).

Tan es así que el primer considerando de la DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por “el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de

⁴⁵ El artículo 4 de la Directiva fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos.

⁴⁶ MORENO MOLINA, J.A., “Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública* nº 178 (2009), págs. 175 a 213.



establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia” y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Propuesta (considerandos 7, 11, 14, 15, 18, 23, 37, 47 y 56).

La nueva Directiva recoge, por tanto, esta jurisprudencia en el frontispicio de la misma y advierte que se aplica para los contratos públicos que se sitúen tanto por debajo como por encima de los umbrales, sin perjuicio de que para estos últimos la propia norma europea coordine los procedimientos de adquisición nacionales con el fin de que esos principios se lleven a la práctica.

En esta misma línea, hay que recordar la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública⁴⁷, cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

⁴⁷ Diario Oficial nº C 179 de 01/08/2006.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁸ vincula los principios de igualdad de trato y de no discriminación a la imposición de una obligación de transparencia que tiene sus cimientos en esa necesidad de "garantizar, en beneficio de todo licitador, una publicidad adecuada", que permita abrir a la competencia el mercado. Debe darse una adecuada publicidad, en consecuencia, al anuncio del contrato antes de su adjudicación.

Es necesario que ese anuncio sea suficientemente accesible dejando a la entidad adjudicadora libertad para elegir el medio más apropiado para efectuar el mencionado anuncio. A ese efecto la comunicación interpretativa de la Comisión Europea enumeró y analizó incluso las diferentes posibilidades que satisfacen la exigencia de publicidad adecuada y accesible, mencionando entre los medios posibles la utilización de los siguientes:

- Internet. Del que literalmente señala que "la publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia"; de manera que, dice la Comisión, "los portales Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una plataforma específica para contratos de escasa cuantía dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e..."

⁴⁸ Véanse las sentencias citadas en la propia comunicación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98) Telaustria, considerando 62; y de 13 de octubre de 2005 (C-458/03) Parking Brixen, considerando 49.



- Los Boletines oficiales nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.

- Respecto de las publicaciones locales señala que "estos soportes sólo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local".

- Mencionaba, en último lugar, la posibilidad de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

De entre todos los medios mencionados, el poder adjudicador utilizará el que considere adecuado teniendo en cuenta la entidad de la contratación, atendiendo, a nuestro juicio, a elementos objetivos de la misma, como el objeto y la cuantía del contrato entre otros.

La Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 19 de marzo de 2010, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v. Comisión Europea*, As. T-50/2005, indica —apartados 58, 59 y 61—:

«(...) el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 55 supra, apartado 111).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena



comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (Sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaiki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 145).

En el mismo sentido puede verse Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas v. CAS Succhi di Frutta SpA, As. C-496/1999 P, estableció —apartados 93, 94 y 106— [tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999, CAS Succhi di Frutta/Comision (asuntos acumulados T-191/1996 y T-106/1997, Rec. p. II-203181)] —apartado 111—:

“Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y,



por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata."

La adjudicación de los contratos estará sometida a los principios de igualdad y de no discriminación que, según la comunicación interpretativa que analizamos y la Jurisprudencia comunitaria son la garantía de un procedimiento equitativo e imparcial. De la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, por lo que respecta a la contratación pública, que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (véanse, en particular, las Sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C-285/1999 y C-286/1999, Rec. p. I-199233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/2001, Rec. p. I-206351, apartado 73) y de ello se derivan las siguientes exigencias:

a) La necesidad de llevar a cabo una descripción no discriminatoria del objeto del contrato, evitando hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas o a una determinada marca o patente, o a un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente".

b) La necesidad de garantizar la igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros, de manera que las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores, como, por ejemplo, la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas



en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.

c) El reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas, aceptándose los documentos procedentes de otros Estados miembros que ofrezcan garantías equivalentes cuando se exija a los licitadores la presentación de certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa,

d) La imposibilidad de facilitar información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto generando la discriminación y desigualdad proscritas.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de febrero de 2002, Esedra SPRL v. Comisión de las Comunidades Europeas, As. T-169/2000, establece —apartado 35 y 74—; la Sentencia del Tribunal del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de abril 2003, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Federal de Alemania, As. acs. C-20/2001 y C-28/2001, establece —apartado 62y 63—, en ambas se señala que *"No obstante, el procedimiento utilizado a causa de la existencia de tal razón técnica debe respetar los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, por analogía, la sentencia Concordia Bus Finland, antes citada, apartado 63). Pues bien, el riesgo de que se viole el principio de no discriminación es especialmente elevado cuando una entidad adjudicadora decide no someter a la concurrencia un contrato determinado"*.



El principio de transparencia impone también una serie de exigencias a los poderes adjudicadores que de manera indisociable sirven para garantizar la igualdad de trato de los participantes en los procedimientos de contratación. El principio impone:

a) que los licitadores puedan conocer previamente las normas aplicables al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican de igual forma a todas las empresas.

b) Que se fijen plazos adecuados y suficientes que permitan a las empresas realizar una evaluación de los términos de la contratación y faciliten la formulación de sus ofertas.

c) Que se vele por la seguridad jurídica fijando previamente y de manera precisa los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas.

d) Que se determine de manera clara y previa el órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y del órgano competente para la adjudicación del contrato.

e) La necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

La nueva Directiva hace referencia a estos principios en su Título I bajo el epígrafe "Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales" y dedica su artículo 18 a los "Principios de la contratación" para establecer que *"Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin*



discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

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

La Directiva 2014/24/UE dedica, también, el artículo 21 al principio de confidencialidad, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así en primer lugar que *“salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”.*

Por su parte, el apartado 2 prevé que *“los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”.*



En la misma línea pronunciamientos más recientes del TJUE⁴⁹ siguen destacando, con un significado invariable, el impacto de estos principios en el mundo de la contratación pública.

3. LA TRANSPARENCIA COMO GARANTÍA DE INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL MARCO JURIDICO DISEÑADO POR LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

No sorprende, por lo que ya hemos dicho, que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), anuncie en su exposición de motivos que *“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”*. Vuelve sobre ello en el primer párrafo del exponendo tercero cuando señala que persigue, 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”*, e incluye para ello *“nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos”*.

Aunque en su articulado la LCSP se refiere tímidamente al principio de integridad, la lucha contra la corrupción es una de las señas de identidad del nuevo texto. El

⁴⁹ Véanse, entre otras: STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/ 11, Comisión contra España; STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/ 15; la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/ 14; STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-296/ 15.



derecho a una buena administración reconocido en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tiene su correlativo en el objetivo de integridad al que debe orientarse la actividad contractual de las entidades que integran el denominado Sector Público.

En el frontispicio de la LCSP el artículo 1 señala que el objeto de este cuerpo legal es *“regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. La declaración de objetivos enumerados en la nueva LCSP no deja duda alguna acerca de su apuesta decidida por imponer los principios rectores de la contratación pública fomentando para ello la publicidad y la transparencia en las actuaciones contractuales y el principio de integridad en la actividad desarrollada en ese ámbito por sus actores.

Explicitando uno de los objetivos declarados en la Ley, el artículo 64, bajo el epígrafe “Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses⁵⁰”, impone a los órganos de contratación la

⁵⁰ El apartado segundo de la LCSP señala que “A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al



obligación de *“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”*. No cabe duda que la fórmula utilizada por la nueva LCSP tiene su antecedente inmediato en la previsiones contenidas en la Directiva a la que transpone, la 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que obliga a los poderes públicos a hacer uso de todos los medios posibles con el fin de detectar y evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses y exige que, en caso de darse, se adopten las medidas adecuadas para solucionarlos a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos (arts. 16 y 24). Como base, ésta y otras Directivas sobre contratación pública, recogen los principios rectores de la contratación pública, esenciales para llevar a cabo una contratación eficiente y alejada de esas prácticas clientelares a las que nos hemos referido y que tanto daño han causado en nuestro sistema de contratación pública.

menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.



La transparencia ha de presentarse hoy como la garantía de la integridad y de los principios rectores de la contratación pública, difícilmente se puede asegurar la igualdad de trato⁵¹ y no discriminación, o fomentar la concurrencia competitiva como esencia de la contratación, o evitar el falseamiento de la competencia o el favoritismo y la arbitrariedad, si no se refuerzan otros pilares básicos de la actividad contractual, la transparencia y la publicidad. Tal y como señala el considerando nº 1 de la Directiva 2014/24/UE “La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”.

A pesar de las escasas referencias directas que la Ley 9/2017 dedica al principio de integridad, sólo en uno de sus preceptos menciona esta cuestión, son muchas las previsiones contenidas en el nuevo texto legal destinadas a garantizar la transparencia en la actividad contractual que desarrollan los integrantes del Sector Público.

Enumeramos, sin más pretensiones en este momento, buena parte de esas medidas de lucha contra la

⁵¹ El considerando 58 de la Directiva general de contratación señala que “Es necesario garantizar un nivel adecuado de transparencia que tenga en cuenta la verificación del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato”.



corrupción que favorecen la transparencia en la contratación. Entre esas medidas debemos destacar la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la propia LCSP, que somete a su disciplina la contratación que llevan a cabo los partidos políticos, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales; la completa regulación de la Plataforma de Contratos del Sector Público y del perfil del contratante; el nuevo régimen de las prohibiciones de contratar; la rigurosa regulación de los convenios y de los, ahora denominados, encargos a medios propios; la necesidad de concluir, únicamente, los contratos que sean necesarios⁵² para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales perseguidos por las entidades del Sector Público; y de motivar la elección del procedimiento contractual; la importante supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía; las medidas de control de las modificaciones contractuales; la ampliación del objeto del recurso especial; la simplificación de los procedimientos abiertos y la tendencia a la estandarización de su completa tramitación electrónica; el control sobre la actividad de las Mesas de Contratación y su profesionalización, sin perjuicio de lo que luego se dirá a propósito de la participación de electos en las Mesas constituidas en el ámbito local; la nueva regulación de la contratación menor, rebajando las cuantías máximas de los objetos contractuales y estableciendo nuevos

⁵² Para controlar la necesidad de la contratación el artículo 28 de la LCSP impone, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación, que se determine con precisión, y dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, *“la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad”*.



requisitos y límites que van a favorecer la concurrencia competitiva y pueden resultar útiles para luchar contra las restricciones o falseamiento de la competencia; la supresión de la posibilidad de aprobar instrucciones internas para las administraciones públicas y poderes adjudicadores que no tienen tal consideración, quedando sólo en manos de los entes⁵³ del sector público que no sean poder adjudicador, y de los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales⁵⁴, esa posibilidad de articular reglas propias⁵⁵ que, en todo caso, deberán garantizar *“la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145”*.

Esta larga lista de medidas ex lege puestas al servicio de la transparencia en la actividad contractual de las entidades del Sector Público se complementa con otra medida orgánica, la creación de la denominada Oficina

⁵³ El artículo 321.1 de LCSP atribuye a los órganos competentes de estas entidades la potestad de aprobar esas instrucciones internas en las que se regulen los procedimientos de contratación.

⁵⁴ El artículo 3.4 LCSP señala que *“Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web”*.

⁵⁵ Instrucciones internas que se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados por ellas y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad.



Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Este órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública y dotado de plena independencia funcional y orgánica, cumple varias funciones atribuidas que, en sintonía con la declaración de principios contenida en el apartado primero del artículo 332, ponen de manifiesto el importante papel que la legislación reserva a esta Oficina en relación con el objetivo de la transparencia en la contratación, así las letras b), c), d) y e) del apartado sexto del precepto enumeran obligaciones, funciones, cuyo cumplimiento está directamente vinculado a este objetivo. Para ello la Oficina deberá *“Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos (letra b) del precepto); Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación (letra c) del precepto); Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas (letra d) del precepto) y 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 (letra e) del precepto)”*.

Como señala GIMENO FELIU⁵⁶ “en una primera valoración general, puede afirmarse que la nueva ley abandona una visión burocrática y apuesta por un modelo de contratación pública transparente y estratégica”.

4. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA DE LA LCSP: UNO DE LOS INSTRUMENTOS CONCEBIDOS PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO.

Con carácter general, y tributario del relevante principio de transparencia que rige la contratación pública, y que se hace efectivo mediante la oportuna difusión y publicidad de la vida del contrato, el art. 63⁵⁷ de la

⁵⁶ GIMENO FELIU, José María, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica”, en *Contratación Administrativa Práctica nº 153*, enero-febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer, pág. 2.

⁵⁷ El art. 63 de la LCSP impone, reiterando los compromisos recogidos en las leyes de transparencia, una serie nutrida de obligaciones que pesan sobre los órganos de contratación y que son una clara expresión de la exigencia de transparencia que afecta a la práctica totalidad del expediente. Así *“el perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación. En cualquier caso, deberá contener tanto la información de tipo general que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre”*.



En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente:

a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.

b) El objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

c) Los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, con las excepciones establecidas en las normas de los negociados sin publicidad.

d) Los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

e) El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.

Igualmente serán objeto de publicación en el perfil de contratante la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos. El apartado 5 del precepto extiende la obligación de publicidad a los procedimientos anulados y la composición de las mesas de contratación que



LCSP, intitulado *Perfil de contratante*, dispone que la publicidad de toda la información contenida en el perfil de contratante debe llevarse a cabo a través de Internet, aunque la LCSP la hace compatible con la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca. Ese perfil de contratante deberá, señala el artículo 347 LCSP, *“alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público”*.

La ley da por cumplida esta obligación cuando la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos se lleva a cabo en los perfiles de contratante alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. La trascendencia de la obligación genera, por su incumplimiento, la existencia de un vicio de nulidad de

asistan a los órganos de contratación y del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios. Para estos órganos de asistencia la LCSP impone la obligación de publicar *“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”*. Habrán de publicarse también en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados.



pleno derecho, así lo establece el artículo 39.2 c) LCSP⁵⁸.

Deben, por tanto, los pliegos y documentos equivalentes, así como los anuncios de licitación en todos los casos, determinar la forma en que los licitadores pueden acceder al perfil de contratante con la finalidad de conocer la información y los documentos relativos a su actividad contractual, al objeto, dice la Ley, de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos.

La relevancia de estos principios básicos de la contratación, la transparencia y la publicidad de los procedimientos contractuales, ha llevado al legislador a desplegar un nivel de exigencia que pone al descubierto su preocupación por generar un entramado normativo que no dé cobertura alguna a prácticas corruptas y clientelares. Están en juego, sin duda alguna, no sólo los principios ya mencionados sino también la necesidad, derivada de ellos, de que la contratación pública se lleve a cabo, como ya se ha dicho, con la garantía del principio de igualdad y no discriminación de los participantes en ella, sin espacio para prácticas que falseen la competencia, que limiten la concurrencia inherente a la actividad contractual, y con la pretensión

⁵⁸ Establece el precepto que *“Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:*

.....
c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”.

de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

La amplitud que el legislador quiere dar a la obligación de publicar la información y documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación está en sintonía con las demás exigencias del precepto, así el acceso a la información del perfil de contratante será libre⁵⁹, no requiriendo identificación previa, toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público, como mínimo, durante un periodo de 5 años, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo el derecho de acceso al expediente contractual mediante las solicitudes de información que regulan las leyes de transparencia. El sistema informático que soporte el perfil de contratante, además, deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

Obviamente la publicidad activa en materia de contratación debe llevarse a cabo siguiendo no sólo las previsiones de la LCSP sino también las contenidas en las correspondientes leyes, estatal y autonómicas, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Como ya se sabe, con carácter previo a la LCSP, las leyes de transparencia han impuesto obligaciones de

⁵⁹ Ello no obsta a la posibilidad de que se exija esa identificación para “el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil de contratante tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras”.



publicidad en relación con la actividad contractual de las entidades del sector público realmente exigentes. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en su disposición final novena, otorgó un plazo de dos años, a contar desde el día de su publicación (BOE nº 295 de 10 de diciembre de 2013) para que las Comunidades Autónomas de adaptasen las normas regionales a las exigencias de la Ley estatal. Nuestra CCAA llevó a cabo esa adaptación mediante la aprobación de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. Profundizando en la senda de otras Comunidades Autónomas que cuentan con legislación propia en la materia, incluso desde antes de la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, nuestra Comunidad Autónoma, como reconoce la propia ley, no se limitó a trasvasar simplemente el conjunto mínimo de obligaciones impuestas desde el Estado. Como manifestación inequívoca del compromiso de Castilla-La Mancha respecto de la transparencia, la ley completa con medidas más ambiciosas y exigentes el marco normativo impuesto por la legislación básica estatal.

Este corpus normativo debe aplicarse como un todo, de manera que las reglas establecidas en la legislación de contratos deben integrarse con las exigencias dispuestas en esas leyes de transparencia. No juega, a nuestro juicio, el principio de ley especial, salvo en aquellos casos en los que los contenidos de las normas, sus reglas, no puedan complementarse y deban considerarse contrarias unas a otras. Se producirá entonces, si no hay otra solución por vía de interpretación integradora, el desplazamiento de la ley de transparencia en favor de la aplicación de la legislación de contratos, por tratarse de legislación especial preferida al régimen general. Nos interesa insistir en ello porque las leyes autonómicas van mucho



más allá que la ley estatal en la imposición de obligaciones de publicidad activa a los órganos de contratación. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre dispone en su artículo 8 que los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a todos los contratos⁶⁰, sin hacer mención alguna a la de publicar, en el perfil de contratante, por ejemplo, la composición de las Mesas y Comités de Expertos, u otros órganos técnicos. La ausencia de referencia alguna a determinados aspectos de la actividad de contratación cuya publicidad es exigida por las leyes de transparencia refuerza la conclusión ya apuntada, y que aboga por la aplicación integrada de ambos bloques normativos, el de transparencia y el de contratación, como complementarios y sin contradicción que deba resolverse con la inaplicación de alguna de estas normas. Esa es la tesis que sostiene explícitamente el artículo 5, bajo el epígrafe titulado principios generales de la publicidad activa, de la propia ley 19/2013 cuando señala que “las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio

⁶⁰ La Ley estatal de transparencia se refiere a la información contractual básica y exige la publicación de “del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.



de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”.

Ese apoderamiento otorgado a favor de la normativa específica se ha concretado en normas estatales y regionales que han establecido regímenes más exigentes y han ampliado las obligaciones de publicidad activa relacionadas con la actividad contractual de las Administraciones públicas y de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la LCSP.

Sin duda alguna una de las leyes más exigentes en la configuración de esa obligación de publicidad activa relacionada con la contratación es la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. Este cuerpo legal impone un interminable catálogo de obligaciones de publicidad de las actuaciones en materia contractual, así el artículo 16, intitulado “Información sobre contratación pública”, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad activa que la legislación estatal básica regula en su artículo 4, dispone que la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el resto de entidades del sector público regional, deberán publicar y mantener actualizada la información relacionada en el precepto.

No será sencillo dar cumplimiento cabal a las muchas obligaciones de publicidad que en materia contractual impone el ordenamiento jurídico vigente, basta con llevar a cabo una atenta lectura de la legislación de transparencia, estatal y autonómica, para concluir que las Administraciones y entidades del sector público contratantes deben hacer un notable esfuerzo para ajustar su publicidad en materia de contratos a las



exigencias de ese bloque normativo. La Ley autonómica que hemos mencionado es un buen ejemplo de cuanto decimos y obliga a publicar en el perfil de contratante de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación: “a) La información general de las entidades y órganos de contratación, con indicación de los enlaces y direcciones web de sus correspondientes perfiles del contratante, b) La relación de los contratos programados, incluidos los acuerdos marco, los contratos adjudicados, los declarados desiertos, las renunciaciones o desistimientos, las licitaciones anuladas y cualquier otra información que se considere necesaria o conveniente para la adecuada gestión de la contratación, c) Las licitaciones en curso, con acceso a la totalidad de las condiciones de ejecución del contrato y, en su caso, la restante documentación complementaria, d) Las personas que componen las mesas de contratación, así como la forma de designación, convocatoria y actas de las mismas, e) Los contratos formalizados, con indicación del objeto, la duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado, los instrumentos a través de los que en su caso se hayan publicitado, el número de licitadores participantes, los excluidos y admitidos en el procedimiento y la identidad de los adjudicatarios, f) Los datos estadísticos, por órgano de contratación, que detallen el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados, a través de cada uno de los procedimientos y formas previstas en la legislación de contratos del sector público⁶¹, g) La relación, al menos

⁶¹ En el cumplimiento de esta obligación se llega a exigir que “en el caso de los contratos adjudicados mediante el procedimiento negociado sin publicidad, la información deberá desglosarse diferenciando los datos para cada uno de los supuestos tasados que posibilitan la utilización de dicho procedimiento, incluyendo los contratos derivados de sistemas centralizados de contratación.



trimestral, de contratos menores, especificando, por órganos, entidades o centros directivos, su objeto, importe y duración, así como el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los contratos adjudicados, h) Las modificaciones de los contratos formalizados, las causas de modificación, los contratos complementarios, así como las prórrogas y variaciones del plazo de duración, con indicación de las fechas de inicio y de recepción, así como los que hayan sido objeto de suspensión o demora en su ejecución⁶², i) Información sobre la cesión de contrato, así como la subcontratación, detallando la identidad de los cesionarios o subcontratistas, el importe y el porcentaje en volumen de cada contrato que ha sido subcontratado, j) Importe y porcentaje de la liquidación practicada a la finalización del contrato, k) La información relativa a la revisión de precios, así como a la desviación del coste final de la prestación contratada en relación con el importe adjudicado, l) La relación de contratos resueltos, con indicación de las causas que motivan la resolución y sus efectos, m) Las penalidades impuestas por incumplimiento de los contratistas.

Como cláusula de cierre de esta interminable relación de obligaciones opera la previsión contenida en el artículo 5.1. de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Este precepto impone una obligación genérica, abierta, de publicidad, periódica y actualizada, de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública, obligación que pesa sobre los sujetos enumerados en el artículo 2.1 de la ley citada.

⁶² En todos estos casos, señala el precepto, se deberá indicar el órgano autorizante.

Mención especial merecen los regímenes singulares que el artículo 63 de la LCSP establece para la contratación menor y para los denominados encargos a medios propios:

- La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente y deberá contener, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. La LCSP exceptúa de esa obligación de publicación a aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.
- La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, será objeto, asimismo, de publicación en el perfil de contratante y deberá reflejar, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio. La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente.

La única excepción a las obligaciones de publicidad activa se concentra en los supuestos que establece el artículo 154.7⁶³, si bien se configura como una mera

⁶³ Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa



posibilidad que habrá de justificarse, debidamente, en el expediente.

Debemos recordar, para finalizar esta cuestión, que los principios, obligaciones en su formulación pasiva, de publicidad y de transparencia en las actuaciones y en los procedimientos contractuales constituyen un pilar básico de esa tríada que tanto preocupa a las sociedades avanzadas. Tal y como señala la Ley de transparencia en su exposición de motivos, en su frontispicio, *“la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno*

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.



deben ser los ejes fundamentales de toda acción política..... 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”.

Terminamos poniendo énfasis en una idea que nos parece conveniente trasladar a los lectores y que trasluce en el contenido y la intención de este breve artículo de perfil jurídico. La obligación de publicidad activa es tan intensa en la actividad contractual que con la información proporcionada, preceptiva y abierta, se puede satisfacer la pretensión de su control, hasta los límites que imponen, obviamente, la protección de datos personales, de la propiedad intelectual o industrial, de los intereses económicos y comerciales, etc. Pocos ámbitos de actividad pública son tan transparentes hoy, de cumplirse la norma aprobada, como lo es el mundo de la contratación.

Habremos de trabajar insistiendo en la necesidad de mejorar la praxis de la contratación e imponer, con rigor, la norma aprobada pero a mi juicio, se ha avanzado mucho en lo que a control y transparencia en este ámbito se refiere.

5. BIBLIOGRAFÍA.

CAMPOS ACUÑA, M. C., “Medios de publicidad en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. La responsabilidad del Secretario en materia de



transparencia", *El Consultor de los Ayuntamientos* n° 4/2018. Abril, Editorial Wolters Kluwer, 1 de abril de 2018.

CAMPOS ACUÑA, M.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*, N° 22, Sección Zona Local / Observatorio de Transparencia, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2017. Editorial Wolters Kluwer. *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 100, Sección Zona Local, Diciembre 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2017.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción", *R.V.A.P. núm. 104-II*. Enero-Abril 2016.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Las compras abiertas y la prevención de la corrupción", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, n° 15, 2016.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales". Cuadernos de derecho local, n° 45, 2017

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Pamplona, Aranzadi, Navarra 2014.

GIMENO FELIU, J. M., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica", en *Contratación Administrativa Práctica* n° 153, Editorial Wolters Kluwer, enero-febrero 2018.

GIMENO FELIU, J. M., "Lucha contra la corrupción en el modelo de control de la ley 9/2017, de 8 de noviembre,



de contratos del sector público”, en obra colectiva La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente, Dir. Concepción Campos Acuña, Wolters Kluwer El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2018.

LÓPEZ CARVAJAL, F.J., SIERRA RODRÍGUEZ, J, “Algunas reflexiones sobre los datos del Barómetro de la Transparencia 2016”, en *Revista Española de la Transparencia*, N° 2. Primer Semestre 2016.

MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M., “Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública de la potestad a la obligación”, *Revista de Estudios Locales* n° 205, monográfico 2017: la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

MORENO MOLINA, J.A., “Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública* n° 178 (2009).

MORENO MOLINA, J.A., RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J., *Contratos públicos y nuevas tecnologías*. Edita Temis, obras jurídicas, Bogotá Colombia, 2015.

MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J, RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”. Edita Wolters Kluwer El consultor de los ayuntamientos. Madrid, Mayo 2016 (1ª edición).

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “La transparencia en la contratación pública”, en obra colectiva *Estudio Sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*.



Director José María GIMENO FELIU. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2018.

OCHSENIUS ROBINSON, I., "Transparencia en la contratación pública electrónica", en **Revista Española de la Transparencia** Nº 2, PRIMER SEMESTRE 2016, Edita: ACREDITRA. Asociación Española de Acreditación de la Transparencia, Murcia 2017.

HERNÁEZ SALGUERO, Elena, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JM y BENTUÉ ANDREU, Luis, (RECURSO ESPECIAL) - (TRANSPARENCIA COMO MEDIDA PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN PÚBL.) - (INCIDENCIA CIUDADANA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA COMPRA PÚBLICA).

PUERTA SEGUIDO, F., "La adjudicación de los contratos NO SARA por los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública". En obra Colectiva *Temas selectos 3. Hacia el ámbito del derecho administrativo*", Coordinada por Ricardo Tapia Vega, Pedro José Carrasco Parrilla y Eduardo Oliva Gómez, Edita Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México. Colección Derecho y Ciencias Sociales. Temas Selectos.

RODRIGUEZ SÁNCHEZ, C.M., "La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha: antecedentes y sujetos obligados del artículo 4", en *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 8, Cuarto trimestre 2016.

SOLDEVILA FRAGOSO, S., "Nuevas modalidades contractuales y lucha contra la corrupción", *Actualidad Administrativa* nº 1, 1 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.

Concepción Campos Acuña

Doctora en Derecho y Secretaria de Administración
Local, categoría Superior

RESUMEN: Una de las claves del nuevo modelo de contratación pública impuesto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es la apuesta por la integridad en la contratación como una herramienta de mejora integral. Para implantar una adecuada política de integridad resulta necesario llevar a cabo una política de gestión de riesgos en la contratación, mediante su análisis, identificación y adopción de medidas preventivas, procedimientos de escasa implantación en el ámbito del sector público y para los cuales resulta de utilidad el recurso a las técnicas de Compliance como se verá en el presente análisis.

ABSTRACT: One of the keys to the new public procurement model imposed by Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts is the commitment to integrity in hiring as a tool for integral improvement. In order to implement an adequate integrity policy, it is necessary to carry out a policy of risk management in hiring, through its analysis,



identification and adoption of preventive measures, procedures of scarce implantation in the public sector and for which it is useful the resources to the Compliance techniques, as will be seen in the present analysis.

PALABRAS CLAVE: Contratación, riesgos, compliance, denuncias.

KEYWORDS: Hiring, risks, compliance, complaints.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN: MAPA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.- IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FASES Y FACTORES. 3.- RIESGOS CONSTANTES REQUERIDOS DE ESPECIAL GESTIÓN EN CONTRATACIÓN. 3.1.- Conflicto de intereses como riesgo constante. 3.2.- Inexistencia de un sistema de denuncias internos y canales de denuncia. 4.- CONCLUSIONES: LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN COMO PREMISA DE INTEGRIDAD. 5.- RECOMENDACIONES PARA LA MEJORA DE LA INTEGRIDAD A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE RIESGOS. BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCIÓN: MAPA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La integridad constituye una de las ideas fuerza de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y que se traslada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,



de Contratos del Sector Público (LCSP) como eje vertebral del nuevo modelo de contratación.

En dicha línea, la LCSP recoge en su Exposición de Motivos que el primer objetivo que inspira su regulación es lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y, en segundo lugar, el de conseguir una mejor relación calidad-precio, al tiempo que, en su art. 1 contempla entre los principios a los cuales ha de ajustarse la actividad de la contratación pública el principio de integridad, que se suma así a los tradicionales de publicidad, igualdad y libre concurrencia.

Para preservar y garantizar la integridad en la contratación pública resulta fundamental desarrollar una actividad orientada hacia la prevención, y en dicho contexto, en particular, para la gestión de los riesgos inherentes a este ámbito material de la gestión pública, entendiéndose como tal, cualquier riesgo de irregularidad, fraude y corrupción, así como cualquier conducta impropia que, sin vulnerar directamente ninguna norma, se pongan en riesgo los principios rectores de la contratación. Y para ello, la identificación de los riesgos presentes en un proceso de contratación a través de la elaboración del correspondiente mapa de riesgos constituye el primer paso para afrontar una gestión integral de riesgos y tiene como finalidad buscar, describir, categorizar, así como priorizar el conjunto de riesgos que la institución tendrá que gestionar.

Porque un mapa de riesgos se configura como una herramienta de prevención de irregularidades que permite detectar las posibles debilidades y amenazas para el correcto cumplimiento normativo en la gestión pública, sobre la base de la información disponible. Se trata de una técnica muy extendida en el sector privado



pero con la que la administración pública no está familiarizada con carácter general, salvo en algunos sectores como el de la protección de datos personales, recientemente impuesto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Sin embargo, en la gestión pública, y sin perjuicio de las peculiaridades de los ámbitos materiales de cada administración, en materia de contratación, podría realizarse, y sería de gran utilidad en el marco también de las técnicas de Compliance aplicadas a la contratación, una aproximación a un mapa de riesgos, sobre el cual desarrollar las acciones de prevención para garantizar la integridad institucional, en la línea propuesta por la OCDE para la gestión del marco de integridad (*integrity frameworks*), pero no sólo como herramienta para prevenir la corrupción, sino también de mejora de la administración con una gestión pública más eficiente y eficaz y para lograr unos servicios públicos de mayor calidad.

2.- IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FASES Y FACTORES

“La actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción es la contratación pública”. Con estas palabras se abre el libro de la OCDE “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z”, más que elocuentes del papel que la integridad está llamada a desempeñar en este ámbito material, a través de la adecuada delimitación de los



procedimientos de contratación pública, que se han demostrado, en su configuración actual, como insuficientes para prevenir la corrupción.

En este escenario, la entrada en vigor de la LCSP ha obligado al conjunto de Administraciones Públicas a adoptar múltiples decisiones y a efectuar numerosos cambios en la organización y procedimientos de contratación y entre ellos, en una posición destacada, las prescripciones establecidas en el art. 64 relativo a la «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses» en coherencia con la apuesta del legislador por la integridad en la contratación. Este precepto se divide en dos partes, una primera, en la que impone una obligación de hacer al órgano de contratación, al atribuirle el deber de:

- Tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción.
- Prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

Obligación que se configura con la finalidad 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. Y una segunda parte, relativa a la configuración del conflicto de intereses y que será objeto de examen en otro apartado del presente análisis.

De este modo, la definición de un mapa de riesgos como elemento de integridad ofrece la posibilidad de identificar tanto las medidas preventivas y como las de contingencia en función de dicho riesgo, fijándose como objetivo, localizar, describir, categorizar, así como y priorizar, en función de su gravedad y probabilidad, el



conjunto de riesgos que la institución tendrá que gestionar.

Riesgos que, en función de su naturaleza, pueden ser comunes a las distintas fases en las que se estructura el procedimiento de licitación, o propias de cada una de ellas. A continuación, y siguiendo el análisis de riesgos elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña, podemos identificar los riesgos en función de la fase de tramitación en la que se encuentre el procedimiento de contratación, distinguiendo entre preparación, licitación y ejecución, sin perjuicio de aclarar ya que se trata de una agrupación genérica que requeriría de un desglose particular para cada uno de ellos.

I.- Preparación
1. Impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales
2. Preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o libre competencia
3. Filtrar información privilegiada
4. Adjudicar directamente a un operador al margen del procedimiento de contratación
II.- Licitación
1. No evitar prácticas anticompetitivas
2. Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada
3. Valorar de forma sesgada las ofertas
4. Resolver la adjudicación o formalizar irregularmente los contratos
III.- Ejecución
1. Obtener una prestación diferente a la contratada
2. Modificar injustificadamente el contrato
3. Autorizar pagos injustificados o irregulares
4. No exigir responsabilidades por incumplimientos

3.- RIESGOS CONSTANTES REQUERIDOS DE ESPECIAL GESTIÓN EN CONTRATACIÓN

Al margen de los riesgos apuntados y de la concreción que puede llevarse a cabo a través de un estudio de la casuística existente, pueden identificarse, en el contexto actual, dos riesgos requeridos de una especial actividad de gestión por la trascendencia e impacto que tienen en la contratación pública, y que son, por un lado, los conflictos de intereses, y, por otro, la deficitaria regulación de los canales de denuncia y del estatuto de protección del denunciante de buena fe.

3.1.- Conflicto de intereses como riesgo constante

El art. 64 LCSP incorpora una definición del conflicto de intereses, tributaria de la recogida en el art. 24 de la Directiva⁶⁴, señalando que abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que *podiera parecer que compromete* su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Es decir, siguiendo la sistematización apuntada en el apartado anterior, la LCSP apuesta por todo el rango de riesgo, incluyendo la mera apariencia.

⁶⁴ Si bien la Directiva presenta algunas diferencias en relación con la definición del conflicto de intereses, especialmente relevantes desde el punto de vista de la gestión de riesgos, por un lado, la concreción del sujeto que puede verse afectado por estas situaciones de conflicto y, por otro, la expresión del momento en que se pueden producir.



Ante las dificultades para concretar esa definición conceptual del conflicto de intereses, en función del ámbito material en el que se produzca el hipotético conflicto, puede suceder que se ofrezca una respuesta diferente con la consiguiente inseguridad jurídica, por lo que sería conveniente disponer de una definición básica, definición que debería abarcar tanto situaciones de conflicto de interés real como potencial o aparente, dibujando, en consecuencia, tres escenarios:

- Riesgo efectivo: cuando ya debe emitirse el juicio profesional.
- Riesgo futuro: cuando se tenga que tomar una decisión o emitir un juicio profesional.
- Apariencia de riesgo: cuando no existe interés particular.

Y es precisamente la parquedad regulatoria la que exige la adopción de medidas concretas para la gestión del riesgo derivado de los conflictos de intereses, que se presenta como un riesgo constante en cualquiera de las fases del procedimiento de licitación, y para ellos resulta necesario discriminar las siguientes acciones:

- *Prevención*

La prevención de los conflictos de intereses exige disponer de mecanismos previos que, a modo de filtro, garanticen la adopción de medidas preventivas, y, a dichos efectos, la más frecuente es la formulación de una declaración relativa a los conflictos de intereses por parte de aquéllos que intervengan en los expedientes de contratación.

- *Detección*

En esta fase hay que establecer cómo detectar el conflicto de intereses, Para ello sería preciso realizar labores de seguimiento y actualización de la

información manifestada que permitan en todo caso su ajuste a la realidad, sin olvidar que, *a priori*, resulta difícil dicha prevención total pues es imposible conocer quiénes serán licitadores en el respectivo expediente. A efectos de corregir esta distorsión, resulta conveniente articular medidas que permitan ofrecer concreción en relación con los licitadores en el mismo.

- *Gestión*

La parquedad con que la LCSP regula el conflicto de intereses deja amplias lagunas, entre ellas cómo actuar cuándo se detecta el conflicto de intereses, cuál debe ser el procedimiento a seguir, procedimiento que, en todo caso, debe ser contradictorio para garantizar los derechos de todos los actores en presencia.

- *Sanción*

En el ámbito sancionador, también ante la ausencia de definición legal de cómo actuar en la LCSP, sería necesario distinguir si el conflicto de intereses afecta a un empleado público o a un representante político, pues en uno y otro caso, resultará de aplicación diferente régimen. En el caso de los primeros, la vía de aplicación será el régimen disciplinario, en tanto que en el caso de los segundos será la normativa reguladora de su estatuto, cuando exista, y, en última instancia, la normativa en materia de transparencia, todo ello, sin perjuicio de las cuestiones que se puedan suscitar de orden penal.

3.2.- Inexistencia de un sistema de denuncias internos y canales de denuncia

Como una herramienta vertebral de gestión de riesgos en la contratación pública debemos tener presente la



adecuada configuración de los canales de denuncias, como instrumento clave para articular las nuevas obligaciones legales, ante la inexistencia de un marco básico normativo, explorando las principales características para la configuración del modelo y la conveniente asignación de un estatuto de protección al denunciante de buena fe.

Si bien en el ámbito internacional son numerosas las referencias a la necesidad de articular canales de denuncia y medidas de protección al denunciante como parte de una estrategia integral de prevención y lucha contra la corrupción, entre las que podemos citar, los artículos 8.4, 32 y 33 Convención Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 9 Convenio Civil del Consejo de Europa contra la corrupción y el artículo 22.a) Convenio Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción y Resolución 1729/2010 y Recomendación 1916/2010, de protección de los denunciantes, entre otros, España es uno de los pocos países de nuestro entorno que carecen de regulación básica en esta materia pues la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG) nada regula al respecto⁶⁵. Sin

⁶⁵ En el ámbito autonómico, se puede destacar la existencia de algunas iniciativas normativas que prestan especial atención a esta problemática. Por un lado, la Ley 5/2015, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecerán las garantías de los denunciantes, de Castilla y León, o la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, y la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de la

embargo, esta carencia regulatoria no exime a la administración pública de adoptar medidas en dicho sentido.

La inexistencia, por una parte, de una regulación estatal básica de los canales de denuncia y del marco común aplicable a los denunciantes de buena fe en la normativa básica sobre transparencia, junto con la existencia, por otro, de una obligación legal de denuncia en materia de conflictos de intereses que afecten a la contratación, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 64 LCSP, exige que los órganos de contratación establezcan las bases para el cumplimiento de este deber, como parte, actuación que encaja a la perfección en el marco de una estrategia de cumplimiento normativo (compliance)⁶⁶.

Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares.

⁶⁶ En este sentido las últimas novedades normativas apuestan por configurar explícitamente los canales de denuncias, como ha sucedido con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en cuyo art. 24 recoge la regulación del sistema de información de denuncias internas, señalando que los principios recogidos en el mismo serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas. Ya en el 2007, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) dedicó un informe legal 2007/0128 de 12 páginas a una consulta sobre la [Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas \(mecanismos de whistleblowing\)](#).



4.- CONCLUSIONES: LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN COMO PREMISA DE INTEGRIDAD

La incorporación del principio de integridad al articulado de la LCSP aconseja plantearse qué debemos entender por tal y para ofrecer una definición de integridad podemos acudir a la Recomendación de la OCDE sobre integridad pública, define la integridad pública como *"el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como el conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados"*⁶⁷.

A pesar de lo expuesto en relación con la apuesta por la integridad en el nuevo modelo de contratación pública y su máxima concreción en el art. 64 LCSP, no puede dejar de advertirse que esta regulación ofrece un marco demasiado abierto en cuanto a su ejecución, ya que se presenta como una norma de resultado, permitiendo, en consecuencia, diversas interpretaciones y asimétricas soluciones y medidas en garantía del principio de integridad. En positivo, no obstante, destacar que mediante otras formulaciones de soft law, en este caso, se puede recoger un mandato claro de adopción de dichas medidas y, en consecuencia, una posición activa del órgano de contratación, posición que puede materializarse mediante la aprobación de programas de compliance en contratación pública.

Porque tal y como señalaba la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) en febrero 2015, se podía cifrar en 47 000 millones de euros al "ineficiencia" del modelo de contratación pública en España, apuntando una serie de fortalezas así como de

⁶⁷ <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>



oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia, que hoy deben verse todavía aumentadas dada la mejora experimentada por el marco legal de aplicación⁶⁸.

La generalización de la percepción de impunidad ante este tipo de situaciones, incluso de que no se detectan, unidos a la falta de gestión de una cultura ética organizativa, la existencia de una regulación extensa, con cambios frecuentes, requerida de interpretación, el infradimensionamiento del mapa local, así como la existencia de un sistema de control externo que requiere mayor eficacia, son algunos de los factores a tener en cuenta para la adopción de una adecuada política de gestión de riesgos y en la elaboración del correspondiente mapa, como herramienta de integridad.

5.- RECOMENDACIONES PARA LA MEJORA DE LA INTEGRIDAD A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE RIESGOS

La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en su considerando 16, señala que: *«los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses»*.

⁶⁸ "PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia"



Para ello, es recomendable desarrollar una política de gestión de riesgos, perfectamente incardinada en la utilización de las técnicas de Compliance, comenzando por un análisis de riesgo conforme a los siguientes factores y efectos sobre los riesgos identificados

PRIORIDAD
<ul style="list-style-type: none">- Probabilidad- Gravedad
ANÁLISIS DE LOS FACTORES
<ul style="list-style-type: none">- Factores de riesgo- Incidencia- Acciones preventivas- Consecuencias
ANÁLISIS DE LOS EFECTOS
<ul style="list-style-type: none">- Consecuencias- Probabilidad- Gravedad- Acciones contingentes- Alertas

Asimismo, tal y como se ha expuesto sería recomendable la adopción de otras medidas:

- Profundizar en la configuración legal de los conflictos de intereses, dando el salto de la conceptualización teórica que nos ofrece la LCSP, a la concreción de la gestión, estableciendo, asimismo, el ciclo completo de gestión: prevención, detección, solución y sanción.
- Articulación del canal de denuncias en su más amplia definición, es decir, abierto a las denuncias de cualquier persona, sin exigir la condición de empleado público, y sobre cualquier

riesgo, no sólo en materia de conflictos de intereses⁶⁹.

En esta misma línea de recomendaciones y propuestas de mejora debe incidirse en la profesionalización de la contratación pública, siguiendo la *"Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública"*, resolviendo el déficit de especialización existente que incrementa la probabilidad de errores o irregularidades durante el impulso, la preparación, la licitación, la ejecución y la extinción o resolución de los contratos.

Y para su adopción existe una herramienta que puede servir para vertebrar las diferentes dimensiones de la integridad en la contratación pública y contribuir a implantar una política de gestión de riesgos, como es la utilización de un programa de cumplimiento normativo, de un programa de Compliance de contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS ACUÑA, M^a C.
 - (2017) *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*. CEMCI
 - (2018). "La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina

⁶⁹ La [circular 1/2016](#) del 22 de enero de 2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige "la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa", porque "es uno de los elementos clave de los modelos de prevención.



Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 6, Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 3834/2018

- (2019). “Compliance en la LCSP. Una visión de los canales de denuncia para prevenir la corrupción en la contratación”. *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 159, Enero-Febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 15661/2018
- CERRILO i MARTÍNEZ, A. (2018). *El principio de Integridad en la Contratación Pública*. Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2018). “Los principios generales de la contratación pública”. En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES (Eds), *Tratado de Contratos del Sector Pública*. Valencia. Tirant lo Blanch

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea*. Bruselas, 3 de febrero de 2014 [COM(2014) 38].
- CNMC (2015). *Guía contra el fraude en la contratación*. Madrid, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- OFICINA ANTIFRAU DE CATALUÑA (2016). *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*. Barcelona, Oficina Antifrau de Cataluña



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

**BLOQUE II:
AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA
COMPRA PÚBLICA**



**APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS
ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO.
RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS
INTERPRETACIONES DE SU
REGULACIÓN LEGAL.**

**APPLICATION OF THE LCSP TO THE
ENTITIES OF ITS THIRD BOOK. LEGAL
REGIME. NECESSARY
INTERPRETATIONS OF ITS LEGAL
REGULATION.**

Alvaro García Molinero

Interventor de la A.G.E. en el Ministerio de
Defensa.

RESUMEN: La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a lo largo de su extenso articulado, configura un régimen jurídico diferenciado en función de la naturaleza jurídica de los distintos entes que integran y conforman el sector público. La regulación normativa de los contratos celebrados por las entidades que no tienen la consideración de Administraciones Públicas se encuentra en el Libro Tercero de la Ley, ya tengan la consideración de poder adjudicador (PANAP) o no. En concreto, contiene las normas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de estos contratos, pero con distintos matices, imprecisiones o lagunas que han originado un auténtico debate en el seno de



diversos sectores relacionados con la contratación pública.

PALABRAS CLAVE: Poderes Adjudicadores No Administración Pública; entidades que no tienen carácter de poder adjudicador; contrato menor; procedimientos de adjudicación; instrucciones internas contratación; interpretaciones normativas.

ABSTRACT: Spanish Law of Contracting for the Public Sector, Law 9/2017, along its extensive articles establishes a differentiated juridical system according to the juridical nature of the different entities of the public sector. The regulation of the contracts concluded by the entities that do not have the status of public administration are contained in its Third Book, referred to both contracting authorities (PANAP) and not contracting authorities. This book contains the rules concerning the preparation, adjudication, effects, modification and extinction of these contracts, but with different nuances, inaccuracies or gaps that have originated an authentic wide-ranging debate within the Administrative doctrine, public entities, as well as professionals or experts in the field of public procurement.

KEYWORDS: public procurement procedures; no public administration contracting authorities; entities not considered as contracting authorities; interpretations of the regulation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. IDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL LIBRO TERCERO.- III. RÉGIMEN JURÍDICO.- A) CONTRATOS DE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (TÍTULO I DEL LIBRO TERCERO).- B) CONTRATOS DE LAS ENTIDADES DEL



SECTOR PÚBLICO QUE NO TENGAN EL CARÁCTER DE PODERES ADJUDICADORES (TÍTULO II DEL LIBRO TERCERO).- IV. ZONAS OSCURAS: CORRIENTES DOCTRINALES SURGIDAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.- V. CONCLUSIONES.- VI. RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha venido a introducir importantes cambios respecto a la regulación jurídica de la contratación para aquel conjunto de entes que, formando parte del sector público, no tienen la consideración de Administraciones Públicas, y que a su vez pueden ser poder adjudicador o no.

Sin embargo, la LCSP a la hora de regular los contratos celebrados por este tipo de entes ha sembrado un conjunto de dudas acerca de la interpretación que se le debe dar a determinadas cuestiones, ya sean relacionadas con la propia preparación de estos contratos o sobre su adjudicación. La ambigua redacción de la norma en su conjunto, y en concreto, en el tema que nos ocupa, ha provocado que distintos órganos del estado y cierto sector de la doctrina hayan tenido que “salir a la palestra” tratando de resolver una serie de dudas interpretativas que el propio texto de la Ley ha generado.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL LIBRO TERCERO.

Antes de adentrarnos en el análisis del régimen jurídico previsto en la LCSP para los contratos de los poderes



adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas (en adelante PANAP) y para aquellos entes que no tienen el carácter de poderes adjudicadores debemos realizar un adecuado y pertinente análisis de los artículos 2⁷⁰ y 3⁷¹ de la ley.

Así, el artículo 2.1 dispone que: *“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3”*.

Del contenido del artículo 3 podemos hablar de dos niveles claramente diferenciados:

1. Administraciones Públicas: solamente las entidades incluidas en el artículo 3.2 son consideradas Administraciones Públicas, y las mismas serán, en todo caso, poderes adjudicadores puesto que cumplen las tres siguientes características predicables del concepto comunitario de “Organismos de Derecho Público”, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que reproduce el artículo 3.1.J) de la LCSP:

- Que tengan personalidad jurídica propia;
- Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- Que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la

⁷⁰ Referido al Ámbito de aplicación de la LCSP.

⁷¹ Referido al Ámbito subjetivo de la LCSP.

mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

2. No Administraciones Públicas: Poderes Adjudicadores que no son Administraciones Públicas y otros entes que no tienen la consideración de poder adjudicador: en el mercado también existen y operan entidades que formando parte del sector público quedan fuera del contenido del ya mencionado artículo 3.2, a los efectos de su consideración como Administraciones Públicas. Para este otro conjunto de entes, para saber si nos encontramos o no ante un poder adjudicador debemos realizar el test de comprobación de su naturaleza jurídica con las tres condiciones señaladas en el punto 1, debiéndose cumplir de manera acumulativa. De este modo, las que cumplan tales condiciones serán considerados PANAP, mientras que las que no las cumplan serán entidades que no tienen el carácter de poder adjudicador.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

Como primera nota destacable debemos señalar que los contratos celebrados por los PANAP y por las entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador tienen la consideración de contratos privados⁷².

En cuanto al régimen jurídico de los contratos celebrados por las entidades del punto 2 anterior se encuentra, como ya se ha mencionado anteriormente,

⁷² Véase el artículo 26.1.b) y c) de la LCSP.



en el Libro Tercero, en concreto, en los artículos 316 al 322.

Para acometer un adecuado estudio de su regulación debemos distinguir el tipo de ente (ámbito subjetivo) que pretende celebrar cada contrato:

A. Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas (Título I del Libro Tercero)

Las modificaciones que ha introducido la LCSP respecto a estas entidades han supuesto una mayor aproximación al régimen jurídico al que quedan sometidas las Administraciones Públicas. La nueva regulación jurídica aplicable a la contratación de los PANAP se encuentra recogida en los artículos 316 a 320 de la LCSP.

En función de si el valor estimado del contrato a celebrar, calculado de conformidad con las normas previstas en el artículo 101 LCSP, se encuentre por encima (SARA⁷³) o por debajo (No SARA) del umbral comunitario podemos observar el diferente tratamiento que la Ley da distinguiendo la fase contractual en la que se encuentre el expediente:

En cuanto a las fases de preparación y/o adjudicación del contrato:

a. Regulación del artículo 317 (contratos SARA):

“La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas

⁷³ SARA “SUJETOS A REGULACION ARMONIZADA”.



establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley”.

Esta Sección 1ª es la relativa a la “Preparación de los contratos de las Administraciones públicas” y la Sección 2ª a la “Adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas”. Por tanto, nos encontramos ante una remisión expresa a las normas reguladoras de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas en sus fases de preparación y adjudicación.

b. Regulación del artículo 318 (contratos no SARA):

“En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, 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 profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título



I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”.

Sin embargo, este artículo únicamente se refiere a la fase de adjudicación de los contratos y no a la de preparación, como si se hace para los contratos SARA. Esta ambigüedad legislativa puede dar a entender que para este tipo de contratos pudiera no serles de aplicación la Sección primera del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la ley. Esto ha originado uno de los puntos “calientes” de debate que será analizado en el apartado IV del presente artículo.

En cuanto a los efectos y extinción de estos contratos:

En ambos supuestos, ya sean SARA o No SARA, los efectos y extinción de los contratos se regirán en todo caso por el Derecho Privado en función de su naturaleza jurídica, aunque en determinados supuestos, señalados en el propio artículo 319 de la LCSP, se remite a la regulación contenida para los contratos celebrados por las Administraciones Públicas⁷⁴.

⁷⁴ “No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243 (...) En estos contratos será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de



En cuanto al régimen de recursos:

Para los contratos SARA cabe la interposición del recurso especial en materia de contratación⁷⁵ para el conjunto de actuaciones recogidas en el artículo 44.2 LCSP, siendo la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos la contencioso administrativa. Por otro lado, la jurisdicción civil será la competente para conocer de las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del artículo 27 LCSP.

Para los contratos no SARA, y relativos a las fases de preparación y adjudicación, cabrá recurso especial si se dan las condiciones del artículo 44.1 LCSP y para el resto se podrá interponer recurso de alzada impropio (artículo 44.6), siendo la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de estas

ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 así como la recogida en la letra i) del artículo 211”.

⁷⁵ Artículo 44.1 de la LCSP “(...) cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*

b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*

c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros”.*



controversias. Los conflictos originados en el seno de las fases de cumplimiento, efectos y extinción serán competencia de la jurisdicción civil, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del artículo 27 LCSP.

B. Contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (Título II del Libro Tercero)

Respecto al régimen jurídico previsto en la LCSP para los contratos celebrados por aquellos entes que no tienen el carácter de poder adjudicador:

En cuanto a la fase de adjudicación del contrato:

a. Regulación del artículo 321:

“La adjudicación de contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se ajustará a las siguientes reglas:

1. Los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

Estas instrucciones se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos



regulados por ellas y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.

2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo podrán adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con sujeción a las siguientes reglas:

a) Los contratos de valor estimado 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.

b) Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia (...)."

En cuanto a los efectos y extinción de estos contratos:

Los efectos, modificación y extinción de los contratos de las entidades del sector público que no ostenten la condición de poder adjudicador se regirán por las



normas de Derecho Privado que les resulten de aplicación.

En cuanto al régimen de recursos:

Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de estos contratos se impugnarán en vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 321.5 LCSP): recurso de alzada impropio, siendo la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos la contencioso administrativa (artículo 27.1.d) LCSP).

Mientras que de las cuestiones referidas a los efectos y extinción de estos contratos será concedor la jurisdicción civil (artículo 22.2.b) LCSP).

IV. ZONAS OSCURAS: CORRIENTES DOCTRINALES SURGIDAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.

Como ya se ha apuntado en la introducción del presente artículo, la LCSP se trata de una norma poco precisa y técnicamente inconsistente en muchos de sus extremos. Así lo ha manifestado el propio Consejo de Estado en su dictamen tras el examen del anteproyecto de la LCSP⁷⁶.

⁷⁶ Dictamen 116-2015 del Consejo de Estado: " *En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien*

Por este motivo, y en el marco de análisis del presente estudio, han surgido distintos pronunciamientos, algunos claramente contradictorios, que son dignos de ser traídos a colación para un mejor entendimiento del problema interpretativo existente en la aplicación de la norma. Este conjunto de pronunciamientos los podemos clasificar en tres bloques diferenciados:

1. El régimen de preparación de los contratos. Importe contrato menor. Artículo 318.a) LCSP.
2. La libertad de elección del procedimiento de adjudicación para los contratos no armonizados celebrados por los PANAP. Artículo 318.b) LCSP.
3. La desaparición o no de las instrucciones internas de contratación para la contratación no armonizada de los PANAP.

Respecto al primero de los puntos, encontramos dos posicionamientos claramente diferenciados:

- Por un lado tenemos los pronunciamientos de los siguientes órganos: Abogacía General del Estado⁷⁷ y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁷⁸, cuyas conclusiones han sido acogidas por cierto sector de la doctrina⁷⁹ y que, a modo de

no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica”.

⁷⁷ Informe 2/2012 (R-32/2018), de 17 de enero de 2018, de la Abogacía General del Estado.

⁷⁸ Recomendación de 28 de febrero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la ley de contratos del sector público.

⁷⁹ Gimeno Feliu, Jose María (2018), en su artículo de opinión: “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores



resumen, defienden la postura de asimilar la regulación del contrato menor, con todas las exigencias procedimentales⁸⁰ previstas en el artículo 118 de la LCSP, a la de los contratos previstos en el apartado a) del artículo 318. Sus argumentos se fundamentan sobre la base de las siguientes consideraciones:

Aunque el artículo 318 no emplea expresamente el término de “contrato menor”, y no se contempla una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3 de la LCSP, parece que es clara la voluntad del legislador de acercar sus regímenes aplicables a todos los entes del sector público, todo ello por los siguientes razonamientos:

- o En primer lugar, por la plena coincidencia con los importes previstos para el contrato menor y también por la previsión contenida en la última parte del apartado a) (Art. 318) *“podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”*, expresión esta idéntica a la empleada por el legislador en el

no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público”. OBCP (Web: <http://www.obcp.es/>).

⁸⁰ Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato; aprobación del gasto y la factura; presupuesto para el caso del contrato menor de obras; y la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo.



- artículo 131.3 LCSP, referida a los contratos menores.
- o Se sostiene que la Ley persigue una mayor homogeneización del régimen jurídico aplicable a todos los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública, permitiendo así alinearse con uno de los objetivos fundamentales perseguidos por la propia Ley, señalado en su preámbulo, de “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro”.
 - Por otro lado, nos encontramos con los defensores⁸¹ de lo contrario, esto es, de la no asimilación de ambos regímenes jurídicos recogidos en los artículos 118 y 318.a) de la LCSP. Sus razonamientos para defender este posicionamiento son los siguientes:
 - a) La aplicación de todo el régimen previsto para la regulación de los contratos menores celebrados por las Administraciones Públicas a los contratos celebrados por el resto de entes del sector público iría en contra de la propia voluntad del legislador emanada de la propia redacción del texto normativo. El legislador de haber querido aplicar el mismo régimen que el previsto para las Administraciones Públicas lo habría expresado de la misma manera a como lo hizo para los

⁸¹ Díez Sastre, Silvia (2018). “La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública”. Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017, pp. 305-347.
Blazquez Lidoy, Alejandro (2018). “Los poderes adjudicadores no Administración Pública ante la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017): Contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación”. CEF- Revista Practica de Derecho (comentarios y casos prácticos) – Revista mensual núm. 208.



contratos SARA del artículo 317. Esta “voluntad” del legislador se concreta en los siguientes hechos objetivos del artículo 318 LCSP:

- Se refiere exclusivamente a la adjudicación de los contratos y no a la preparación y adjudicación de los mismos como si se recoge para los contratos SARA en el artículo 317.
- No se hace mención expresa alguna al concepto de “contrato menor”.
- Al especificar en este artículo las exigencias formales para poder tramitar los contratos contemplados únicamente señala que: *“podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”*, sin que se establezcan otros requisitos o exigencias, ni se haga remisión alguna a otras partes del articulado.

Acerca del segundo de los puntos de debate señalados, sobre si con base en el artículo 318.b) los PANAP pueden utilizar cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley. Es decir, ¿Pueden las PANAP utilizar cualquiera de los procedimientos señalados, con la excepción del negociado sin publicidad, sin limitaciones objetiva o económica alguna, o bien, debemos hacer una remisión “in totum” a la regulación de cada uno de estos procedimientos y con plena sujeción a sus requisitos y vicisitudes?

Los partidarios de la primera opción (Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña⁸², Díez Sastre, Blazquez Lidoy, Razquin Lizarraga, Vázquez Mantilla) fundamentan su posición con los siguientes argumentos:

- Del contenido literal del artículo 318.b) se posibilita que los PANAP puedan adjudicar por cualquier procedimiento de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. Es decir, se deja en manos de estos entes acudir indistintamente a uno u otro procedimiento. No obstante, por razones de seguridad jurídica y de evitar un posible abuso de procedimientos “menos exigentes” se hace recomendable la promulgación de instrucciones internas que regulen los supuestos en que procede el empleo de cada procedimiento de adjudicación.
- De haber pretendido el legislador aplicar el mismo régimen de sujeción a las normas establecidas para la adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas, tanto para los contratos SARA del artículo 317 como para los contratos no SARA del artículo 318 LCSP, lo habría plasmado en idénticos términos, sin distinción alguna. Esto no se deduce de la propia opción que ofrece el legislador en el artículo 318, y no así en el artículo 317, de poder adjudicar por cualquier procedimiento previsto en la Ley.

Mientras que la corriente partidaria de la reconducción plena a las reglas procedimentales aplicables a las Administraciones Públicas (Abogacía del Estado, Junta

⁸² Informe sobre la Regulación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público sobre “*los contratos de otros entes del sector público*”, de 20 de diciembre de 2017.



Consultiva de Contratación Pública del Estado) basan sus argumentos en los siguientes puntos:

- Parecería ir en contra de la voluntad del legislador si el artículo 318.b) al establecer el valor estimado de los contratos, muy próximo al de los contratos SARA, estos acabarían adjudicándose por procedimientos mucho más laxos en cuanto a sus exigencias (P. ej. procedimiento abierto simplificado). Por esta razón, se debe acudir a cada procedimiento siempre que lo permita el valor estimado de cada contrato, así como su caracterización y objeto.
- Ya que para los contratos SARA (PANAP) se aplica en bloque las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo y por la aparente voluntad del legislador de aproximar la contratación de las PANAP al propio de las Administraciones Públicas, parece que lo lógico sería proceder igualmente para los contratos no SARA (PANAP).

Por último, en relación con el tercer y último punto acerca de la desaparición o no de las Instrucciones internas de contratación (IIC) para los contratos no SARA (318 LCSP), pese a que se han producido distintos pronunciamientos, todos parecen converger en las dos siguientes conclusiones fundamentales:

- La supresión en la vigente Ley de las IIC previstas en el derogado TRLCSP (artículo 191.b)).
- La posibilidad de que se puedan emitir instrucciones internas lo debe ser únicamente a efectos internos, explicativos y organizativos. En ningún caso, podrán ser sustitutivos de la aplicación obligatoria de los preceptos legales.

Del análisis realizado en este punto se pone de manifiesto una de las principales debilidades que distintos expertos en la materia han venido apuntando desde la publicación del proyecto de ley, y es la su ambigüedad en algunos de sus extremos, afectando concretamente a la regulación de la contratación de los entes que han conformado el objeto del presente trabajo.

V. CONCLUSIONES

Como resultado del exhaustivo análisis efectuado sobre el régimen jurídico aplicable a la contratación de aquel conjunto de entes del sector público que no tienen la consideración de Administraciones Públicas podemos extraer las siguientes conclusiones fundamentales:

- Una necesaria reforma del régimen jurídico aplicable a este tipo de entes, exigencia provocada por la deficiente redacción técnico-normativa de la Ley que ha venido a originar una situación de clara inseguridad jurídica que es preciso resolver.
- Las diferentes interpretaciones dadas por distintos órganos o sectores de la doctrina, cada una con sus fundamentaciones y consideraciones, pueden dar lugar a que los gestores puedan acogerse a la/las interpretación/es que mejor le convenga a sus propias intereses provocando una aplicación no uniforme de la norma, y por ende, contribuyendo a una mayor inseguridad jurídica.



VI. RECOMENDACIONES

A la vista de las conclusiones señaladas en el punto anterior se antoja imprescindible acometer una modificación del Libro Tercero de la LCSP. Es necesaria una redacción clara y precisa que plasme de manera inequívoca cual es la auténtica voluntad del legislador nacional a la hora de regular el régimen jurídico de estos contratos celebrados por este conjunto de entes, permitiendo así una aplicación uniforme de la Ley y poniendo fin a la situación de inseguridad jurídica provocada con la actual redacción de la Ley.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.

Beatriz Montes Sebastián

Directora de Asesoría Jurídica de la
Fundación Universidad-Empresa de Valencia

RESUMEN: El régimen jurídico de la Cooperación Vertical o institucionalizada entre entidades pertenecientes al sector público como sistema que permite a dichas entidades autoabastecerse con recursos propios o de otras entidades públicas, sin necesidad de acudir al mercado y por tanto de aplicar la normativa de contratación pública, se reguló por primera vez como tal en la 4ª Generación de Directivas de Contratación pública, aprobadas en el año 2014 y cuya entrada en vigor se produjo el 18 de abril de 2016. Dicha regulación que posteriormente ha sido contemplada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante "LCSP"), ha pretendido dar seguridad jurídica en un contexto donde no existía una regulación clara y precisa de los requisitos exigidos para ello y en el que tales mecanismos eran recurrentemente cuestionados por el Tribunal de Cuentas, los Órganos de Control Externo de



las Comunidades Autónomas (en adelante “OCEX”) y la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante “CNMC”). En el presente trabajo se pretende analizar precisamente dichos requisitos y su aplicación práctica transcurrido un año desde la entrada en vigor de la LCSP.

PALABRAS CLAVE: Cooperación vertical, cooperación horizontal, Medios propios, encargo, control análogo, contratación pública.

ABSTRACT: The legal regime of vertical cooperation between entities belonging to the public sector as a system that allows these entities to self-supply with their own resources or other public entities, without having to go to the market and therefore apply the public procurement regulations, was regulated for the first time in the 4th Generation of Public Procurement Directives, approved in 2014 and whose entry into force occurred on April 18, 2016. This regulation has been subsequently contemplated in Law 9/2017, of November 8, Contracts of the Public Sector (hereinafter “LCSP”), has intended to provide legal security in a context where there was no clear and precise regulation of the requirements needed for this. These mechanisms of inhouse providing were recurrently questioned by the Court of Accounts, the Bodies of External Control of the Autonomous Communities (hereinafter “OCEX”) and the National Commission of the Markets and Competition (hereinafter “CNMC”). The present work intends to analyze precisely those requirements and their practical application one year after the entry into force of the LCSP.

KEYWORDS: Vertical cooperation, horizontal cooperation, In house providing, order, control which is similar to that which it exercises over its own

departments, public procurement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR PODERES ADJUDICADORES. 2.1. Requisitos exigidos. 2.2. Análisis de los casos analizados por los Tribunales. III. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN CARÁCTER DE PODER ADJUDICADOR. 3.1. Requisitos exigidos. 3.2. Análisis de las cuestiones planteadas a los órganos consultivos en materia de contratación. IV. CONCLUSIONES. V. RECOMENDACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La nueva normativa de contratación pública instaurada por las Directivas de Contratación aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo en fecha 26 de febrero de 2014⁸³ (en adelante “Directivas de Contratación”) y que entraron en vigor el 18 de abril de 2016, así como la aprobación más de un año después de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre sobre Contratación Pública (en adelante “LCSP”) han establecido un nuevo régimen jurídico en la contratación pública.

⁸³ La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante “Directivas de Contratación”).



Un cambio de paradigma donde se hace prevalecer la contratación estratégica con objetivos que van más allá del aprovisionamiento de bienes y de servicios por parte de las entidades pertenecientes al sector público, para pasar a llevar a cabo verdaderas políticas sociales, medioambientales y de innovación. Una contratación que ha incrementado los controles en todas las fases de la contratación, tanto en la preparación y adjudicación como en la de ejecución, para conseguir una contratación más eficiente y mejor para la ciudadanía.

Sin perjuicio de la aplicación generalizada de la normativa de contratos públicos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE") positivizada en las Directivas de Contratación y posteriormente en la LCSP reconoce excepciones a su aplicación, en supuestos de cooperación vertical o institucionalizada y horizontal o no institucionalizada.

Es objeto de estudio y análisis en el presente artículo los requisitos exigidos en la LCSP para poder excepcionar la aplicación de la contratación pública en los supuestos de cooperación vertical y su interpretación por los Tribunales, con la finalidad de clarificar aquellas cuestiones que pueden generar dudas en su aplicación, transcurrido el primer año desde su entrada en vigor.

II. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR PODERES ADJUDICADORES

Pasamos a analizar en la LCSP la cooperación vertical o institucionalizada⁸⁴, los encargos a medios propios

⁸⁴ Ver DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN relativo a la aplicación de la normativa sobre

personificados y en definitiva la Doctrina In house Providing desarrollada por el TJUE. En primer lugar, el fundamento jurídico para poder acudir a dicha figura se encuentra contemplado en el artículo 31 de la LCSP. Así, dicho artículo titulado "*Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*" permite a las entidades del sector público cooperar entre sí, sin que dicha cooperación se considere contractual, y por tanto sin que para dicha cooperación sea necesario llevar a cabo un procedimiento de licitación pública.

Los encargos a medios propios por poderes adjudicadores se encuentran recogidos en el artículo 32 de la LCSP.

2.1. Requisitos exigidos

Para que un poder adjudicador pueda organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de un contrato de obras, servicios, suministros, concesión de obras o concesión de servicios a cambio de una compensación tarifaria valiéndose de otra entidad del sector público que tenga la consideración de medio propio es necesario:

- 1) Un poder adjudicador.
- 2) Una entidad del sector público que tenga la condición de medio propio.

contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público (página 15 y 16) "en adelante "*Documento de Trabajo-2011*).



- 3) Un objeto contractual (una obra, servicio, suministro, concesión de obras o concesión de servicios).

Para que una entidad tenga la condición de medio propio, dicha entidad debe cumplir los siguientes requisitos que tienen carácter cumulativo:

1º.- **Control Análogo:** Se exige que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios.

Existe control análogo cuando el poder adjudicador puede:

- Ejercer sobre el medio propio una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas,
- Conferir encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo en los estatutos o normas de creación, de manera que exista una unidad de decisión, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente,
- Determinar la compensación tarifaria que debe percibir el medio propio, atendiendo al coste efectivo soportado por el mismo para el desarrollo y ejecución del encargo.

2º.- **80% de actividad del medio propio para el poder adjudicador:** Para calcular dicho porcentaje se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable.

Como mecanismo de control se ha contemplado la obligación de incluir en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio el cumplimiento de este requisito que adicionalmente deberá ser objeto de verificación por el auditor de cuentas del medio propio.

3º.- **No participación privada.**- Se exige cuando el medio propio sea una persona jurídico-privada (sociedad, asociación o fundación) que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública. Este requisito ha sido contemplado de forma más restrictiva que el previsto por la Directiva 2014/24 en la que en determinados supuestos, sí se permite la participación privada en el capital del medio propio siempre y cuando no exista posibilidad de bloqueo de las decisiones.

4º.- **Requisitos formales:** La Ley como requisitos adicionales a los exigidos por las Directivas de Contratación contempla los siguientes, fruto de las distintas enmiendas introducidas por los grupos parlamentarios en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley.

Se exigen pues como requisitos de carácter formal:

1.- Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio. Debe existir un acto expreso del poder adjudicador que autorice al medio propio a ser calificado como tal.

2.- Verificación de que el medio propio cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Dicho requisito se introduce a requerimiento del Tribunal de Cuentas y de los OCEX que venían estableciendo en sus informes la necesidad



de que el medio propio fuera idóneo y tuviera medios materiales y personales suficientes para cumplir el encargo.

3.- La condición de medio propio debe reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, que deberán contemplar asimismo (i) el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; (ii) el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y (iii) la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En este sentido, la Ley contempló un plazo de seis meses que venció el pasado mes de septiembre, para que los medios propios adaptaran sus estatutos sociales en los términos previstos en el artículo 32.2.d de la LCSP.

Además de los requisitos anteriormente citados, la Ley ha contemplado medidas adicionales de publicidad tanto a los medios propios como a los poderes adjudicadores que los controlan, estableciendo la obligación del poder adjudicador y del medio propio de publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la condición de medio propio y los encargos realizados, siendo estos últimos susceptibles de recurso especial ante los Tribunales de Recursos Contractuales, cuando el encargo conferido incumpla los requisitos legalmente establecidos.



2.2. Análisis de los casos analizados por los Tribunales

A fecha de emisión del presente trabajo no son muchas las resoluciones de los distintos Tribunales de Recursos contractuales sobre la materia tras la aprobación de la LCSP. En concreto, pueden destacarse las siguientes:

1) Resolución nº 175/2018 de 23 de febrero de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.- En el supuesto planteado se analiza la legalidad del acuerdo del Consejero de Fomento D. N.J.G.L. por el que se aprueba la encomienda de gestión a la Empresa de Transformación Agraria S.A, S.M.E., M.P., TRAGSA, para la ejecución de las obras del proyecto de obras ordinarias de reforma de la Avenida Alcalde Sánchez Prado, Plaza Virgen de África, Calle Jaúdenes y aledaños, en Ceuta, con un presupuesto de 7.812.758,67 euros. En esta ocasión, el Tribunal consideró que no tenía competencia para analizar el acuerdo adoptado, al tratarse de un acuerdo adoptado y de un recurso interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

2) Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 20 de junio de 2018. En el asunto planteado se cuestionaba la legalidad de un acuerdo del Ayuntamiento de Terrassa en el que se acordaba la remunicipalización del servicio de abastecimiento de agua y la creación de la entidad de derecho público "TERRASSA CICLE DE L'AIGUA, EPEL", al considerar el recurrente que no se había cumplido los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP. El Tribunal en este caso consideró que no era objeto de recurso especial al estar dentro del perímetro de las potestades de auto organización por las cuales se transfieren competencias y responsabilidades entre poderes



públicos en los términos previstos en el artículo 1.6 de la Directiva, en virtud del cual *"6. Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva."*

3) Resolución nº 249/2018 de 28 de noviembre de 2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.- En este caso se recurre el encargo realizado por el Ayuntamiento Girona respecto a los servicios de atención domiciliaria en favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, SL, por un importe de 2.506.557,50 euros. El Tribunal analiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 y la causa que justifica el encargo, en este caso, la eficiencia, concluyendo que el encargo es adecuado y desestimando en consecuencia el recurso.

4) Resolución nº 1156/2018 de 17 de diciembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.- En el supuesto planteado se analiza la legalidad del encargo de la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica a TRAGSA de las "Obras correspondientes al proyecto de recuperación ambiental del río Segura tramo comprendido entre los Sotos de los Álamos y la Hijuela. T.M de Molina de Segura y Alguazas (Murcia)" con un plazo de ejecución de 24 meses y un importe de 965.000€. La entidad recurrente afirmaba que el encargo realizado no cumplía la legalidad y que las causas alegadas sobre eficiencia y urgencia no se

daban en este caso. En relación con esto último, el Tribunal consideró que "la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector que exige como requisitos que concurran razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP."

Así, el Tribunal analizó el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el artículo 32 y para ello tuvo en cuenta:

- 1º) la conceptualización propia del encargo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1.
- 2º) el requisito del control y de control conjunto
- 3º) el requisito del 80% de la actividad
- 4º) el requisito del capital privado
- 5º) el requisito formal.- estatutos

Tras el análisis de dichos requisitos, el Tribunal concluyó que el encargo realizado cumplía los requisitos establecidos en el artículo 32, desestimando el recurso interpuesto.



III. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN CARÁCTER DE PODER ADJUDICADOR

3.1. Requisitos exigidos

El artículo 33 de la LCSP contempla los requisitos exigidos para que una entidad perteneciente al sector público pero que no tenga la condición de poder adjudicador pueda realizar encargos a otra entidad del sector público. Así, los requisitos exigidos en este caso son:

- 1) **Control análogo:** Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.
- 2) **No participación privada:** Que la totalidad del capital social o patrimonio del medio propio sea de titularidad pública.
- 3) **80 % de actividad:** Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

Por su parte, se establece una especialidad en relación con las entidades pertenecientes al sector público estatal. Así el apartado 3, del artículo 33 contempla *“El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social”*. Analizamos en el siguiente apartado las implicaciones de este precepto.

3.2. Análisis de las cuestiones planteadas a los órganos consultivos en materia de contratación

En relación con el régimen jurídico aplicable en los supuestos contemplados en el artículo 33, cabe destacar el Informe de la Abogacía General del Estado, Informe Ref.: A.G. FOMENTO 2/18 (R – 403/2018) de 30 de mayo de 2018, en el que se llega a las siguientes conclusiones:

1) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP, de las reglas sobre cómputo del porcentaje de actividad del artículo 32.2.b) de dicho texto legal, se considera que dichas reglas son también aplicables a los encargos contemplados en el artículo 33.

2) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP de la regla del artículo 32.2.d), que prohíbe acudir a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medio propio, el informe de la Abogacía concluye que si bien es cierto que no se exige el cumplimiento del requisito formal del establecimiento



de su condición de medio propio en los estatutos, debe aplicarse la misma limitación en relación a la participación de estas entidades en las licitaciones convocadas por las entidades que les controlan y ello por entender que el recurso a dicho mecanismo que debe constituir una excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública no puede falsear la competencia, circunstancia que se produciría en el caso de que además de recibir encargos pudieran competir en el mercado en licitaciones convocadas por las entidades que les controlan con otros operadores económicos.

3) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios de las limitaciones a la "subcontratación", la Abogacía del Estado en su informe concluye que dichas limitaciones son también aplicables a los encargos previstos en el artículo 33, al considerar que la idoneidad de los medios propios a los que se realiza el encargo debe ser exigible en todos los casos, con independencia de la entidad que lo realiza.

4) En relación con el apartado 33.3 de la LCSP relativo a los encargos entre entidades del sector público estatal, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en su Informe número de expediente 29/18 en el sentido que considerar *"la existencia de encargos entre las entidades del sector público estatal, siempre que exista una relación de control, en los términos fijados en el repetido apartado 3 y sin necesidad de cumplir cada uno de los requisitos previstos con anterioridad."* *"Por esta razón parece razonable entender que en el apartado segundo del artículo 33 se alude a las entidades del sector público en general mientras que en el apartado tercero se particulariza mediante una norma especial en las entidades del sector público"*



estatal, respecto de las cuales se establece una notable flexibilización que permitiría entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público para justificar el recurso al encargo". Y así la Junta Consultiva de Contratación concluye "En los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas.

Por tanto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha considerado que existe mayor flexibilidad en los encargos realizados por entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador, al ser éste un supuesto no contemplado por las Directivas de Contratación, estando justificados por razones de eficiencia los encargos entre sociedades de un mismo grupo, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Dicha posición no es compartida por la Abogacía del Estado que considera que las lagunas que puedan existir en torno al régimen jurídico aplicable a los encargos del artículo 33 deben completarse con las normas establecidas en el artículo 32.

5) Finalmente, y en relación al IVA en el caso de los encargos del artículo 33, la Abogacía del Estado considera que no resulta aplicable a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido, aplicable a los encargos realizados por los poderes adjudicadores.



IV. CONCLUSIONES

Así, en atención a lo anteriormente expuesto, cabe concluir:

- 1) Los sistemas de cooperación vertical son una técnica de auto organización que permite a las entidades del sector público organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos sin aplicar la normativa de contratación pública.
- 2) La LCSP ha establecido los requisitos exigidos para ello dando mayor seguridad jurídica a las entidades del sector público y permitiendo asimismo a los operadores económicos su revisión a través del recurso especial en materia de contratación.
- 3) Los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios están previstos en el artículo 32 que regula de forma pormenorizada los requisitos exigidos y el régimen jurídico aplicable.
- 4) Los encargos de las entidades del sector público que no tienen carácter de poder adjudicador se regulan en el artículo 33, siendo éste un régimen más flexible que el previsto para los encargos realizados por los poderes adjudicadores.

V. RECOMENDACIONES

Así, en los casos en los que el encargo se realice por un poder adjudicador, será necesario que en el expediente administrativo se incluya:



- 1) La Resolución previa en la que se autorice al medio propio a serlo.
- 2) Motivación adecuada y suficiente en el expediente de la causa que justifica el encargo.
- 3) Verificación de que se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos para ser medio propio y entre ellos, la idoneidad del medio, el control análogo, el 80% de la actividad, la no participación privada en el capital, la mención en los Estatutos de la condición de medio propio y su régimen jurídico.
- 4) Publicidad del encargo realizado y del medio propio en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Por su parte, en los casos en los que el encargo se realice por una entidad que no tenga la condición de poder adjudicador, será necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1) Serán aplicables al medio propio las limitaciones en cuanto a subcontratación y prohibición de concurrir a licitaciones.
- 2) El 80% de actividad se calculará conforme a las reglas previstas en el artículo 32.
- 3) Los encargos realizados estarán sujetos al IVA correspondiente.
- 4) Las entidades del sector público estatal que no tengan la condición de poder adjudicador podrán realizar encargos únicamente acreditando un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público.



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

**BLOQUE III:
COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE**

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.

M^a Consuelo Alonso García

Catedrática de Derecho administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: El presente trabajo examina las obligaciones que la Ley de Contratos del Sector público impone a los sujetos que intervienen en la contratación pública para el cumplimiento de la normativa medioambiental, así como las posibilidades que brinda a los poderes adjudicadores de introducir en el procedimiento contractual cláusulas medioambientales que permitan ejecutar los contratos de forma más sostenible.

ABSTRACT: This work examines the obligations that the Public Sector Contracts Law imposes on public authorities and the enterprises for compliance the environmental rules and regulations, and the possibilities for the public authorities to included environmental considerations at each stage of the public procurement contracts.

PALABRAS CLAVE: Contratos públicos, medio ambiente.

KEY WORDS: Public contracts. Environment.



SUMARIO: 1-INTRODUCCIÓN. 2-REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE EN LA LCSP. 3-OBLIGACIONES MEDIOAMBIENTALES DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CUALQUIER CONTRATO. 4-POSIBILIDADES DE INCLUIR CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN. 5-CONCLUSIONES. 6-RECOMENDACIONES.

1.- INTRODUCCIÓN

La contratación pública ecológica supone la inclusión por parte del sector público de consideraciones de carácter medioambiental en la definición y ejecución de los contratos que realice para adquirir los bienes que precisa, construir obras públicas, gestionar sus servicios o realizar cualquier otra prestación que constituya el objeto de aquéllos.

La contribución de los contratos públicos al producto interior bruto de la Unión Europea, que se cifra en torno al 16%, ha permitido entender la contratación pública como una herramienta idónea para conseguir, al lado de los tradicionales fines de eficiencia y ahorro económico que persigue la misma, otros objetivos de carácter público, dando respuesta a nuevos retos de carácter medioambiental, social o innovación.

Es lo que la doctrina ha denominado “contratación pública estratégica”, mediante la cual se incentivan o fomentan políticas públicas como apoyo a las PYMES, empleo activo, inclusión de grupos desfavorecidos, atención a la discapacidad, innovación, comercio justo, promoción de la igualdad de género o, en el caso que nos ocupa, protección ambiental.



La contratación pública con dimensión ecológica trataría de reducir el impacto que en el entorno causa el consumo –entendido en su sentido más amplio, como adquisición de mercancías, servicios y obras-, del sector público y servir de estímulo a la innovación en tecnologías, productos y servicios medioambientales⁸⁵.

Esta nueva “arma” con la que se dota a las autoridades públicas resulta especialmente útil, pues, además de contribuir a la promoción de la política de protección ambiental, a cuya consecución están especialmente conminadas por el mandato contenido en el artículo 45 de nuestra Carta Magna, y a facilitarles el cumplimiento de sus compromisos internacionales y europeos en la materia, les va a reportar una importante ventaja económica traducida en una mayor eficiencia en la utilización de los recursos y un significativo ahorro de sus costes de funcionamiento. También va a ofrecer oportunidades de negocio para aquellas empresas que apuestan e invierten en innovación ecológica, aportándoles una mejor ventaja competitiva en un ámbito comercial de especial expansión en la Unión europea.

La puesta en marcha de esta iniciativa no está, sin embargo, exenta de dificultades: se necesita formación de los propios operadores públicos encargados de llevar a cabo el proceso de contratación, coordinación de todas las unidades administrativas implicadas y con los propios empresarios, información sobre los criterios ambientales susceptibles de ser aplicados y una buena dosis de sensibilización de la sociedad a todos los niveles, además de tener que superar otros obstáculos tales como la necesidad de contabilizar en términos

⁸⁵ *Comunicación de la Comisión Europea Contratación pública para un medio ambiente mejor*. COM(2008) 400. Pág: 4.



económicos la rentabilidad de esta práctica, que la mayor parte de las ocasiones sólo se advierte a largo plazo.

2.- REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE EN LA LCSP

Como no podía ser de otra manera, ya que a ello está compelida por el Derecho europeo, nuestra Ley de Contratos del Sector Público de 2017 insiste en la conveniencia de formular una contratación pública en términos de sostenibilidad. A tal efecto, la Exposición de Motivos la considera como “uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, *sostenible* e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos” (apdo I), que es necesario “para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, *medioambiental*, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia” (apdo III), gracias a la cual se consiga “un mejor cumplimiento de los objetivos públicos” (apdo II).

La norma contempla los aspectos medioambientales junto con los sociales y de innovación, ofreciendo un tratamiento jurídico unívoco de diversas realidades que podrían agruparse en la expresión “compra pública responsable”. Sin embargo, a lo largo del texto va desagregando los mismos, de tal manera que dota al sector público de una gran flexibilidad para poder incluir estos criterios en los contratos que realice. En este punto, conviene resaltar las iniciativas que al respecto la Administración pública viene realizando para implementar dichas cláusulas, como la adopción del

Plan de Contratación pública Verde del Estado⁸⁶, o a nivel orgánico, la creación de la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ecológicos en la Contratación Pública⁸⁷.

Asimismo, destaca la regulación que la Ley hace de la innovación, entendida no sólo como modernización de los procedimientos de contratación que la hagan más eficaz (sistemas dinámicos de contratación, subasta electrónica, plataformas de contratación, etc.), sino también como incorporación de soluciones más sostenibles en la prestación contractual: contratar nuevas tecnologías, procesos y productos más ecológicos o una gestión más eficiente de los servicios públicos (compra pública innovadora⁸⁸ o “asociación para la innovación”⁸⁹).

⁸⁶ Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

⁸⁷ Real Decreto 6/2018, de 12 de enero.

⁸⁸ Si únicamente se van a contratar servicios de investigación y desarrollo (I+D), es posible que pueda aplicarse el enfoque denominado *Contratación Precomercial*, que en España se incluye, junto con la *Compra Pública de Tecnología Innovadora* (CPTI), en el género *Compra Pública Innovadora* (CPI).

⁸⁹ La “asociación para la innovación” es un nuevo procedimiento de contratación idóneo en los casos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer las necesidades de innovación, y gracias al cual es posible contratar actividades de investigación y desarrollo de obras, servicios y productor innovadores para su posterior adquisición por la Administración (artículos 177 a 182 LCSP).



La primera medida que adopta la Ley en relación con el medio ambiente es recordar las obligaciones que al respecto deben ser cumplidas por todos los sujetos contratantes. Especialmente ilustrativo resulta el artículo 201 del texto, que conmina a los órganos de contratación a adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, tanto en el procedimiento de licitación como en la ejecución de los contratos, los contratistas cumplan los compromisos que en esta materia impone el Derecho europeo, el nacional o el internacional.

En mi opinión, tal declaración no era necesaria. Es evidente que tanto las entidades que conforman el sector público como las empresas que actúan en el ámbito de la contratación –al igual que el resto de ciudadanos-, han de respetar las normas medioambientales vigentes. El ordenamiento jurídico reaccionaría con las oportunas medidas sancionadoras ante la ejecución de un contrato que no cumpliera dicha normativa –por ejemplo, un contrato de obra ejecutado sin haberse realizado la correspondiente evaluación de impacto ambiental del proyecto⁹⁰-.

Dicha referencia resulta, además de innecesaria, superflua, corriéndose con la misma el riesgo de omitir, o hacerlo en términos muy vagos, toda la prolija y abundante legislación medioambiental que los operadores del contrato han de respetar. Así ha sucedido, sin ir más lejos, con la llamada que el artículo 126.4 realiza a los principios de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control integrados de la Contaminación, para definir las prescripciones técnicas

⁹⁰ La norma aplicable, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, exige evaluación ambiental a todos los proyectos que se incluyan dentro de su ámbito de aplicación, ya sean públicos o privados.

ambientales de un contrato, referencia que no sólo es incompleta, sino que remite a unos principios meramente programáticos, diseñados, por demás, para un concreto sector, -el sometido a autorización ambiental integrada-, y expresados en una disposición legal ya derogada⁹¹.

3.- OBLIGACIONES MEDIOAMBIENTALES DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CUALQUIER CONTRATO

Al margen de esta prescindible advertencia al genérico cumplimiento de las normas medioambientales, la Ley impone también a los poderes adjudicadores una serie de deberes específicos que tienden a asegurar que la protección ambiental queda garantizada en todo el procedimiento contractual. Estas reglas se expresan tanto en los requisitos de acceso a la licitación como en la valoración del contrato y en la ejecución del mismo.

A) Prohibiciones para contratar

Se prevén en el artículo 71.1 LCSP y excluyen al empresario que incurre en las mismas de la participación en la licitación del contrato.

Las causas que las determinan, tasadas en el precepto, son: primera, haber sido condenado mediante sentencia firme por delitos relativos al medio ambiente o materias conexas (como ordenación del territorio y el

⁹¹ El texto legal ha sido sustituido por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. Los principios se enuncian ahora en el artículo 4.



urbanismo o la protección del patrimonio histórico) (art. 71.1a). Esta prohibición se extiende, tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables.

Segunda, haber sido sancionado con carácter firme por haber incurrido en infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente (art. 71.1 b). Si bien el precepto exige el carácter firme de la sanción, no se señala, como sí hacía el Texto refundido de 2011, una lista exhaustiva de normas protectoras del medio ambiente cuya muy grave transgresión determinaba la prohibición para contratar. Se amplían de esta manera el número de supuestos en los que se aprecia la imposibilidad de participar en la licitación por esta razón.

B) Requisitos de solvencia técnica y profesional del empresario

Cuando en las especificaciones técnicas del contrato se hayan establecido determinaciones de naturaleza medioambiental, podrá requerirse a las empresas para que acrediten la idoneidad, experiencia y los medios necesarios para atender de forma adecuada las exigencias que requiere la ejecución del contrato con arreglo a aquellos parámetros.

En ningún caso la solvencia profesional o técnica ambiental del empresario puede vincularse a las características intrínsecas que concurren en su negocio.

Para acreditar la misma, se podrá exigir a los licitadores los certificados de gestión medioambiental que se especifican en Anexo XII de la Directiva 2012/24/UE. Si

se trata de contratos sujetos a legislación armonizada, dicha acreditación podrá realizarse a través del Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) o por otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por el Reglamento europeo regulador de EMAS –norma UNE –EN ISO 14001-, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados (art. 94). Si disponer de un sistema ambiental no contribuye a que la prestación objeto del contrato sea medioambientalmente más eficiente, no se podrá exigir la misma⁹².

C) Consideración de “oferta anormalmente baja”

El artículo 149 LCSP impone al órgano contratante que, cuando advierta que una oferta rebaja su coste o precio por incumplimientos de las normas medioambientales, la declare como “anormalmente baja” (art. 19.4 *in fine*). La consecuencia de esta apreciación es la exclusión de la clasificación a quien así hubiere operado y la adjudicación del contrato a favor de la mejor oferta. Si el contrato ya hubiera sido adjudicado a la

⁹² La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 16 de febrero de 2011 (Recurso 014/2011), entendió que la exigencia de la acreditación de la solvencia técnica a una empresa mediante un sistema de gestión ambiental no era acorde con la naturaleza del contrato, en este caso de consultoría y asistencia técnica al proceso de expropiación de determinados bienes y derechos. Al tratarse de actuaciones de carácter técnico, consideró el requerimiento ambiental desproporcionado o innecesario. Sin embargo, en la Resolución de 11 de octubre de 2012 (Recurso 209/2012), el mismo órgano resolvió que la obligación de contar con un sistema ISO 14001 para la ejecución de un contrato consistente en el servicio de limpieza de edificios, era ajustada al objeto del mismo.



empresa incurso en anormalidad, el órgano de contratación establecerá los mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar su correcta ejecución sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

D) Condiciones especiales de ejecución del contrato

La importancia que la nueva Ley otorga a la necesidad de que el contrato se realice de acuerdo con parámetros de sostenibilidad queda ya de manifiesto en su Exposición de Motivos, que entiende que éstos se pueden incluir, además de en el diseño de los criterios de adjudicación o en el momento de establecer los criterios cualitativos de evaluación, al determinar las “condiciones especiales de ejecución”. En este sentido, se impone obligatoriamente al órgano de contratación que establezca en el pliego del contrato “al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”⁹³.

Las condiciones de ejecución, una vez incorporadas al clausulado del contrato, se convierten en requisitos del mismo exigibles a todos los licitadores, por lo que no pueden utilizarse para evaluar las ofertas. Además, la

⁹³ Entre las consideraciones de carácter ambiental que el artículo 202 LCSP propone, se incluyen: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.



autoridad contratante deberá supervisar cuidadosamente que dicha ejecución se lleve a cabo tal y como se describe en los pliegos, cumplimiento que será responsabilidad del contratista, pudiéndose incluso preverse a tal efecto las adecuadas sanciones.

4. - POSIBILIDADES DE INCLUIR CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Además de estas previsiones de obligatoria observancia, la Ley admite la posibilidad de que los órganos de contratación puedan establecer cláusulas o criterios de contenido medioambiental en todo tipo de contratos y en todas las fases del procedimiento contractual para hacerlos más sostenibles.

Esta opción se somete a los siguientes límites:

- Estas cláusulas han de estar vinculada al objeto del contrato.
- Su previsión ha de resultar proporcionada para la consecución de los objetivos ambientales que se pretenden conseguir, debiéndose asegurar la imparcialidad, la no discriminación y la igualdad de trato de todos los licitadores.
- En aras de la transparencia, los criterios ambientales que se incorporen al contrato deben expresarse en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación.
- Los criterios deben de ser suficientemente específicos y cuantificables, de modo que se restrinja lo máximo posible el margen de actuación de que disponen los poderes públicos.



Como se ha indicado, cualquier fase del procedimiento contractual es idónea para la incorporación de criterios medioambientales:

A) Fase 1: Definición del objeto del contrato y determinación de las prescripciones técnicas del mismo

Es precisamente en el momento de definición del objeto del contrato cuando se dan las mayores posibilidades de que el órgano de contratación pueda tener en cuenta el valor ecológico de los productos y servicios que necesite contratar, exigiendo aquellos que tengan un impacto reducido o que cumplan determinadas características ambientales.

La Exposición de Motivos de la Ley realiza un llamamiento a los órganos de contratación para conseguir una mejor relación calidad-precio en el objeto de los contratos, para lo cual les obliga a velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados a éste (apdo II).

A tal efecto, la definición de las prescripciones técnicas de carácter medioambiental que se incorporen al contrato se realizará bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales (art. 126.5a), bien haciendo referencia a normas y sistemas de referencia técnica (art. 26.5b).

La Ley admite también, y como novedad, el recurso a las etiquetas ecológicas como medio de determinar las prescripciones técnicas ambientales de un bien, obra o servicio (art. 127.2). La referencia a una etiqueta concreta en estos casos simplifica enormemente no

sólo la carga que supone para los poderes adjudicatarios la redacción de las prescripciones definidoras del contrato, sino que también suministra al licitador una importante información sobre los términos en los que ha de plantear su oferta si quiere ser admitido a participar en el procedimiento de licitación.

Finalmente, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden prever expresamente la posibilidad de incluir las variantes o mejoras en el contrato, permitiendo integrar una alternativa ecológica.

B) Fase 2: Selección del contratista (remisión a prohibiciones y criterios de solvencia técnica o profesional)

C) Fase 3: Valoración de las ofertas

La LCSP ya no se refiere, como hacía el anterior texto refundido regulador de la materia, a la oferta económicamente más ventajosa como criterio adjudicación de los contratos, sino que considera que ésta se realizará "utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio" (art. 145.1).

Entre los criterios de adjudicación que pueden manejarse se encuentran los medioambientales, como los que la propia Ley recoge en su artículo 145.2.1^o⁹⁴.

⁹⁴ Entre estos criterios se encuentran: "la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato", o los expresados en el número 2º del precepto "organización, cualificación y experiencia del



Estos criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual podrá consistir, a elección del órgano de contratación, en el precio o en un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148⁹⁵.

D) Fase 4: Ejecución del contrato (remisión a las condiciones específicas de ejecución del contrato conforme a parámetros medioambientales)

5.- CONCLUSIONES

La Unión Europea ha apostado definitivamente por la contratación pública verde o ecológica como instrumento estratégico para conseguir el nivel de protección ambiental elevado. Para lograrlo, las Directivas de 2014 que la regulan han definido un

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”, “el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro”.

⁹⁵ Recientemente, y a los efectos de incorporar el cálculo de ciclo de vida en los contratos públicos en el sector de la construcción, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM (*Building Information Modelling*). Su objeto es considerar el uso de la tecnología para modernizar y mejorar los procesos de contratación pública, dando una mayor importancia a la inversión a realizar a lo largo de todo el ciclo de vida de una obra o activo.



marco jurídico muy amplio para que los poderes adjudicadores nacionales puedan incluir la perspectiva medioambiental en todos los contratos que suscriban. De esta manera, han concebido nuevas técnicas que contribuyen notablemente a alcanzar esta finalidad, como el contrato de asociación para la innovación, el rechazo de las ofertas anormalmente bajas cuando la rebaja sea a costa de incumplimientos ambientales o la consideración del ciclo de vida como elemento para calcular el coste total del contrato; en otros casos, han ampliado las posibilidades que a tal efecto le brindaban los mecanismos jurídicos ya existentes, como el uso de las ecoetiquetas para definir las características técnicas de la prestación objeto del contrato o empleo de EMAS para facilitar la prueba de la solvencia técnica del licitador; mientras que, en otros, se han limitado a clarificar e ilustrar a los poderes públicos nacionales sobre las alternativas que les asisten para lograr esta meta.

Como no podía ser de otra manera, el Legislador español ha hecho suyo el mandato europeo y ha elaborado un texto legal que proporciona a los órganos contratantes un gran potencial para celebrar contratos teniendo en cuenta la eficiencia, la sostenibilidad y la innovación ecológica en todas las etapas del procedimiento contractual.

Aún con todo, nos parece que la nueva Ley, valiéndose del amplio margen de apreciación que le brindaban las normas europeas, podía haber sido más ambiciosa en la regulación de ciertas cuestiones, como la obligación de establecer condiciones especiales de naturaleza ambiental, social o de pleno empleo en la ejecución del contrato, que no debía haber sido alternativa, sino acumulativa; haber eximido de la exigencia de sentencia firme ante el delito contra el medio ambiente



o de la calificación de muy grave de la infracción administrativa para apreciar la prohibición para contratar en que incurren sus autores; debía haberse considerado la opción de utilizar EMAS como medio de acreditar la solvencia técnica del empresario en todos los contratos y no sólo en los contratos sujetos a regulación armonizada, etc.

Además de estos problemas jurídicos, persisten problemas técnicos especialmente complejos a los que se han de enfrentar tanto las autoridades públicas como los empresarios cuando pretenden contratar en términos de sostenibilidad, particularmente hallar el método de cálculo del ciclo de vida del objeto contractual o encontrar canales de diálogo con el mercado en materia de innovación, por citar algunos de los más arduos.

6.- RECOMENDACIONES

No obstante lo anterior, consideramos que el principal obstáculo al que se enfrenta la implantación de la contratación pública ecológica en nuestro país, al menos si la comparamos con las cifras de éxito que alcanza en algunos Estados europeos, es su todavía escasa de operatividad práctica que, creemos, obedece, en buena parte, a la poca formación que se ofrece a los órganos encargados de tramitar los procedimientos contractuales, a la falta de información que, en muchos casos, adolecen los mismos, y a la ausencia de coordinación entre las distintas unidades administrativas implicadas en su adecuada resolución.

Acometer estos déficits pasa necesariamente por dotar a los poderes públicos de una mayor seguridad jurídica a la hora de incluir la dimensión ambiental en los



contratos, lo que requiere la elaboración y actualización de guías, manuales, instrucciones y orientaciones sobre la materia⁹⁶, y un mayor rodaje de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina de nuestros Tribunales de Recursos Contractuales.

Todo ello redundará en una mejor valoración y utilización de las potencialidades de este importante mecanismo de fomento del compromiso público por el medio ambiente que ha previsto nuestro Legislador.

⁹⁶ *Manual de Adquisiciones Ecológicas de la Comisión Europea* (3ª ed) o la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión Europea sobre *Profesionalización de la Contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública*.

LAS CLAUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.

Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de Castilla-
La Mancha
Doctora en Derecho

RESUMEN: 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 acentúa el aspecto social de la contratación pública. En el presente trabajo se expone una visión general acerca de las cláusulas sociales, en especial referidas a la discapacidad y cómo pueden introducirse en las distintas fases de la contratación. Por último, se analiza la supervisión y ejecución de los contratos.

PALABRAS CLAVES: Discapacidad y contratación social

ABSTRACT: Law 9/2017, of November 8, on Contracts of the Public Sector, by which the Directives of the European Parliament and Council 2014/23 / EU and 2014/24 / EU, of February 26, are transposed into the Spanish legal system 2014 emphasizes the social



aspect of public procurement. In the present work, a general vision is presented about the social clauses specially related to the disability and how they can be introduced in the different phases of the contracting. Finally, the supervision and execution of contracts is analyzed.

KEYWORDS: Disability and social contracting

SUMARIO: I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIAL COMO EJE ESTRATÉGICO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. II. LA DISCAPACIDAD COMO PRINCIPIO TRANSVERSAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. REFERENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DE LA CONTRATACIÓN. IV. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LAS CLAUSULAS SOCIALES. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIAL COMO EJE ESTRATÉGICO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La introducción de cláusulas sociales y en especial las relativas al apoyo y fomento de la discapacidad en la contratación nos lleva a detenernos brevemente en los conceptos de responsabilidad social en la Administración y de contratación pública responsable.

La Comisión Europea definió, en su momento, el concepto de la responsabilidad social de las empresas (RSE) como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y



sus relaciones con sus interlocutores"⁹⁷, refiriéndose a las acciones de las empresas que van más allá de sus obligaciones jurídicas hacia la sociedad y el medio ambiente.

Ya apuntaba que abordar la responsabilidad social de las empresas redundaba en interés de las empresas y en interés de la sociedad en su conjunto.

En 2011, la Comisión formula un nuevo concepto de RSE entendiéndola como "la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad".⁹⁸ Tiene una naturaleza pluridimensional la RSE abarca, como mínimo, los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción. La participación de las comunidades locales y el desarrollo, la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los

⁹⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde. "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas". Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final

⁹⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las Empresas. Bruselas, 25.10.2011COM (2011) 681 final



consumidores, incluida la intimidad, forman parte también de la agenda sobre la RSE.

La responsabilidad social, así entendida, fue acuñada primeramente en el mundo empresarial y posteriormente por las Administraciones Públicas.

A estas alturas no puede discutirse el papel que tienen las Administraciones en relación con la responsabilidad social en su doble faceta: ofreciendo por un lado, apoyo al mundo empresarial mediante una combinación inteligente de medidas voluntarias y, en su caso, de acciones reguladoras, por ejemplo para promover la transparencia, incentivar un comportamiento responsable de las empresas y asegurarse que éstas rindan cuentas y por otro lado, como agente protagonista, dado que la Administración es un actor económico más que tiene que servir al interés general y qué mejor, que hacerlo de una forma socialmente responsable por quien debe ser precisamente ejemplarizante.

En definitiva, se trata de que las Administraciones Públicas incorporen las mismas pautas de conducta que intentan promover o apoyar para la sociedad y así a título de ejemplo pueden exigir a los proveedores que sigan determinadas políticas de responsabilidad social en el aprovisionamiento de las Administraciones Públicas, implantar planes de compras verdes o integrar laboralmente a personas discapacitadas.

Los beneficios que obtiene una Administración siendo socialmente responsable son exponenciales, implica de entrada una mejora de la calidad democrática, mejora de la gobernanza, altos niveles de eficacia y eficiencia de las políticas públicas, aumento de la motivación y de



los niveles de transparencia, así como la ruta para hacer efectivo el derecho a la buena Administración⁹⁹.

PALACÍN SAENZ destaca la existencia de dos tipos de beneficios: unos directos como la motivación de las personas a su servicio y otros indirectos, de carácter reputacional, que la legitiman como Administración Pública, *"al permitirle influir en el aprovisionamiento de las compras públicas de un modo peculiar, buscando el equilibrio entre el principio de libre competencia y el apoyo a políticas sociales, medioambientales y de innovación que contribuyen, aunque no sea directamente, a la obtención de otro principio, el de eficiencia, ligado al control del gasto público y la estabilidad presupuestaria"*.¹⁰⁰

El carácter instrumental de la contratación pública es de sobra ya conocido y así lo han proclamado diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre ellos, la de Aragón (17/08), que sostienen que *"la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse os fondos públicos"*.

La contratación pública es sin lugar a dudas un pilar o eje estratégico de la responsabilidad social. Se entiende

⁹⁹ GIMENO FELIÚ, J.M: "La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española", Cívitas, Madrid, 2006, pág. 47.

¹⁰⁰ PALACIN SAENZ, B: "Contratación pública social" en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, ed. Wolters Kluwer.



la contratación pública socialmente responsable o contratación pública estratégica de carácter social como aquella que tiene entre sus objetivos fomentar una responsabilidad social, medioambiental o de innovación. MEDINA ARNAIZ al referirse a las cláusulas sociales¹⁰¹ pone el acento en la contratación pública social¹⁰².

En definitiva, la contratación pública sirve como instrumento de política social¹⁰³. Es más, estos fines

¹⁰¹ El concepto de cláusulas sociales es amplio y comprende acciones como el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas, miembros de grupos vulnerables o la inserción socio-laboral de personas con discapacidad en situación o riesgo de exclusión social. Igualmente, se favorece la perspectiva de género, la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, la formación y la protección de la salud, y la seguridad en el trabajo. También, la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio justo durante la ejecución del contrato.

¹⁰² Así por ejemplo MEDINA ARNÁIZ, T: "Social considerations in Spanish Public Procurement Law", Public Procurement Law Review, nº 20, 2011, Issue 2.

¹⁰³ Basta echar la vista atrás al Libro Verde de la Comisión Europea sobre "Contratación Pública: reflexiones para el futuro» de 1996 que ya contemplaba la inclusión de consideraciones de índole social en la contratación pública; igualmente la Comunicación de la Comisión COM(98) 143, titulada "La contratación pública en la Unión Europea", hacía referencia a las sinergias de la contratación pública con otras políticas comunitarias sociales y medioambientales; también se puede mencionar la Comunicación de la Comisión Europea COM(2001) 566 sobre "La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos



han sido respaldados y potenciados desde Europa. La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, supuso un avance fundamental en la introducción de criterios sociales y medioambientales pero sin lugar a dudas la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública constituye el espadarazo definitivo¹⁰⁴. En dicha Directiva se afirma que *“la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los*

sociales en dichos contratos»; la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que recogían consideraciones de los documentos previos, la Comunicación de la Comisión COM(2009) 215 sobre “Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial”; la Guía de la Comisión Europea del año 2010 “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”; o el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, COM(2011) 15. Y, en la actualidad, el marco de la política económica europea parte de la Comunicación de la Comisión de 2010 denominada “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”

¹⁰⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación”, Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 1, 2011, p 6



instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

Debemos mencionar a la Comunicación de la Comisión 3 octubre 2017, *“Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”*: Para las autoridades públicas, la contratación es una potente herramienta para gastar el dinero público de una manera eficiente, sostenible y estratégica, especialmente en tiempos en los que los presupuestos nacionales están muy ajustados.

También la Resolución Parlamento Europeo 7 de julio de 2016, sobre la aplicación Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que pide a la Comisión que revise la Guía sobre las consideraciones sociales en materia de contratación pública, para destacar oportunidades y beneficios de invertir en servicios de apoyo de calidad para las personas con discapacidad.

Recientemente la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública pide a los Estados miembros que velen por que las prácticas de contratación pública se ajusten a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, solicita a los Estados miembros que impulsen en este sentido la consulta de las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan. Considera prioritario que se adopte un código ético europeo sobre



contratación pública para los diferentes agentes del proceso de contratación pública por último enfatiza que las consideraciones innovadoras, sociales y medioambientales son criterios de adjudicación legítimos y fundamentales en la contratación pública, y que los poderes adjudicadores también pueden perseguir objetivos ecológicos, innovadores o sociales mediante unos pliegos de condiciones bien concebidos y permitiendo variantes de forma no discriminatoria por lo que respecta a las ofertas, siempre y cuando estas características estén vinculadas al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.

II.- LA DISCAPACIDAD COMO PRINCIPIO TRANSVERSAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. REFERENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹⁰⁵

La protección específica de las personas con discapacidad como objeto directo de tutela, se encuentra recogida en el artículo 49 de la Constitución Española, dentro de los principios rectores de la política social y económica. Dicho artículo contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una "política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración" de las personas con discapacidad "a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos".

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron

¹⁰⁵ MORENO MOLINA, J.A. "La inclusión de personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico", Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p 191.



aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York¹⁰⁶. Establece que las necesidades de las personas con discapacidad tienen que ser atendidas de forma que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos¹⁰⁷.

En el ámbito estatal la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre¹⁰⁸, regula en su artículo 3 como principio, la

¹⁰⁶ España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

¹⁰⁷ Para ello, en su artículo 3 establece una serie de principios generales como: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer.

¹⁰⁸ El 3 de diciembre de 2013, fecha en la que se celebra el Día Internacional de las Personas con discapacidad se publicó en el BOE el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Tiene por objeto regularizar, aclarar y armonizar tres Leyes emblemáticas:

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad,
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

En el ámbito autonómico son muchas las leyes sobre discapacidad que se han aprobado o está en ciernes y que contienen algún artículo referido a la contratación¹⁰⁹.

En Castilla-La Mancha debe mencionarse la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha que establece un sistema transversal de atención a las personas con discapacidad y, entre otras cuestiones, establece diversas medidas de garantía, entre las que se encuentran las dirigidas a que los servicios y prestaciones sociales respondan a sus necesidades de apoyo singularizadas para poder desarrollar sus proyectos de vida en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía.

En concreto su artículo 50 establece medidas vinculadas a la contratación pública:

“1. Las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, en el marco de la legislación de contratos del sector público, fomentarán las iniciativas que

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁰⁹ Art. 9 de la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad modificada por Ley 9/2018, de 24 de abril.

Art. 76 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía



comporten la generación y el mantenimiento de empleo para las personas con discapacidad.

2. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y la inclusión laboral de las personas con discapacidad, los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de la Administración Autonómica cuyo objeto esté relacionado con el ámbito de la atención a las personas con discapacidad o que les afecten, incluirán, al menos, las siguientes cláusulas:

a) En caso de empate en la valoración final de las proposiciones presentadas por los licitadores, la adjudicación se efectuará a la empresa o entidad que acredite tener en su plantilla, en el momento de presentación de proposiciones, un porcentaje mayor de trabajadores con discapacidad.

b) Condiciones especiales de ejecución que favorezcan la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

3. En los supuestos de adquisición de productos y servicios tecnológicos de información y comunicación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán cláusulas que garanticen que los productos o servicios son accesibles también para las personas con discapacidad”.

Recientemente se ha aprobado la Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha que establece en su artículo 4 como uno de los principios informadores, la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, fomentando su participación e inclusión efectiva en la sociedad.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Castilla-La Mancha en su propósito de fomentar la introducción de cláusulas sociales y medioambientales y de apostar por la



contratación pública responsable, al igual que otras Administraciones, aprobó, con fecha 18 de octubre de 2016¹¹⁰, una “Instrucción sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional” con el propósito de establecer criterios homogéneos de actuación y servir de guía sobre los requisitos legales que deben cumplirse para su inclusión. Destacamos el art. 7 que contempla “Cláusulas sociales de obligatoria inclusión” y recoge en siete apartados varias medidas como por ejemplo que los órganos de contratación definirán las prescripciones técnicas, en la medida de lo posible y salvo casos debidamente justificados, teniendo en cuenta la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con diversidad funcional, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o de diseño para todas las personas, tal como son definidos estos términos en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social; que los órganos de contratación utilizarán un lenguaje no sexista en la redacción de toda la documentación que forme parte de sus expedientes de contratación o que en los supuestos de adquisición de productos y servicios tecnológicos de información y comunicación, los pliegos de prescripciones técnicas incluyan los aspectos necesarios que garanticen el hecho de que los productos o servicios sean accesibles también para las personas con discapacidad.

Debemos tener en cuenta que esta Instrucción es anterior a la LCSP por lo que tras la entrada en vigor de

¹¹⁰ Publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el día 26 de octubre de 2016



ésta, es decir, desde el 9 de marzo de 2018, el panorama actual cambia, dado que la ley impone la obligación, y no una facultad del órgano de contratación, de incluir cláusulas sociales como criterios de adjudicación, como se desprende del art. 9.1.

Adelantándonos a lo que veremos en el siguiente epígrafe, la LCSP refuerza de modo relevante la dimensión social e inclusiva de la contratación pública, por lo que en términos generales puede ser valorada de forma muy positiva por el sector de la discapacidad.

III.- LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LAS DISTINTAS FASES DE LA CONTRATACIÓN

La inclusión de consideraciones sociales en la contratación pública ya se regulaba en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (art. 20.d, DA 18ª) y se fomentaba en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que propugnaba en su exposición de motivos (IV.3) “acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales”. Por su parte, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establecía varias pautas para tener en cuenta aspectos sociales en la contratación: como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118); como criterio de valoración de las ofertas (art. 150.1); preferencia en la adjudicación en igualdad de ofertas a empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y a entidades sin ánimo de lucro y a entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (DA 4ª) o reserva de contratos para Centros Especiales de Empleo (DA 5ª).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) 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, supone el empuje definitivo a la utilización estratégica de la contratación pública, imponiéndola con carácter general en todos los contratos del sector público. Cobra especial interés el artículo 1.3 que dispone:

"En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social".

La LCSP está plagada de menciones a aspectos, algunas constituidas por artículos completos.

La introducción de cláusulas sociales se prevé en las diferentes fases del procedimiento de contratación. Así por ejemplo: al definir el objeto del contrato (arts. 35.1.c); como prohibición para contratar (art. 71.1.d) en relación con el 72); para determinar el precio (arts. 100, 101 y 102); en la elaboración de los pliegos (arts. 122 a 130); al valorar las ofertas y de determinar las que pueden ser desproporcionadas (art. 145, 147, 148 y 149); estableciendo un procedimiento especial para la compra pública de innovación (arts. 177 a 182);



imponiéndolas como condición especial de ejecución¹¹¹ (arts. 201, 202 y 319); contemplando su incumplimiento como causa de resolución (art. 212); o exigiendo su cumplimiento también a los subcontratistas (art. 215.4, 217 y DA. 51ª).

Resulta imprescindible antes de incluir cláusulas sociales en los pliegos, realizar un estudio del contenido y las características del contrato, teniendo en cuenta al menos los siguientes aspectos: definir el objeto del contrato con criterios sociales; describir las necesidades a satisfacer y las finalidades u objetivos sociales del contrato; realizar consultas preliminares; incorporar medidas que favorezcan a las pequeñas y medianas empresas así como reservar el contrato, o reservar lotes del contrato para Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción y/o entidades de Economía Social.

Quiero llamar la atención sobre la posibilidad de realizar consultas preliminares (art.115), que es una de las novedades de la LCSP y que aconsejamos al órgano de contratación hacer uso de ellas con el fin de lograr una adecuada selección y redacción de los criterios sociales pues de esta manera es posible concretar el nivel de responsabilidad social en el sector de actividad, o determinar si los Centros Especiales de Empleo, las Empresas de Inserción, o las empresas de Economía Social operan en el sector de actividad a contratar. También será posible concluir la oportunidad de reservar el contrato, o un lote o varios lotes del

¹¹¹ Los pliegos pueden establecer penalidades en caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales.



contrato, o establecer los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución más adecuadas. La LCSP prevé las cláusulas sociales en la determinación del objeto del contrato y en su contenido.

Así, el art. 35 c) LCSP se refiere a la *"Definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación"*; y el art. 99.1 LCSP dispone que *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten"*.

Estos artículos ya ponen de relieve la preocupación del legislador por que los poderes adjudicadores tomen en consideración aspectos sociales y/o medioambientales al decantarse por los servicios o productos que quieran contratar.

Como señala MORENO LINDE *"los aspectos sociales y ambientales pueden integrarse en el objeto del contrato de dos maneras diferentes. En unos casos, el contrato tiene un objeto que en sí mismo ya tiene un contenido social o ambiental. Piénsese en un contrato de obra para eliminar barreras arquitectónicas o en un contrato de servicio de atención a mujeres víctimas de violencia de género. Otros contratos tienen un objeto distinto, no vinculado directamente a cuestiones sociales o*



ambientales, pero incorporan ese aspecto por decisión de la entidad contratante. Ejemplos de este segundo supuesto son los contratos de servicio para la limpieza de edificios con productos más respetuosos con el medio ambiente o el de catering con productos de comercio justo¹¹²."

En los contratos menores se pueden introducir consideraciones de tipo social o medioambiental. Aunque no es preceptiva la elaboración de pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas, el expediente de contrato menor debe contener una memoria que fije el objeto, las condiciones y las especificaciones técnicas. Este documento debe prever la existencia de alguna consideración social o medioambiental. En caso de que no sea posible, se ha de argumentar la excepcionalidad.

En relación con las prohibiciones de contratar (art. 71) la Ley establece entre otras, que no podrán contratar con la Administración las personas o empresas que hayan sido condenadas con carácter firme entre otros, por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio o sancionadas por infracción muy grave en materia laboral o social; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el

¹¹² MORENO LINDE, M: *Aspectos sociales y ambientales en la nueva regulación de los contratos públicos* en *Fiscalidad de la Colaboración Social*, ed. Aranzadi, enero 2018.



2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

La Ley introduce otras mejoras en el procedimiento de adjudicación, como la referencia al cumplimiento del período medio de pago por parte de las empresas, que podrá ser requisito adicional en materia de solvencia (art. 87); también introduce elementos de control sobre el comportamiento de las empresas, de manera que se podrán imponer sanciones ante incumplimientos o retrasos reiterados en el pago de los salarios, o si se aplican condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos. En este sentido, se habilitan nuevos mecanismos de control, al permitir a las organizaciones sindicales interponer recurso especial cuando pueda deducirse, fundadamente, que en la ejecución de un contrato se incumplen las obligaciones sociales o laborales (art. 48).

Entre las medidas positivas que se recogen para los centros especiales de empleo destaca el art. 130.2 *"Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que*



vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”.

La referencia a los criterios de adjudicación de orden medioambiental o social se incluye, igualmente, en el art. 145.2 como criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad- precio aquellos relativos a “(...) *las características sociales y medioambientales (...)*” *“Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.”*

Aspecto importante es la regulación que hace el art. 147 sobre los criterios de desempate de carácter social. El artículo distingue según se haya previsto en los pliegos o no. Si no se determinan en los pliegos los anteriores criterios de desempate, el empate se



resolverá mediante la aplicación de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas: mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en la plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras con inclusión en dicha plantilla.

Las cláusulas sociales también se tienen en cuenta por el órgano de contratación para detectar si las ofertas presentadas por los licitadores deben considerarse anormalmente bajas (art. 149). Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

La apuesta por el carácter estratégico de la contratación pública culmina en la fase de ejecución del contrato. Por un lado, el artículo 201 de la LCSP obliga a los órganos de contratación a adoptar las medidas necesarias para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los adjudicatarios cumplen las obligaciones



aplicables en materia medioambiental, social o laboral. Por otro lado, el artículo 202.1, párrafo primero, impone la obligación de incluir en "*todo caso*" en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al menos una condición de ejecución de tipo social medioambiental o de innovación. Ambas exigencias se trasladan a los subcontratistas en los artículos 202.4 y 215.4.

El párrafo tercero del art. 202 LCSP señala las consecuencias que puede conllevar el incumplimiento de dichas cláusulas. Así, se puede optar en los pliegos o en el contrato por:

- Imponer penalidades conforme al art. 192.1 LCSP.
- Atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del art. 211 LCSP, es decir, la resolución del contrato.
- Si no se considera causa de resolución, el incumplimiento podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato como infracción grave a los efectos de la letra c) del apartado 2 del art. 71 LCSP que regula las prohibiciones de contratar, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Mención importante es la disposición adicional cuarta que establece de manera clara e imperativa que todas las entidades del sector público (lo que incluye fundaciones públicas, empresas públicas, organismos autónomos, mancomunidades, universidades, consorcios, etc.) están obligadas a fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos, que deberán calificar como reservados, y ser adjudicados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. Solo fija un porcentaje mínimo para la Administración del

Estado, pero este precepto no se refiere a la administración pública local ni autonómica, por lo que cada entidad pública debe aprobar su propio porcentaje mínimo.

La disposición adicional cuadragésima octava establece la posibilidad de una reservar algunos contratos de servicios sociales, culturales y de salud para adjudicarlos a determinadas organizaciones del tercer sector, si bien es potestativa, voluntaria y sujeta al criterio de cada Administración a diferencia de la disposición adicional cuarta.

IV.- ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LAS CLAUSULAS SOCIALES

Garantizar el éxito de las cláusulas sociales en la contratación pasa no sólo por su incorporación a los pliegos sino lo que es más importante, por controlar la ejecución y supervisión¹¹³.

No es infrecuente que las Administraciones públicas hayan venido incorporando diferentes cláusulas sociales, pero lo que sí ha sido frecuente en términos generales es que muy pocas han dado a la fase de ejecución la importancia que se merece. En general, se trata de un mal endémico, no de la contratación pública social en particular, sino de la contratación pública en general. Esta afirmación nos lleva a pensar que el verdadero núcleo gordiano de la contratación se halla en la verificación de su cumplimiento.

¹¹³ POZO BOUZAS, E: Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público en Tribuna de Lefebvre-El Derecho, 2018.



El informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2014 de 1 de octubre:

"El establecimiento de cláusulas sociales en la contratación exige un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado. Así la primera medida a adoptar por la Administración contratante respecto de la condición especial en la fase de ejecución del contrato es la de su adecuado control y seguimiento, para lo que la figura del responsable del contrato se erige en pieza fundamental. Es decir, de nada sirve recoger en la documentación de la licitación, una condición especial de ejecución tendente a mantener las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, si en la ejecución de la prestación su cumplimiento no es verificado por la Administración, ni se aplican las consecuencias previstas en el contrato para su incumplimiento".

A lo largo del articulado se encuentran diseminadas distintas obligaciones u mandatos dirigidos al órgano de contratación que abogan por la transparencia lo que sin duda redundaría en el control pero sobretodo hay un artículo, el 62, que regula la figura del responsable del contrato, si bien de manera parca¹¹⁴ pues no detalla las funciones y cometidos que tiene, dejando libertad a los órganos de contratación para que lo concreten en los pliegos. El propio artículo menciona a la unidad encargada del seguimiento y ejecución de manera

¹¹⁴ En España la figura del responsable del contrato se introdujo en la Ley 30/2007 (art. 41), y posteriormente en el artículo 52 TRLCSP.



separada a la figura del responsable del contrato. Así, dispone:

*"1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, **los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.***

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. 3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra" (la negrita es nuestra).

Es fundamental que tanto los órganos de contratación como las unidades de supervisión realicen un esfuerzo importante y adopten unas instrucciones o Guías con el objeto de establecer un procedimiento sistemático y homogéneo en los pliegos.

Se trataría de una actuación positiva que evitaría por ejemplo malas prácticas en la contratación o incluso por qué no, la corrupción. Además, se transmitiría un mensaje claro a los licitadores y contratistas en el sentido de que las cláusulas sociales y/o medioambientales deben cumplirse de manera efectiva,



que les corresponderá acreditar su cumplimiento aportando la documentación preestablecida y que se verificará su correcta ejecución. En caso de constatar su incumplimiento llevará aparejado importantes consecuencias: bien mediante la imposición de penalidades o incluso la resolución.

La configuración de unidades de supervisión me parece absolutamente necesaria para el control de las cláusulas sociales. Es cierto que las entidades del sector público tienen un amplio margen de discrecionalidad para diseñarlas y adaptarlas como si de un traje a medida se tratara a las necesidades de cada una, pero deberían, quizás, incluir entre sus funciones varias medidas transversales de lucha contra la corrupción como son la gestión de canales de comunicación y de los códigos éticos.

Resulta interesante en este sentido la regulación de las funciones de supervisión y regulación que en materia de contratación lleva a cabo la Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, a través de su disposición Adicional Segunda. Así, la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción desempeña las funciones que el artículo 332 de la LCSP atribuye a la Oficina Independiente de regulación y supervisión de la contratación, y es el órgano de la Comunidad Foral de Navarra a tales efectos.

El Parlamento de Navarra recibirá de la Oficina la más amplia información para hacer posible el control y vigilancia de la contratación pública y de las iniciativas de mejora normativa que se adopten en esta materia.

La Oficina desempeña asimismo las funciones de coordinación con los órganos competentes del Estado y



de las instituciones comunitarias en las funciones de regulación y supervisión de la contratación.

Por último, no quiero dejar de mencionar a la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública que fue creada por Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo¹¹⁵ o a la ley extremeña 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable que dedica su artículo 40 al seguimiento y evaluación en la contratación pública de la Junta de Extremadura y su sector público autonómico y medidas contra la corrupción.¹¹⁶

¹¹⁵ Señala su preámbulo que: "Con la finalidad de continuar avanzando de manera efectiva en el reto de lograr una contratación pública socialmente más responsable, se considera oportuna la creación de una Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, que permita una actuación coordinada del sector público estatal en las actuaciones de incorporación de criterios sociales en la contratación. A través de este real decreto, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se crea la mencionada Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y con representación de todos los Ministerios, así como del Consejo Nacional de la Discapacidad, de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector y de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación"

¹¹⁶ *"Sin perjuicio de las facultades atribuidas a los órganos de contratación para la preparación y aprobación de los correspondientes expedientes y para el control de la correcta ejecución de los contratos, la consejería competente en materia de hacienda, evaluará anualmente el cumplimiento de la presente ley en los aspectos relacionados con su ámbito competencial. Idéntica evaluación realizará la consejería con*



V. CONCLUSIONES

Las políticas públicas de responsabilidad social encuentran en la contratación pública una importante herramienta.

Las cláusulas sociales a la discapacidad comportan diversos beneficios tanto para la Administración como para la sociedad en general. De igual modo favorecen la consolidación del modelo social en el ámbito de la discapacidad.

La LCPS supone un avance cualitativo y cuantitativo muy importante en las referencias a las cuestiones sociales en la contratación pública, siguiendo los planteamientos de la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y yendo incluso más allá en determinadas cuestiones. El artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, dedicado al objeto y finalidad de la ley, prevé la incorporación de criterios

competencias en materia de responsabilidad social en lo referente a la contratación socialmente responsable, el Instituto de la Mujer de Extremadura en lo relativo a la igualdad de mujeres y hombres y a la incorporación de la perspectiva de género en la contratación pública de la Junta de Extremadura y la consejería con competencias en medioambiente en lo relativo a su ámbito competencial. 2. La evaluación abarcará tanto las previsiones de los pliegos de los contratos como su aplicación en el procedimiento de adjudicación y en la propia ejecución del contrato. Con este fin, cada ejercicio presupuestario las consejerías remitirán a la consejería competente en materia de hacienda, antes del día 31 de enero del año siguiente, un informe detallado relativo a la aplicación de los criterios sociales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación, en los términos previstos en esta ley..."



sociales en la contratación pública, en sus distintas fases.

Por último, la efectividad de la incorporación de cláusulas sociales y/o medioambientales en los pliegos, pasa por establecer y reforzar los mecanismos existentes para su control y seguimiento, siendo éste aspecto el verdadero núcleo gordiano de la contratación en general.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GIMENO FELIÚ, J.M: *“La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”*, Cívitas, Madrid, 2006.

LOPEZ TOLEDO, P: *La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen de su nueva regulación* en Revista Gabilex, nº 14, 2018.

MEDINA ARNÁIZ, T: *“Social considerations in Spanish Public Procurement Law”*, Public Procurement Law Review, nº 20, 2011, Issue 2.

MORENO LINDE, M: Aspectos sociales y ambientales en la nueva regulación de los contratos públicos en *Fiscalidad de la Colaboración Social*, ed. Aranzadi, enero 2018.

MORENO MOLINA, J.A. *“La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”*, Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, Madrid, 2011.



MORENO MOLINA, J.A. *“La inclusión de personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico”*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

PALACIN SAENZ, B: *“Contratación pública social”* en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018, ed. Wolters Kluwer.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *“Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”*, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, 2011.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.

Javier Miranzo Díaz

Doctor en Derecho
Investigador Postdoctoral en Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: Tras las reformas legales de 2014 a nivel europeo, la aprobación de la Ley 9/2019 supone la confirmación de la tendencia experimentada durante los últimos años hacia la instrumentalización de la contratación pública como método de implantación de políticas públicas. En el presente trabajo se trata de analizar los fundamentos teóricos de esta función directiva del derecho de contratos públicos, para posteriormente evaluar las oportunidades de implementación que frece la LCSP y las posibles limitaciones que este tipo de prácticas pueden experimentar.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, derecho administrativo, políticas sociales.

ABSTRACT: After the European reform in 2014, the approval of the Spanish Public Procurement Act 9/2017 confirms the tendency observed throughout the last years towards the instrumentalization of public



contracts as a convenient tool for the implementation of public policies. In the present paper we analyse the fundamental theoretical aspects that legitimate this directive function of public contracts. Finally, we evaluate the opportunities for implementation that the LCSP offers and the possible limits that these kind of practises face.

KEY WORDS: public procurement, administrative law, social policies

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Breve referencia a las implicaciones desde la deslocalización empresarial y desplazamiento de trabajadores.- 3. La nueva concepción del interés general en el contrato.- 4. Potenciales resultados.- 5. Mecanismos de inclusión de aspectos Sociales en la Ley 9/2017.- 6. Límites de la compra pública social.- 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Desde la primigenia función de la contratación pública como medio de aprovisionamiento de una Administración eminentemente prestadora de servicios, las normativas han ido explorando diversos métodos de acercamiento de los resultados a las demandas de la ciudadanía.

En un primer lugar, la evolución del sector derivó en la necesidad de superar las insuficiencias que presentaba el criterio precio que, debido a su carácter lineal y unidireccional, ofrecía resultados alternativos fácilmente manipulables que obviaban el factor de calidad del servicio. La inclusión de criterios y aspectos de calidad de producto en las diferentes fases del

contrato fue la primera piedra hacia la exploración de desconocidos campos desde una nueva aproximación a la compra pública, que la convertía por vez primera en una estrategia pública para el asiento de principios y valores éticos y sociales¹¹⁷.

La aproximación cortoplacista y estrictamente economicista de la contratación pública del siglo XX dio paso gradualmente a la evaluación de ofertas a través de la valoración en una multiplicidad de aspectos que permitían acercar la evaluación de las ofertas a un concepto más amplio de interés general.

El auge de la preocupación política, social y legal por lo ambiental experimentado a finales de los noventa y el inicio del nuevo siglo propició la transformación de la contratación pública, que posteriormente se abriría camino hacia otros fines como la cohesión social.

2. BREVE REFERENCIA A LAS IMPLICACIONES DESDE LA DESLOCALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

En la situación previa a la implantación de estas medidas en contratación pública, nos encontrábamos

¹¹⁷ MEDINA ARNÁIS, T. "Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo", en ÁLVAREZ DE EULATE BADA, L. *Innovación Social en la Contratación Administrativa: las cláusulas sociales*. Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 55-79; LESMES ZABALEGUI, S. "Contratación Pública y Discriminación Positiva: cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, nº 13, 2005, pp. 53-87.



ante un escenario en el que existían políticas sociales vigentes en el marco administrativo regulatorio, y los poderes públicos ya habían emitido leyes, tanto a nivel estatal y regional como local, de protección y cohesión social, requiriendo a las empresas cumplir con exigencias relativas a personas con discapacidad, reinserción de personas en riesgo de exclusión, igualdad de género, etc. Y sin embargo, mientras el Estado exigía y estimulaba a las empresas hacia la producción responsables socialmente, los diferentes entes adjudicadores no incluían características sociales en sus licitaciones, lo que derivaba, en la práctica, en una penalización hacia las empresas que implementaban aspectos sociales en su actividad económica, pues estos podían incrementar los costes de producción y por tanto el valor final del contrato, siendo perjudicadas sus ofertas en relación a las de otras empresas con un precio menor.

Un escenario tal de diversidad en la actividad de la Administración presenta graves consecuencias para la sociedad y la economía, como el favorecimiento la deslocalización empresarial, dado que las empresas que operan fuera del territorio nacional, en países donde las exigencias legales en materia laboral o social son más laxas, pueden contratar con la Administración sin necesidad de cumplir con estos requisitos, abaratando costes y superando al resto de ofertas bajo un criterio de valoración del precio. La compra pública responsable y sostenible engarza, pues, con el derecho laboral europeo como método de protección de los trabajadores desplazados dentro de la UE y de garantía frente a abusos de los derechos humanos en el trabajo, que reviertan en ventajas competitivas ilegítimas que

incentiven la deslocalización formal de empresas, esto es, el denominado *dumping social*¹¹⁸.

3. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL INTERÉS GENERAL EN EL CONTRATO

En segundo lugar, en cuanto a la legitimación de las autoridades públicas para incluir estos aspectos sociales en las licitaciones públicas, debemos mencionar que ésta viene dada por el hecho de que, aunque es cierto que la contratación pública debe dirigirse hacia la mayor eficiencia, no debemos olvidar que ésta debe tener como fin último prestar mejores servicios a los ciudadanos en aras del interés general¹¹⁹. Los contratos públicos, como política pública que "de facto" son, deben contribuir a construir una realidad más humana y una mejor sociedad para la población; y ello debe ser hecho diseñando técnicas contractuales centradas en la dignidad humana, a los que van intrínsecamente unidos los valores de cohesión social. La inclusión de criterios sociales es, así, un gran paso adelante en la legitimación democrática de la contratación pública, ya

¹¹⁸ MORCILLO MORENO, J. "Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 47-48, 2016, pp. 180-209; MOLINA NAVARRETE, C. "Cláusulas sociales, contratación pública del problema de "legitimidad" al de sus "límites", *Temas Laborales*, n.º 135, 2016.

¹¹⁹ MEDEIROS, R. "A nova Diretiva 2014/24/UE: uma primeira aproximacao. MEDEIROS, R., VALADARES TAVARES, L. and COELHO, D. *A Nova Diretiva 2014/24/UE sobre os processos de aquisição de bens, serviços e obras baseados em contratos públicos*. Official Journal of the European Union, 2014. pp. 45-47



que contribuye enormemente a su fin último, que no es otro que la satisfacción del interés general, el cual trasciende el propio contrato y la tradicional relación bilateral contractual¹²⁰.

El Sector Público deja de ser un prestador de servicios directo para adquirir un nuevo rol como supervisor y garante de la prestación de servicios, y esta nueva función debe llevarse a cabo haciendo uso de una ponderación de intereses que, al igual que sucede en escenarios de prestación directa de servicios por la Administración, trasciende el mero contrato y la relación clientelar empresarial¹²¹. A través de la contratación pública se debe intentar proveer de bienes y servicios a la sociedad en una forma que permita, por un lado, al sector privado alcanzar sus objetivos económicos sin dinamitar la competencia y, por otro, alcanzar unos estándares mínimos de bienestar social deseables. O en otras palabras, alcanzar un razonable equilibrio entre la liberalización de la actividad económica y la protección social¹²².

¹²⁰ BARNARD, C. "To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement". *Industrial Law Journal*, vol. 46, nº 2, 2017, pp. 208-244.

¹²¹ DIZ, I. "Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?". *Revista Española de Sociología*, nº 26, 2017, pp. 77-95.

¹²² PERNAS GARCÍA, J. J. "Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde". LÓPEZ RAMÓN, F. *Observatorio de políticas ambientales 2014*. Ciruz Menor (Navarra): Aranzadi, 2014. pp. 431-462 p.449



4. POTENCIALES RESULTADOS

La práctica una gran capacidad para influir en la economía hacia una efectiva implantación de condiciones sociales en el sector privado. En este sentido, debemos resaltar el impacto, a la vez cualitativo y cuantitativo, que supone la contratación pública en la economía de la UE, así como a nivel nacional y sub-nacional. Así, de acuerdo con la plataforma Open Contracting Partnership, cada año 9,5 billones de dólares –alrededor de 8,3 billones de euros, son invertidos en contratos públicos cada año¹²³. Por su parte, la ONU estima que el gasto en contratación pública entre sus Estados Miembros varía entre el 15% y el 30% del PIB, lo que supone millones de euros invertidos al año en la adquisición de servicios, bienes y obras. La UE ha cuantificado el impacto de la contratación pública en el PIB europeo en un 19% del mismo, es decir, alrededor de 2 450 millones de euros¹²⁴, o incluso alcanzando el 20%¹²⁵.

¹²³ SPRUILL C.. "Open Contracting: Factivists fighting Procureaucrats". En *Open Contracting Partnership*, 2013. [consulta el 22-05-2016] Disponible en: http://www.open-contracting.org/2013/12/09/open_contracting_factivists_fighting_procureaucrats/

¹²⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market*. Brussels: DG of Internal Market and Services, European Commission, 2011

¹²⁵ PwC and UNIVERSITY OF UTRECHT. *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*. Bruselas: PwC EU services, 13 de junio 2013 p.4 [consulta el 03-05-2016] Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf



A esto debe sumarse que las políticas sociales experimentan importantes dificultades en su autoimplementación en el mercado –debido a que las no derivan necesariamente en mayores ventas o menores costos de producción, y tampoco tiene un efecto positivo directo en la competencia–, y por tanto requieren de diferentes impulsos para su correcta adaptación en el sector privado. Por ello, y aunque es cierto que algunos de estos problemas pueden verse corregidos por un consumidor cada vez más comprometido, los mayores avances en materia social el sector privado se han llevado a cabo mediante legislación vinculante y sanciones para su incumplimiento. No obstante, estos métodos tradicionales para incentivar determinados comportamientos en el sector privado presentan ciertas carencias que la contratación pública puede suplir –o complementar- la contratación pública, que junto con otras medidas puede configurarse como un instrumento a medio camino entre la rigidez y lentitud de las leyes y la excesiva flexibilidad y libertad de los mercados.

Los resultado de estudios desarrollados en el mercado público suizo revelan que aunque los nuevos entornos de garantía social creados por este medio fueron limitados¹²⁶, sus efectos fueron materiales y efectivos e implicaron especialmente a empresas que no contaban anteriormente con incentivos de garantía

¹²⁶ Algo similar sucede en el caso de las cláusulas ambientales, cuyo impacto cuantitativo es, aún hoy, limitado. Véase MIRANZO DÍAZ, J. "Hacia una Administración Pública sostenible: novedades de la legislación europea de contratación pública". *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 64, 9 de enero de 2017.

social¹²⁷. La compra pública interfiere en el desarrollo económico, social y político de un país¹²⁸, y que por tanto debe ser utilizada como un instrumento con el fin de adquirir el adecuado desarrollo del global de la sociedad.

5. MECANISMOS DE INCLUSIÓN DE ASPECTOS SOCIALES EN LA LEY 9/2017

Todas las consideraciones realizadas y el proceso de instrumentalización de la contratación pública como herramienta de cohesión social se plasman de manera definitiva en la Ley 9/2017. En un primer término, tras un preámbulo que se encuentra salpicado de referencias a los objetivos sociales de la Ley, el artículo 1.3 ya nos advierte del nuevo posicionamiento de la contratación cuando establece que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales”.

La norma general indica, pues, que el poder adjudicador deberá incluir de forma preceptiva criterios sociales en todos sus contratos, debiendo justificar debidamente aquellos casos en los que no se lleve a

¹²⁷ LEISER, M.S. y WOLTER, S.C. “Empirical Evidence on the Effectiveness of Social Public Procurement Policy: The Case of the Swiss Apprenticeship Training System”. *LABOUR*, n.º 31 (2), 2017, pp. 204-222.

¹²⁸ Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Informe 16/2015, de 4 de noviembre. Asunto: algunas cuestiones derivadas de la incorporación de aspectos sociales en los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Gobierno de Aragón, Departamento de Hacienda y Administración Pública.



cabo, tal y como recuerda el artículo 28.2 en relación con la idoneidad de la celebración del contrato. Pero, lejos de construir una herramienta reglada y automática, la inclusión de exigencias sociales puede materializarse en múltiples formas cuya conveniencia debe ser evaluada caso por caso por el poder adjudicador. En todo caso, la exigencia de transversalidad del mandato comporta que los aspectos sociales deben tener vigencia y trascendencia a lo largo de todo el procedimiento de contratación, desde la preparación del contrato hasta su ejecución, de forma que la correcta elección del momento y la forma de inserción de estos requisitos sociales se convierte en uno de los aspectos trascendentales para el éxito de las iniciativas¹²⁹.

La LCSP establece, a lo largo de su articulado, algunos criterios, indicaciones y restricciones que pueden entenderse materializados especialmente en los siguientes:

a) Fase de preparación del contrato.

Tal es la importancia de la dimensión social en la definición del objeto del contrato, que el artículo 35.1, en su apartado c, incluye las consideraciones sociales como parte del contenido mínimo del contrato, y por tanto formarán parte de la delimitación de éste (art.

¹²⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. "Las condiciones sociales en la Contratación Pública: posibilidades y límites", en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. *Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 241-287.

99)¹³⁰. Para ello, los aspectos sociales que conformen el objeto del contrato deberán detallarse en los pliegos de prescripciones técnicas particulares (art. 124), de forma que contribuyan a construir el núcleo mismo de la prestación contractual. En concreto en el caso de los contratos cuyos destinatarios sean personas físicas, el artículo 126 exige que se tengan en cuenta cuestiones de accesibilidad universal recogidas en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹³¹, y en aquellos contratos en los que el personal utilizado adquiere especial relevancia, el presupuesto base de licitación deberá calcularse atendiendo en todo caso al coste salarial pactado en Convenio Colectivo¹³².

b) Fase de selección del contratista.

En este punto la LCSP prevé dos principales vías de implantación de aspectos sociales: la exclusión del

¹³⁰ En el caso de los contratos de concesión de obras, se deberá además hacer un estudio de los posibles impactos sociales al elaborar el estudio de viabilidad contemplado en el artículo 247.

¹³¹ Para un estudio más detallado sobre este punto, puede verse el artículo contenido en éste mismo número obra de LÓPEZ DONAIRE, B. "Las cláusulas sociales en la contratación pública: especial referencia a la discapacidad"; en el mismo sentido, veáse PUERTA SEGUIRO, F. y PUNZÓN MORALED A, J. "Contratación pública socialmente responsable y discapacidad. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 159, 2019, pp. 72 y ss.

¹³² GALLEG O CÓRC OLES, I. "Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 159, 2019, pp. 74 y ss.



contrato por incurrir en prohibición de contratar o la exigencia de estándares de solvencia.

En el primero de los casos, el artículo 71 prevé que serán excluidas de la adjudicación del contrato aquellos licitadores que hayan incurrido en "*infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*". Esta previsión, no obstante, presenta un limitado alcance y cierta rigidez en su aplicación que obedecen al carácter tasado de las causas de exclusión el derecho de compra pública. Por tanto, las políticas de cohesión social en este punto se agotan en la Ley misma.

Por otro lado, las cuestiones sociales que conformen el objeto del contrato y sus características técnicas deberán ser necesariamente objeto de verificación a través de exigencias de solvencia técnica que permitan acreditar la capacidad de prestación del servicio conforme a los estándares requeridos, tal y como recoge el artículo 90 –los cuales, en todo caso, deberán incluirse y detallarse en los pliegos de prescripciones administrativas particulares (art. 122). Para ello, es especialmente relevante, por la simplificación que supone para el gestor, la regulación que contiene el artículo 127 acerca del uso de etiquetas como herramienta de verificación en relación al cumplimiento con los estándares sociales, en tanto en cuanto permite hacer referencia a etiquetas existentes como por ejemplo aquellas relacionadas con el comercio justo, Social Accountability International (SAI, SA8000) o Utz certified¹³³. Este requerimiento, sin embargo, deberá ir

¹³³ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Contribución al desarrollo sostenible: el*

acompañado necesariamente de la expresión “o equivalente”, que permitirá a potenciales licitadores que carezcan de dicho certificado probar su solvencia técnica en materia social con otros certificados o por cualquier otro medio, evitando así la limitación práctica de la concurrencia competitiva en el contrato¹³⁴.

c) Adjudicación del contrato.

Por otro lado, los aspectos sociales también pueden formar parte de los criterios de evaluación que determinarán cuál de los licitadores obtiene finalmente el contrato. El artículo 145 incluye, en este sentido, una importante –aunque no exhaustiva– lista de posibles criterios a valorar en la adjudicación (grupos vulnerables, personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social, igualdad de género, conciliación familiar, etc.), lo cual, unido a la prohibición de utilizar el precio como criterio único en aquellos contratos con fines sociales, o la mención expresa a los aspectos sociales en el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 145.6), evidencia la voluntad de impulsar este tipo de criterios por parte del legislador.

La utilización de criterios de adjudicación sociales entraña el traslado de parte de la responsabilidad de materialización de los mismos al sector privado, de forma que corresponda a cada uno de ellos dilucidar en última instancia la articulación definitiva de los mismos en la oferta, incentivando a los licitadores a avanzar en

papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial. COM/2009/0215 final.

¹³⁴ BARNARD, C. “To Boldly Go: Social...” op. cit. en pp. 208-244.



este ámbito.¹³⁵ Sin embargo, la norma no ofrece mayores instrucciones de cara a su articulación como criterios de adjudicación, que constituye, quizá, la forma más problemática y compleja de inclusión de este tipo de criterios¹³⁶. Esto, unido al hecho de que este recurso es quizá el más problemático en términos de la dificultad práctica de implantación por la complejidad que acarrea dotar de contenido a conceptos como el “ciclo de vida”, puede suponer un elemento desincentivador para el gestor, que deberá ser superado a través de la función directiva de los tribunales contractuales el papel de guía que presenta el *soft law* que viene desarrollándose en la materia¹³⁷.

¹³⁵ MIRANZO DÍAZ, J. “Hacia una Administración Pública sostenible: novedades de la legislación europea de contratación pública”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 64, 9 de enero de 2017; MIRANDO DÍAZ, J. “Los criterios de adjudicación ambientales en las directivas de 2014”. En RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (dir.) *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*. Cizur Menor(Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

¹³⁶ BURZACO SAMPER, M. “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 2016, 281-310.

¹³⁷ Véase, a modo de ejemplo, CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ECONOMÍA SOCIAL. *Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y empresas de la Economía Social* (2018); o TORNOS, J., FERNÁNDEZ DE LOSADA, A., CALVETE, A., AMBRÓS, J., *Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, (2017) la Es conveniente apuntar sin embargo que el *soft law* sobre contratación pública social a nivel europeo, representado por la guía *Buying Social* de la Comisión Europea, requiere una revisión, ya que, a diferencia de lo que ocurrió con la Guía de Compra Pública Verde, que

Por último, la LCSP prevé que puedan emplearse cuestiones sociales como criterio de desempate en caso de igualdad de puntuación entre ofertas (art. 147.1) e incluso impone que, en el caso de que acontezca un empate y no se hubieran previsto en el pliego los criterios aplicables en tales casos, se deban utilizar, de forma obligatoria aunque subsidiaria, determinados criterios tasados que recoge el artículo 147.2 y que se corresponden con cuestiones eminentemente sociales.¹³⁸ Y del mismo modo, el artículo 148.2 impone a las entidades adjudicadoras la obligación de comprobar, en caso de ofertas anormalmente bajas, si dicha baja se corresponde con un incumplimiento de las obligaciones sociales y, en caso de que así sea, excluir al licitador del procedimiento.

d) Fase de ejecución

Para un correcto funcionamiento del sistema, esencial que todas las cuestiones sociales exigidas en los pliegos técnicos y administrativos y aquellos criterios valorados en la adjudicación del contrato sean posteriormente revisables (y revisados) en la fase de ejecución del

fue actualizada y renovada en 2016, la guía de compra social permanece paralizada en su versión de 2011.

¹³⁸ [...] a) *Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.*

b) *Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.*

c) *Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.*



contrato. Para ello, la Ley contiene en su artículo 201 el mandato¹³⁹. Pero adicionalmente, la LCSP prevé que las consideraciones sociales puedan añadirse de forma directa como condiciones especiales de ejecución. De hecho, su artículo 202 impone la obligación, que se suma a la ya mencionada por el artículo 1.3, de que incluir al menos una condición de ejecución de las que se enumeran en la norma (enumeración que es, por lo demás, más amplia que la que contiene el artículo 145 en relación como su inclusión como criterios de ejecución):

“hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el

¹³⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. “Las condiciones sociales...” *op. cit.* en p. 259; MONTALBÁN-DOMINGO, L., GARCÍA-SEGURA, T., SANZ, M.A., y PELLICER, E. “Social sustainability criteria in public-work procurement: An international perspective”. *School of Civil Engineering, Universitat Politecnica de Valencia, 46022 Valencia, Spain.*



lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial".

- e) Medios indirectos de control de los estándares sociales en la ejecución del contrato

Existen, no obstante, otros métodos que trascienden las clásicas divisiones en fases contractuales. Así, el artículo 48 de la LCSP extiende la legitimación para interponer el recurso especial a las organizaciones sindicales cuando existan incumplimientos normativos o de las obligaciones contraídas en el contrato por parte de la empresa encargada de la ejecución del contrato. Esta ampliación subjetiva refuerza la capacidad real de control al implicar a actores interesados y especialmente dotados de medios en la supervisión social del contrato, asegurando la funcionalidad práctica del recurso en éste ámbito.



6. LÍMITES DE LA COMPRA PÚBLICA SOCIAL

A pesar de lo expuesto, y de que la nuestra norma nacional trata de ser intensiva en este aspecto, con enumeraciones de ejemplos y reiteradas alusiones a lo largo de un extenso articulado, lo cierto es que existen ciertos límites no siempre claros frente a la compra pública social, que esencialmente pivotan sobre los conceptos de “vinculación al objeto del contrato”, respeto a las políticas empresariales y a los principios de no discriminación –es decir, prohibición de cualquier criterio relacionado con el arraigo territorial¹⁴⁰– y proporcionalidad¹⁴¹.

Particularmente, los mayores problemas se plantean en cuanto a la materialización de aspectos sociales como criterios de adjudicación¹⁴², ya que, como afirma GIMENO FELIÚ, muchos de los criterios sociales tradicionalmente usados, como el empleo de personas

¹⁴⁰ VAÑÓ VAÑÓ, M.J. “Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia”. CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, n.º 87, 2016, pp. 177-202

¹⁴¹ Resolución TACRC 210/2016: “su admisión queda condicionada a dos pa- rámetros: el primero, han de guardar relación directa con el objeto del con- trato (artículo 150.1 del TRLCSP) y el segundo, no resultar discriminatorias, como por ejemplo cuando además introducen criterios de arraigo territorial (v. gr. Resolución núm. 130/20154 de este Tribunal que declaró la nulidad del criterio social porque precisaba que las personas desempleadas }iteran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una comunidad autónoma”.

¹⁴² BURZACO SAMPER, M. “Contrataciones públicas socialmente...” *op. cit.*



con discapacidad, mujeres, personas en riesgo de exclusión social, u otro tipo de cuestiones relacionadas con condiciones laborales, encuentran una difícil justificación a la hora de argumentar su relación con la prestación demandada, sino que procede más bien su valoración en la fase de solvencia del contratista o como condiciones especiales de ejecución¹⁴³. En este sentido, como pone de manifiesto GALLEGO CÓRCOLES, tanto el TJUE como los tribunales contractuales nacionales han experimentado una titubeante evolución que, aunque tiende hacia la tutela de los intereses ambientales y sociales en el contrato, aún carece de una doctrina unitaria en relación con los límites y posibilidades de las condiciones laborales como criterios de adjudicación, y en particular con aspectos como el salario mínimo exigido, obligaciones de realizar contrataciones de personal femenino, discapacitado, etc.¹⁴⁴.

En todo caso, conviene mencionar que un riesgo principal se da en relación a una incorrecta definición o asignación porcentual de los criterios a valorar, que puede derivar en una sobreponderación de los aspectos sociales que vulnere el principio de proporcionalidad – debemos señalar que la vinculación al objeto del contrato no es completa o nula, pues si bien es cierto que el concepto de “vinculación al objeto del contrato” ha experimentado una cierta relajación en su

¹⁴³ GIMENO FELIÚ, J.M. “Las condiciones sociales...” *op. cit.* en p. 259.

¹⁴⁴ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”. *Documentación Administrativa Nueva Época*, nº 4, 2017, pp. 92-113.



interpretación jurisdiccional¹⁴⁵, cada uno de los criterios de adjudicación tendrá una vinculación específica que deberá traducirse en la otorgación de un peso específico relativo proporcional. De lo contrario, una asignación porcentual excesiva a un criterio social que lo convierta en elemento principal de decisión puede derivar en una anulación práctica del resto de criterios evaluados. Así lo ha afirmado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en su Resolución 1040/2017 afirma que *“para que sea admitida como tal deberá la mejora tener una relación directa con el objeto del contrato y guardar la debida proporcionalidad”*, y de modo ulstrativo, en su resolución 210/2016 exponía: *“vando que guardan relación con el objeto del contrato y la debida proporcio- nalidad en su puntuación (de Oa 5 puntos), hemos de deducir que no resultan contrarias a derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y concurrencia ni desvirtúan el principio” general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa”*.

Sea como fuere, el peso relativo que se pueda o no asignar a cada uno de los criterios dependerá, en última instancia, del tipo de contrato que se pretenda licitar y las características del objeto de la prestación¹⁴⁶, exigiéndose que los *beneficios* (en sentido amplio) que se derivan de un criterio de adjudicación deben superar a los perjuicios que el mismo supone para la libertad

¹⁴⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I. “La integración de cláusulas...” *op. cit.* en pp. 99.

¹⁴⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I. “La integración de cláusulas...” *op. cit.* en p. 104.



empresarial¹⁴⁷, pero no existiendo por lo demás estándares generales de admisión o no del peso relativo otorgado. Esto no implica, en ningún caso, que el criterio deba guardar relación con una mejor solvencia económica del contrato, sino que debe guardar relación con la prestación demandada, y suponer beneficios desde una óptica integral del interés colectivo¹⁴⁸.

7. CONCLUSIONES

Aunque la doctrina viene estudiando las posibilidades de incluir aspectos sociales en la contratación pública desde hace algunos años, lo cierto es que la Ley 9/2017 parece apostar, por primera vez en lo que se refiere a nuestro Derecho nacional, por una política de compra pública socialmente responsable. Sin embargo, su aplicación y la interpretación de los límites adquieren aquí un nuevo significado que no se agota en la Ley misma, y que exige, para garantizar la seguridad jurídica, que *conceptos* como la vinculación al objeto del contrato o la aplicación de los principios de no discriminación sean dotados de contenido propio. A imagen del importante trabajo interpretativo llevado a cabo por el TJUE y los tribunales nacionales en materia ambiental, la implantación de cláusulas sociales requiere, aún, de una importante labor clarificadora que tienda a la homogeneización de criterios.

¹⁴⁷ DOMENCH PASCUAL, G. "La valoración de las ofertas en el Derecho de los Contratos Públicos", *Revista General de Derecho Administrativo*, 30, 2012.

¹⁴⁸ GIMENO FELIÚ, J.M. "Las condiciones sociales..." *op. cit.* en p. 259.



En todo caso, las posibles inseguridades propias de un desarrollo incipiente no deben suponer desincentivo alguno para la implantación de *aspectos* sociales en los contratos públicos. Al contrario, como se mencionaba *supra*, el nuevo rol de supervisor que la contratación pública otorga a la Administración exige que esta considere, en la toma de decisiones, todos los elementos e intereses que puedan verse afectados por la actividad, de forma que exista una verdadera ponderación de intereses desde una perspectiva global. La Ley proporciona interesantes herramientas de aplicación de criterios sociales en nuestras compras públicas, pero la decisión entre una u otra fórmula y la forma e importancia que adquieran debe responder a la proporcionalidad y el respeto de los contenidos propios del derecho a una buena administración, incluyendo la motivación de las decisiones, la transparencia y la participación ciudadana, elementos que deben constituir la base sobre la que pivote la transformación de la contratación pública en una verdadera herramienta de cohesión social.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.

**“PUBLIC PROCUREMENT AT THE SERVICE OF
SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES”**

Beatriz Vázquez Fernández

Técnico de la Administración General
Jefa del Departamento de Compras y Contratación del
Ayuntamiento de Langreo-Asturias
Doctorando por la Universidad de Oviedo

RESUMEN: La publicación en el año 2014 de las últimas Directivas Europeas en materia de contratación pública, han significado un impulso definitivo para fomentar y facilitar el acceso de las pyme's a las contrataciones de las diferentes administraciones públicas. Este impulso, nacido varias décadas atrás desde el seno de la Unión Europea con la finalidad de potenciar la actividad de aquellas empresas que, a pesar de contar con un capital moderado han venido sustentando el tejido empresarial de los países de la Unión; también se ha visto reflejado -como no podía ser de otra manera- en la transposición de las Directivas Europeas de cuarta generación al ordenamiento jurídico español al adoptar medidas que, de manera directa e indirecta, pretenden redundar en



un incremento de la participación de este tipo de empresas en el negocio público de la contratación.

Tras un año desde la entrada en vigor de estas medidas en España, analizaremos en el presente artículo, cómo se han implementado estas medidas en la actividad contractual y en qué punto de adaptación se encuentran las empresas a las que van dirigidas.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública; PYME's; protección; formación; planificación.

ABSTRACT: The publication in 2014 of the latest European Directives on public procurement, have meant a definitive boost to encourage and facilitate access of SMEs to the hiring of different public administrations. This impulse, born several decades ago from the heart of the European Union with the aim of boosting the activity of those companies that, despite having moderate capital have been supporting the business fabric of the countries of the Union; It has also been reflected -as it could not be otherwise- in the transposition of the fourth generation directives to the Spanish legal system by adopting measures that, directly and indirectly, aim to increase the participation of this type of companies in the public business of contracting.

After a year since the entry into force of these measures in Spain, we will analyze in this article, how these measures have been implemented in the contractual activity and at what point of adaptation are the companies to which they are directed.

KEY WORDS: Public contracting; SMEs; protection; training; planning.



SUMARIO: I. EL IMPULSO A LAS PYME'S EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. MEDIDAS ADOPTADAS DESDE LA UNIÓN EUROPEA. 2. MEDIDAS ADOPTADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. II. LA LEY DE CONTRATOS EN ESPAÑA Y SU MARCADO APOYO A LAS PYME'S. III. EL PAPEL DE LAS PYMES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS. IV. CONCLUSIONES. V. RECOMENDACIONES

I. EL IMPULSO A LAS PYMES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

No cabe duda que el tejido empresarial de la Unión Europea se conforma fundamentalmente de microempresas y de pequeñas y medianas empresas. Así, mientras que en el conjunto de la UE, este tipo de empresas constituyen el 99% del total y crean dos de cada tres empleos del sector privado, en España este dato se incrementa todavía más, llegando a constituir casi la totalidad del conjunto empresarial al alcanzar el 99,87%, y convirtiéndose en un eje fundamental de la creación de empleo¹⁴⁹. Es por ello que *las PYME'S, con su gran potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, son consideradas la espina dorsal de la economía de la Unión Europea*, según señala el Libro

¹⁴⁹ En España el 65,9% del empleo es generado por pymes, según datos reflejados en el Informe de la Secretaría General Técnica de Industria y de la pequeña y mediana empresa, perteneciente al Ministerio de Industria, comercio y turismo. Estudio elaborado por ipyme diciembre de 2018.



Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE¹⁵⁰.

Paradójicamente, esta preeminente postura de las pyme's como base de la economía y el empleo de la Unión, no se ve reflejado en su participación en las contrataciones públicas ya que *las PYME logran solamente el 45% del valor de los contratos públicos por encima de los umbrales de la UE, claramente por debajo de su peso en la economía* y ello a pesar de la importante fuente de negocio empresarial que supone - alrededor del 14% del PIB de la Unión Europea¹⁵¹ -.

Por tanto, no resulta novedoso que se haya creado un escenario proteccionista para ellas en la legislación contractual tanto a nivel europeo como desde los distintos gobiernos estatales, con la finalidad de favorecer su acceso a este mercado que muchas veces les resulta desconocido y complejo.

Así, ya en el año 1983, el Parlamento Europeo proclamó el «Año Europeo de las Pequeñas y Medianas Empresas y del Artesanado» y puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar su crecimiento. Desde entonces, ha continuado este compromiso con el fomento del progreso de las pyme's europeas, mediante la aprobación de nuevos instrumentos

¹⁵⁰ «Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», de la Comisión Europea.

¹⁵¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3.10.2017 COM(2017) 572 final.



encaminados a su protección y desarrollo, también en el marco de las contrataciones públicas.

1. MEDIDAS ADOPTADAS DESDE LA UNIÓN EUROPEA

Desde el seno de la Unión Europea, ha existido una histórica tendencia al cuidado especial de las pequeñas y medianas empresas, siendo uno de sus instrumentos de protección la adopción de medidas para fomentar su acceso y participación en el amplio mercado de la contratación pública, como detallamos a continuación.

La primera de estas medidas, fue la elaboración de un estudio por parte de la Comisión Europa en junio de 2008, con la participación de miembros del sector, conocido como “Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, en el que se ponían de manifiesto los elementos que suponían un verdadero obstáculo para su acceso a las licitaciones públicas y se marcaba como objetivo la creación de medidas que facilitarían el acceso de las pyme's a los contratos públicos. Entre los obstáculos indicados por las propias empresas, destacaban las dificultades a la hora de obtener información, el desconocimiento de los procedimientos de licitación, el incumplimiento de los plazos de pago por parte de los poderes adjudicadores, la excesiva carga administrativa o el tamaño de los contratos, entre otros.

Ese mismo año, la Comisión Europea dirigió una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominada “Pensar primero a pequeña escala - Small Business Act para Europa: iniciativa en



favor de las pequeñas empresas”, que destacaba la capacidad de las instituciones de la UE, para aprovechar el potencial de crecimiento e innovación de las pequeñas y medianas empresas como un elemento decisivo para la prosperidad futura de la UE.

En el año 2010, la Comisión Europa se elaboró *“La Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*, situando a la contratación pública como instrumento esencial para salir con éxito de la crisis económica europea basado en un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

Un año después se publicó el *“Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”*, que dio lugar a un Proyecto de Dictamen de la Comisión de Política Económica y Social, en abril del mismo año, en el que se critica el exceso de detalle de algunos aspectos de la Directiva 2004/18/CEE y en el que se augura la elaboración de una nueva Directiva en materia contractual.

Nuevamente, en el año 2011, se ponía de relevancia la trascendencia de la actividad económica en la contratación pública con la *Resolución 12/5/2011, del Parlamento Europeo sobre igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones.*

Finalmente, se llevó a cabo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, que culminó en las Directivas 23, 24 y 25 del Parlamento Europeo y del Consejo del año

2014, cuyo impulso a las pyme's se refleja como una verdadera declaración de intenciones desde su inicio. Así, la Directiva 2014/24/UE pone en énfasis la necesidad de facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, como instrumento para la eficiencia del gasto público, en su Considerando segundo.

Sin embargo, el trabajo no ha finalizado con la publicación de las Directivas de cuarta generación y su transposición a los ordenamientos nacionales. En este sentido, el European SME-Action Programme¹⁵² recoge nuevas medidas adoptadas tanto a nivel comunitario como a iniciativa de algunos países miembros; por su parte, el Proyecto Europa 2030¹⁵³ continúa con esta apuesta proteccionista al señalar como medida de impulso *“adoptar una iniciativa sobre Investigación en la Pequeña Empresa que dé a las empresas innovadoras, pequeñas e incipientes acceso a los mercados de contratación pública”*.

2. MEDIDAS ADOPTADAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

A nivel nacional, no son pocas las medidas que se han puesto en marcha para mejorar la presencia de las pyme's en el negocio de la contratación pública. A través de la Dirección General de Política de la PYME perteneciente al Ministerio de Industria, Turismo y

¹⁵² European SME-Action Programme.

<https://www.eurocommerce.eu/media/143276/EuropeanSME-ActionProgramme.pdf> (Junio 2017)

¹⁵³ Proyecto Europa 2030: Retos y oportunidades. Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030.



Comercio se publicó en el año 2005 el documento *"Fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública"*. Se trata de un estudio de situación en el que se intentan poner de manifiesto las barreras con las que se encuentran las pyme's en la contratación pública, al mismo tiempo que busca soluciones y detalla una serie de recomendaciones de política económica destinadas a la Administración Pública española, abordando el problema del tamaño de los contratos e intentando aportar soluciones.

En el año 2011, la aprobación de la *Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, tenía como objetivo favorecer la promoción de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública, incrementando la transparencia y dando acceso a la información de manera gratuita.

El año 2013 fue fructífero en lo que al apoyo a las pyme's se refiere en nuestro país; se publicaron el *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, y la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a emprendedores y su internacionalización*, que recogía un paquete de medidas para eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública. Junto con ellas, y para dar respuesta a una de las demandas más importantes del sector -la reducción de los tiempos de pago de las facturas por parte de las administraciones públicas a los proveedores-, se aprobó la *Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público*, quien vino a solucionar esta cuestión, al mismo tiempo que llevaba a cabo una reforma del



TRLCSP en aspectos referidos a la solvencia y clasificación de las empresas.

Pero sin duda, la entrada en vigor de la 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 - en adelante LCSP-, ha supuesto el empuje definitivo en nuestro ordenamiento jurídico para la mejora del acceso a las contrataciones públicas de las pyme's y micro pyme's -como veremos en el siguiente epígrafe- y de la mano de la nueva ley, también se han adoptado medidas de apoyo desde diferentes administraciones locales como los Ayuntamientos de Valladolid¹⁵⁴, Granada¹⁵⁵ o Logroño¹⁵⁶; y administraciones autonómicas, como el Gobierno de Aragón¹⁵⁷, entre otros.

¹⁵⁴ Instrucción 1/2018, de 9 de mayo, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, integra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público.

¹⁵⁵ Instrucciones para la contratación pública sostenible, eficiente e integradora del Excelentísimo Ayuntamiento de Granada.

¹⁵⁶ Instrucción 1/2018 en materia de contratación pública del Ayuntamiento de Logroño.

¹⁵⁷ Decreto-ley 3/2019, de 15 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón.



II. LA LEY DE CONTRATOS EN ESPAÑA Y SU MERCADO APOYO A LAS PYMES

El marcado acento de protección a las pyme's en la nueva Ley de Contratos -cuyas medidas también alcanzan a empresas de mayor envergadura- se recoge abiertamente desde el inicio de su redacción; así en su Preámbulo nos encontramos numerosas referencias a la necesidad de simplificación de los trámites administrativos o a la imposición de una menor burocracia para los licitadores y la necesidad de mejorar el acceso de estas a las contrataciones del sector público. Además, se fija como uno de los retos de esta ley, la promoción y la adopción de medidas de apoyo a las pyme's y establece como objetivo *dar un decidido impulso mediante las empresas*. Esta declaración de intenciones, se recoge de manera real en el cuerpo de la ley con la adopción de nuevas medidas que detallamos a continuación, y el afianzamiento de otras que, aunque ya existían no se habían asumido de manera definitiva por la totalidad del sector público.

1. Mejora de la Transparencia.

*Recogido en el artículo 1 de la ley como uno de los principios generales de la contratación, el Principio de Transparencia se ve reforzado con la obligación de la publicación a través del perfil del contratante de cada entidad en la Plataforma de Contratos del Sector Público, de todas sus licitaciones, de tal manera que se puedan conocer todos sus procedimientos.

*La obligación de licitar electrónicamente todos los procedimientos, a excepción de las adjudicaciones directas mediante contrato menor -aunque en la ley no

hay nada que prohíba que este tipo de contratos también se sometan a licitación pública- de tal manera que se facilite el acceso a las licitaciones a un solo clic a los proveedores e interesados.

*Junto con estas dos medidas, la obligación de elaborar un Plan anual de contratación por parte de cada administración, trae consigo la posibilidad de conocer previamente cuáles serán las futuras licitaciones y elaborar una detallada planificación de la actividad empresarial.

*Así mismo, las innumerables críticas ante la falta de transparencia de ciertos tipos de contratos, ha supuesto la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía en la nueva norma.

2. Preeminencia de la relación calidad-precio.

También en el artículo primero se recoge otra exigencia fundamental, en este caso, la referida a la inclusión de criterios sociales y medioambientales con la finalidad de proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual; dejando en el olvido la valoración del precio como criterio principal, lo que venía a favorecer a las grandes empresas.

En este sentido, el artículo 145 LCSP vuelve a recoger esta referencia al binomio calidad-precio como requisito principal de valoración.

3. División en lotes.

Frente a la regulación anterior, la nueva ley establece como criterio general la división en lotes, fijando ahora como excepcional la falta de división en aquellos contratos en que no resulte posible, y siempre con la



necesaria justificación. Esta medida favorece a aquellas empresas que por su tamaño y especialización pueden acceder a uno o a alguno de los lotes de la licitación sin obligarles necesariamente, a asumir la ejecución completa del contrato.

4. Simplificación en la justificación de la solvencia empresarial y cambios en los diferentes tipos de garantías.

*En primer lugar, se ha eliminado la obligación de justificar la solvencia técnica y económica en el nuevo procedimiento abierto súper simplificado, y se ha sustituido por la inscripción de la empresa en el ROLECE.

*Se protege a las empresas de nueva creación en cuanto a sus posibilidades de justificación de la solvencia requerida en las licitaciones, limitando aquella al periodo de creación de las mismas, para facilitar su acceso.

*Se reconoce la posibilidad de vincular la garantía definitiva a los futuros pagos a realizar por la administración, evitando así, un adelanto económico por parte de la adjudicataria.

*En relación con el apartado anterior, la regla general de dividir en lotes los contratos, implica una disminución en los costes empresariales, ya que la justificación de las solvencias y el valor de la garantía definitiva se ajustarán únicamente a aquel o a aquellos lotes de los que resulten adjudicatarios.

*Como regla general se elimina la exigencia de garantía provisional; solamente de forma excepcional y por

motivos de interés público se podrá exigir y siempre que se justifique motivadamente.

5. Cambios en la subcontratación.

*En primer lugar se han eliminado los límites máximos legales fijados de subcontratación, facultando al licitador para que establezca su propio límite o dejando en manos del adjudicatario la decisión del porcentaje a subcontratar, en función de las necesidades de cada caso¹⁵⁸.

*Por otro lado, se establece la posibilidad de realizar pagos directos a los subcontratistas a cargo del abono del precio que le correspondería recibir al adjudicatario de manos de la administración contratante.

*También se imposibilita a los subcontratistas a que renuncien a su derecho de cobro por los servicios prestados¹⁵⁹.

6. Incremento de la participación de proveedores.

Si bien el apartado tercero del artículo 118 LCSP - regulador del contrato menor- está resultando ser un verdadero caballo de batalla para todas las partes

¹⁵⁸ Artículo 296 LCSP *“En el contrato de concesión de servicios, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 215, 216 y 217 de la presente Ley”.*

¹⁵⁹ Artículo 216.6 LCSP *“Los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por este artículo, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1110 del Código Civil”.*



implicadas en la contratación pública, no puede negarse que uno de los objetivos de este precepto era el acceso de nuevos proveedores a los contratos públicos, y que en los últimos meses se está incrementando el número de empresas que participan por primera vez en una contratación. Ahora bien, habrá que estar atentos a los posibles cambios que se puedan llevar a cabo en este aspecto y que ya han sido anunciados desde el Gobierno central en el Anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2019¹⁶⁰.

III. EL PAPEL DE LAS PYMES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS

Hemos visto hasta ahora, cómo en los últimos treinta años, desde las instituciones públicas, tanto nacionales como a nivel supranacional, se han llevado a cabo importantes y numerosas iniciativas en apoyo a la mejora y el fomento de la participación de las pyme's en las licitaciones públicas. Junto con estas medidas, también en los últimos tiempos comienza a hablarse de la necesidad de la profesionalización de los compradores públicos¹⁶¹ para que la implementación de aquellas medidas se haga realidad a través de la actuación de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación, incorporando los cambios a

¹⁶⁰ Disposición final trigésimo cuarta del Anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2019.

¹⁶¹ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública.

Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.



los pliegos contractuales, al mismo tiempo que se controla su correcta ejecución.

Pues bien, todo este esfuerzo, reflejado en un importante impulso legislativo y en una gran inversión de recursos humanos, materiales y tecnológicos desde el sector público, debe ir acompañado de una respuesta favorable de la parte empresarial, de tal manera que el cambio normativo se refleje a la mayor brevedad posible en el mercado. Si bien es cierto que se ha incrementado la participación de nuevas empresas en las licitaciones públicas, este aumento no es lo suficientemente significativo teniendo en cuenta lo sustancial de los cambios llevados a cabo, por lo que a continuación señalamos los elementos fundamentales para un correcto acercamiento de las pyme's a las licitaciones:

1. Conocer la ley. El mercado de la contratación pública aún resulta desconocido para una gran cantidad de empresas, especialmente y de forma paradójica, son más desconocedoras de estas novedades aquellas a las que van dirigidos los nuevos cambios legislativos. A pesar de la información facilitada desde asociaciones de empresarios, fundaciones empresariales y desde las propias administraciones públicas, existe un número de empresas muy significativo que desconoce este mercado o que, conociéndolo, cree que no está a su alcance. Por eso es fundamental que se den a conocer las posibilidades que les ofrece la nueva ley y los medios para acceder a las licitaciones públicas a todos los posibles interesados sin excluir a nadie, «*Scientia potentia est*»; y posteriormente, estará en su mano, la decisión de acceder o no al mercado.



2. Profesionalización empresarial. Tras este primer paso, es necesario que cada empresario conozca el mercado al que puede acceder y los instrumentos de trabajo necesarios que debe utilizar. Para ello, se deberá formar en varios aspectos: en el hábil manejo de la Plataforma de contratos del Sector Público y de otras plataformas de licitación de las diferentes administraciones a las que desee ofrecer su actividad o producto para acceder a las licitaciones; en los tipos de procedimientos existentes en la ley y los diferentes requisitos de solvencia, garantías, etc. así como en la necesidad de darse de alta en el ROLECE para poder participar en determinados procedimientos.

3. Tomar la iniciativa. Desde el sector público, se ha dado respuesta a las necesidades manifestadas por las pyme's para superar los obstáculos que les suponía la participación en este mercado y que venían recogidas en el *Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*. Por tanto, les corresponde ahora a las empresas, asumir como un éxito propio esos cambios y participar de manera activa, olvidándose de la vieja escuela en la que se mantenían a la esperar hasta recibir una invitación por las administraciones para remitir un presupuesto.

4. Huir de prejuicios. Como no podría ser de otra manera, las administraciones están al servicio de los ciudadanos, sin embargo, esta premisa no parece estar aún asumida al 100% por ninguna de las partes de la relación. A pesar de ello, no debemos identificar en el papel de *enemigo* a las administraciones, y es necesario atreverse a relacionarse con ellas de manera fluida, dentro de los derechos que el ciudadano tiene reconocidos, y plantear cuantas dudas existan antes de presentar una oferta a cualquier licitación.



IV. CONCLUSIONES

El sector empresarial en Europa se compone fundamentalmente de pyme's y micro pyme's siendo por tanto, el principal instrumento de la creación del empleo privado y del volumen de riqueza; sin embargo, su participación en el mercado de las compras públicas no se ajusta a esta realidad. Desde hace tres décadas, las organizaciones que representan a este tipo de empresas han venido solicitando a las instituciones públicas una serie de cambios que flexibilicen las normas de acceso a este mercado, que sin duda supone un estímulo económico significativo para salir de la crisis económica que aún padece Europa. Así, las demandas de las pequeñas y medianas empresas se han visto cubiertas finalmente con la aprobación de las Directivas Europeas de cuarta generación en materia de contratación y particularmente en España, con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Sin embargo, la contratación pública es un instrumento formado por tres sujetos autónomos -legislador, sector público y empresas- aun necesariamente han de convivir entre sí para lograr el fin común deseado, trabajando en la misma dirección pero en donde cada uno de ellos tiene una tarea propia e independiente.

Nos encontramos ahora en el mejor momento para que el impulso llevado a cabo en la normativa contractual se ponga en marcha por las administraciones y sea asumido por el sector privado para involucrarse profundamente en este importante mercado que, más que nunca, les abre las puertas; ya que en última instancia, el incremento de su participación en las compras públicas indicará que los cambios normativos han logrado el resultado esperado.



V. RECOMENDACIONES

No cabe duda que las pyme's se encuentran ante una oportunidad real para acceder al mercado de las compras públicas; ahora bien, esta oportunidad tiene que ser aprovechada con una implicación real desde el sector privado. De la misma manera que es necesaria la profesionalización de los compradores públicos, desde el sector empresarial resulta indispensable asumir también cambios y realizar esfuerzos. Si las pequeñas empresas no conocen los mecanismos de acceso o las reglas de la contratación, deberá partir de las agrupaciones empresariales, sindicales y desde el propio sector público, la iniciativa para promover el impulso necesario y proporcionar la información y la formación básica para darles a conocer todas las posibilidades que se abren al sector privado.

Desde esa posición y con los deberes hechos, quedará en manos de los propios empresarios la decisión de adaptarse al cambio para participar y sumarse a las nuevas posibilidades que el mercado público les ofrece, o abstenerse de participar en él. Así, los primeros obtendrán una posición aventajada frente a quienes decidan mantenerse relegados en un segundo lugar por no estar dispuestos a asumir el esfuerzo inicial necesario que todo cambio implica para beneficiarse de las nuevas posibilidades que se les brindan.



COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Guillermo Yáñez Sánchez

Creador de la comunidad de prácticas de la
contratación pública.
Freelance en contratación pública.

RESUMEN: Las comunidades virtuales se presentan como la mejor herramienta para profesionalizar a los agentes del sector público y del privado en contratación pública. Además de la formación, se pueden gestionar, de una forma eficaz, eficiente y económica, todos los factores de éxito en los cambios a implementar: liderazgo; información; comunicación; trabajo en equipo, participación y motivación; y, finalmente, ejercicio de habilidades profesionales y digitales.

ABSTRACT: Virtual communities are presented as the best tool to professionalize public and private sector agents in public procurement. In addition to the training, all the factors of success in the changes to be implemented can be managed in an effective, efficient and economical way: leadership; information; communication; teamwork, participation and motivation; and, finally, exercise of professional and digital skills.



PALABRAS CLAVE DEL ESTUDIO: Contratación pública. Profesionalización. Conocimiento especializado. Comunidades virtuales. Trabajo en red. Facilitador. Community manager.

KEY WORDS: Public contracting. Professionalization. Specialized knowledge. Virtual communities. Networking. Facilitator. Community manager.

SUMARIO: 1. La contratación pública. 2. La estrategia de profesionalización en contratación pública. 3. Las actividades de formación para los agentes públicos en materia de contratación pública. 4. Las recomendaciones de la Unión Europea para profesionalizar las personas que trabajan en contratación pública. 4.1. Arquitectura política. 4.2. Recursos humanos. 4.3. Sistemas. Las comunidades virtuales. 5. Las comunidades virtuales de profesionalización en contratación pública. 6. Un ejemplo. La comunidad de prácticas de la contratación pública. www.contratacionpublicacp.com. 6.1. Una comunidad virtual de contratación pública. 6.2. Una comunidad virtual con una wiki asociada. La wikicontratación. ¿Por qué? 7. Las comunidades virtuales de contratación a nivel internacional. 7.1. La "Acquisition community connection" en los EE.UU. 7.2. El gobierno Holandés (PIANOo). 7.3. En el Reino Unido, "The Local Government Procurement Network". 8. Conclusiones. 9. Recomendaciones. 9.1. Una organización madura y algún recurso económico. 9.2. Tecnología. 9.3. Un facilitador o community manager o más de uno. 9.3.1. Qué es y no es un facilitador. 9.3.2. Habilidades del facilitador.



1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La contratación pública es una actividad **muy sensible, muy conflictiva, decisiva y muy, muy compleja.**

La contratación pública es una actividad **muy sensible**, de ella depende la ejecución del presupuesto de miles de entes de Entes del Sector Público y, por ende, el cumplimiento de los fines instituciones. Por otro lado, miles y miles de empresas (casi todas PYME) viven del negocio que hacen con el Sector Público. Se mueve un montón de dinero¹⁶².

La contratación pública es una actividad **muy conflictiva** (el mismísimo *"Google confundía corrupción pública con contratación pública"*¹⁶³). Para luchar contra el fraude y la corrupción, la mejor opción es garantizar la transparencia en el proceso de contratación pública. Además de reforzarse el papel del perfil de contratante, en la nueva Ley se regula la antesala de la corrupción, el **conflicto de intereses**¹⁶⁴.

¹⁶² Del 16% al 19% del P.I.B.

¹⁶³ ***Si pones en Google contratación pública sale corrupción***, publicado en el blog www.administracionpublica.com el 12 de noviembre de 2014.

¹⁶⁴ El artículo 64.1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público obliga a *"los órganos de contratación a tomar medida para prevenir 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.*



La contratación pública es una actividad **decisiva**¹⁶⁵. La contratación pública es una actividad con la que **se puede transformar la sociedad**¹⁶⁶ como bien saben, entre otros, **Santiago Lesmes Zabalegui**¹⁶⁷, **José Manuel Martínez Fernández**¹⁶⁸ o **Bernabé Palacín Sáenz**¹⁶⁹.

La contratación pública es una actividad clave que puede transformar la sociedad; que afecta miles de usuarios; que mueve miles de millones de euros y que *“está volviendo a locos a los empleados del Sector*

¹⁶⁵ Según la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es un ***“instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.***

¹⁶⁶ Vídeo realizado por Santiago Lesmes Zabalegui.

<https://www.contratacionpublicacp.com/video/la-compra-publica-como-herramienta-para-transformar-erosketa>

¹⁶⁷ Licenciado en Derecho. Experto en Cláusulas Sociales y propuestas legislativas sobre políticas sociales. Responsable del Área de Contratación Pública Socialmente Responsable en DE PAR EN PAR.

¹⁶⁸ Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid. Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter estatal, subescala de Secretaría, categoría superior. Licenciado en Derecho por la Universidad de León en 1990. Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter estatal, subescala de Secretaría, categoría superior.

¹⁶⁹ Director. de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios en ayuntamiento de Logroño.



*Público, como comenta Charo Delgado Fernandez*¹⁷⁰, porque **es una actividad muy compleja.**

2. LA ESTRATEGIA DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Cumplir los objetivos que la Ley establece en la contratación pública (estratégica, electrónica, transparente, eficiente, íntegra, ...) **depende de la profesionalización de las personas que intervienen en el proceso de contratación tanto en el Sector Público como en el Privado.** Miles y miles de personas con diferentes necesidades y perfiles.

Según dice el artículo 334.1º letra e) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: ***“La Estrategia Nacional de Contratación Pública es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. ... abordará, entre otros, los siguientes aspectos: Promover la profesionalización en contratación pública mediante actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública”.***

¹⁷⁰ Técnico de Gestión Contratación Pública en Universidad de Alcalá. ***“La aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, un año después de su publicación oficial”*** publicado el 22 de noviembre de 2018 en www.elderecho.com.



Un objetivo de la Estrategia Nacional de Contratación Pública será ***“incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación¹⁷¹”***.

Según el artículo 329.1º: ***“... el Comité de cooperación en materia de contratación pública para asumir, ..., la cooperación tendrá por objeto: Elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública que se someterá a la aprobación de la Oficina de Supervisión de la Contratación”***.

De la norma legal se extraen las siguientes conclusiones en cuanto a la profesionalización en contratación pública:

- **La estrategia de profesionalización la elabora** el Comité de cooperación en materia de contratación pública.
- El **objetivo** de la profesionalización es **incrementar la profesionalización** de los **agentes públicos** que participan en los procesos de contratación.
- Para ello se promoverán actuaciones de **formación** del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un **plan específico en materia de formación en contratación pública** y **“otras actuaciones complementarias de promoción”** de la profesionalización en la contratación pública.

¹⁷¹ Artículo 334.2º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público



- La estrategia de profesionalización la aprueba **la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación**

¿Sólo formación? ¿Sólo para el Sector Público? ¿Y de las miles y miles de empresas del Sector Privado que licitan y ejecutan contratos? ¿No sé tienen que profesionalizar? ¿Quién se ocupa?

Para **Jaime Pintos Santiago** y **José Antonio Moreno Molina**¹⁷² *"la Ley falla estrepitosamente en la profesionalización de la contratación pública"*.

3. LAS ACTIVIDADES DE FORMACIÓN PARA LOS AGENTES PÚBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Es obvio que no se puede conseguir cumplir la Ley, sí las personas que la tienen que aplicar la desconocen.

Si hablamos de formar, hay que pensar en los **organismos oficiales para la formación en la Administración Pública**¹⁷³. Es de suponer que se programen 17 planes en los que probablemente predomine, por razones de eficiencia, la formación on-line frente a la formación presencial.

¹⁷² Revista de Contratación Administrativa. Número especial. Enero de 2019. Página 9.

¹⁷³ El Instituto Nacional de Administración Pública (INAP); el Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada (IAAP); el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP); la Escuela de Administración Pública de Castilla y León (ECLAP), ...



Pero, con la formación tradicional ¿podemos atender la profesionalización de los agentes públicos en contratación pública?

Quizá en el año 2018, año en la que entró en vigor la nueva Ley de Contratos, **la estrategia más potente para profesionalizar a los agentes públicos que intervienen en la contratación pública fue la de la Diputación de Alicante**¹⁷⁴.

Los expertos nacionales en formación pública (**José Antonio Latorre**¹⁷⁵, **Jesús Martínez Marín**¹⁷⁶ o **Carmen Seisedos Alonso**¹⁷⁷) saben que sí se aborda la profesionalización desde un punto de vista tradicional será un esfuerzo poco rentable y poco eficiente. Yo, teniendo en cuenta mi experiencia, también veo que hay que superar la formación tradicional para abordar

¹⁷⁴ Según cuenta **José Antonio Latorre** en ***Cómo estamos abordando la profesionalización en contratación pública*** publicado en el blog del departamento de formación de dicha entidad el 14 de diciembre de 2018: *“A modo de resumen, y por dar algunos datos concretos. Se han impartido algo más de 500 horas lectivas (504 para ser exactos), y hemos podido atender a 1.311 personas. Teniendo en cuenta que entre todas las actividades formativas descritas habíamos recibido 1.790 solicitudes, hemos sido capaces de atender al 73% de las mismas (casi las tres cuartas partes)”*.

¹⁷⁵ Jefe de formación de la Diputación Provincial de Alicante.

¹⁷⁶ Jefe del Área de Innovación y Gestión del Conocimiento del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalidad de Cataluña.

¹⁷⁷ Subdirectora de Evaluación e Innovación del IAAP.

el reto de la profesionalización en contratación pública¹⁷⁸.

4. LAS RECOMENDACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA PARA PROFESIONALIZAR LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA¹⁷⁹.

Según la Unión Europea, **una política de profesionalización eficaz** debe basarse en un **planteamiento estratégico global** en torno a tres objetivos complementarios:

¹⁷⁸ Durante tres años consecutivos fui tutor de un curso de especialización en contratación pública (on-line de 250 horas) organizado por el INAP. El número de alumnos era de 100 al año y todos los años había unas 1.000 solicitudes. Actualmente se está cursando, en la misma institución, un Itinerario en especialista en contratación pública para unos 50 alumnos. **La demanda era y es muy superior a la oferta**. Creo que con los cursos de formación se puede atender a una mínima parte de los profesionales y sólo se satisface la necesidad de presentar y actualizar conocimientos, en su mayor parte, jurídicos. En estas actividades de formación no se trabajan las capacidades y habilidades que precisan los diferentes agentes públicos en la gestión de la contratación pública.

¹⁷⁹ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública



4.1. Arquitectura política¹⁸⁰.

Desarrollar la arquitectura política adecuada para la profesionalización: *“...para tener un impacto real, cualquier política de profesionalización debe contar con **un elevado nivel de respaldo político**. Esto significa definir claramente a nivel político central la atribución de responsabilidades y tareas de las instituciones; respaldar los esfuerzos a nivel local, regional y sectorial; garantizar la continuación a través de los ciclos políticos; utilizar, cuando sea apropiado, las estructuras institucionales que fomentan la especialización, la agregación y el intercambio de conocimientos”*.

4.2. Recursos humanos.

Dice la Recomendación: *“...mejorar la formación y la gestión de la carrera de los profesionales en materia de contratación: los profesionales de la contratación pública, es decir, aquellas personas implicadas en la contratación de bienes, servicios y obras, así como los auditores y funcionarios responsables de la revisión de los casos relacionados con la contratación pública, deben disponer de las **cualificaciones, formación, capacidades y experiencia** adecuadas necesarias para su nivel de responsabilidad. Esto implica **garantizar** la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado, **ofrecer** la formación y desarrollo profesional continuo necesarios, así como desarrollar **una estructura de la carrera profesional e incentivos** que hagan*

¹⁸⁰ Arquitectura ya hay. El Comité de cooperación en materia de contratación pública elaborará la estrategia que aprobará la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.



atractiva la función de la contratación pública y motiven a los funcionarios públicos a lograr resultados estratégicos”.

4.3. Sistemas. Las comunidades virtuales.

Dice la Recomendación: **“...proporcionar herramientas y metodologías de apoyo de la práctica profesional en el ámbito de la contratación: los profesionales de la contratación pública deben disponer de las herramientas y el apoyo adecuados para actuar de manera eficaz ...herramientas de contratación electrónica, directrices, manuales, plantillas y herramientas de cooperación, con la formación, apoyo y experiencia, agregación de conocimientos e intercambio de buenas prácticas correspondientes.”**

Sobre esto apunta **Juan Carlos García Melián**¹⁸¹: *“Realmente la descripción de la mayor parte de los elementos que señala la sistemática utilizada por la Recomendación tiene más que ver con el **aprendizaje o la formación por vías alternativas distintas al concepto de formación que la suele identificar, erróneamente, de forma exclusiva con la realización de “cursos” o itinerarios formativos completos.** Las nuevas tecnologías de la información ponen en nuestra mano formas distintas y alternativas tanto o más eficaces que los métodos tradicionales. El uso de **plataformas profesionales** para la creación de **grupos de trabajo** específico, el **intercambio de documentos, métodos y experiencias,** y*

¹⁸¹ **La necesaria profesionalización de la contratación pública** publicado en el blog www.mymabogados.com el 11 de diciembre de 2018



*particularmente las **Comunidades de Aprendizaje Profesionales**, son herramientas más eficaces por cuanto la formación se realiza sobre **casos, supuestos y necesidades reales**".*

Para lograr el objetivo pretendido, la Comisión recomienda, entre otras, estas **iniciativas**: *"Fomentar el **intercambio de buenas prácticas y proporcionar apoyo** a los profesionales para garantizar **procedimientos de contratación profesionales, trabajo cooperativo y la transmisión de conocimientos técnicos** a través de, por ejemplo: **Animar a las comunidades de profesionales a través de foros en internet y redes sociales profesionales.**"*

5. LAS COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.

A mi juicio, las comunidades virtuales deben ser **una herramienta clave** ante el reto de la necesaria profesionalización en contratación pública tanto a las personas del Sector Público como a las del Sector Privado.

Pensemos en la necesidad profesionalización del personal de una Diputación Provincial. Una organización con:

- Un departamento de Contratación. Un jefe y una funcionaria.
- Unidades promotoras. Pongamos 17 (Vías y Obras, Urbanismo, Deportes, Servicios Sociales, ...) con 17 personas con formación no jurídica implicados en el inicio de del contrato, en la



valoración de ofertas y en la ejecución de los contratos (son los responsables del contrato).

- Un departamento de informática. No nos olvidemos de su concurso para la implantación de la tecnología en la gestión. Otra persona.
- Un secretario y una interventora.
- Pongamos además 183 municipios en la provincia y unos 120 secretarios-interventores haciendo lo que pueden.
- Para finalizar pongamos a 50 empresas, PYME locales, con 50 personas afectadas por los procesos de licitación.

Para mejorar la contratación pública en ese entorno habría que conseguir que todas estas personas (142), de una forma constante, aprendieran a su ritmo y en función de su perfil (gestor, jurídico, técnico, económico, tecnológico) y de sus necesidades. Además, habría que profesionalizar a unas 50 personas del Sector Público.

Una opción viable es una comunidad virtual de profesionalización en contratación pública con la que se pueda, sin horarios:

- **Informar, comunicar y formar** a las **unidades promotoras** en lo que les afecta dentro del proceso de contratación.
- **Informar, comunicar y formar** a las **empresas** que licitan de lo que les afecta dentro del proceso de contratación.
- **Informar, comunicar y formar** a los **gestores de contratación**, a la secretaría y a la intervención de novedades que afectan la legalidad en la gestión de los contratos.



- **Trabajar colaborativamente, en red¹⁸², en objetivos comunes:**
 - Elaborar pliegos jurídicos y técnicos para la propia Diputación y para sus ayuntamientos.
 - Elaborar modelos, plantillas, mapas de procesos, ...
 - Programar la gestión anual de las licitaciones.
 - Simplificar nuestros largos, pesados y aburridos procesos de trabajo.
 - Implantar la tecnología en la gestión de la contratación pública. Si no se usa la plataforma, el proveedor de la plataforma privada podría estar en esa comunidad virtual.
 - Avanzar en la utilización estratégica de la contratación pública para la ejecución de políticas públicas.
 - Crear y gestionar una central de compras.
 - Evaluar, diagnosticar y planificar anualmente objetivos de mejora en la gestión de la contratación.
- En la comunidad virtual no sólo se adquieren conocimientos en aspectos prácticos, además se consigue que **las personas ejerciten y trabajen habilidades profesionales** (liderazgo, trabajo en equipo, escucha, asertividad, empatía, ...) y **electrónicas** (buscar información, filtrar, enlazar, incrustar, compartir, ...).

¹⁸² **Trabaja diferente Redes corporativas y comunidades profesionales** Programa Compartim Generalitat de Catalunya Departament de Justicia



- **Generar** un conocimiento especializado apropiado para los usuarios de cada comunidad que deberá ser debidamente gestionado.

6. UN EJEMPLO. LA COMUNIDAD DE PRÁCTICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. www.contratacionpublicacp.com.

Para aproximarnos a lo que podría ser una comunidad virtual de contratación pública, nos puede servir de ayuda la historia de la comunidad de prácticas de la contratación pública.

6.1. Una comunidad virtual de contratación pública.

En el año 2010, y tras un largo proceso de estudio¹⁸³ y trabajo¹⁸⁴ se crea¹⁸⁵ la comunidad de prácticas de la

¹⁸³ Entre otros, recursos en Internet: Una introducción al concepto en Wikipedia; Comunidades de práctica: ¿qué son, para qué sirven y por qué son importantes?; Communities of practice a brief introduction de **Etienne Wenger**: CPsquare: The Community of Practice on Communities of Practice; Communities and Networks Connection; Communities of Practice: A New Tool for Government Manager; Communities of practice for local government; Community Health Check; Comunidades del Project Management Institute; **Comunidades de práctica profesional: una concepción relacional del trabajo público**, de **Alberto Ortiz de Zárate**; **Del grupo a la comunidad principios básicos** de **Dolors Reig**.

¹⁸⁴ **Breve historia de la creación de la comunidad de prácticas de la contratación pública**. HYPERLINK "<http://es.scribd.com/doc/89194663/Communities-of-Practice-A-New-Tool-for-Government-Managers>"



contratación pública. En aquel momento, se daban los presupuestos¹⁸⁶ para crear **la primera comunidad virtual de contratación pública** en España.

Los objetivos de la comunidad de prácticas eran y son:

- **Desarrollar y retener talento**¹⁸⁷.
- **Incrementar las capacidades**¹⁸⁸.
- **Generar nuevas capacidades**¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Por Guillermo Yáñez Sánchez.

¹⁸⁶ **Había un dominio:** La contratación pública tiene muchos aspectos de los que se necesita aprender e innovar de una forma constante y continua; **Había y hay unos miembros potenciales:** Hay muchas personas que tienen que resolver problemas relacionados con la contratación pública y que quieren aprender y trabajar juntas; **Había y hay unas prácticas y tecnologías emergentes** que pueden permitir construir nuevas habilidades y resolver problemas.

¹⁸⁷ Es necesario **atraer, retener y desarrollar el talento disperso en torno a la contratación pública**. La comunidad de prácticas va a servir para atraer, retener y desarrollar el talento disperso en torno a la contratación pública ofreciendo a los profesionales de la contratación pública **un foro** para conocer y desarrollar relaciones con los colegas, comunicarse de múltiples formas, aprender y exponer ideas e innovaciones.

¹⁸⁸ La contratación pública es un amplio campo del conocimiento donde se combinan y se coordinan **multitud de disciplinas y enfoques profesionales (no sólo el jurídico)**. Es necesario disponer de un entorno de trabajo que permita disponer e incrementar las mejores capacidades disponibles en los diferentes niveles y aspectos (**gestor, técnico, jurídico, económico, tecnológico, de investigación y desarrollo**).

¹⁸⁹ Las organizaciones, públicas y privadas, deben iniciar el tránsito **hacia la gestión electrónica de la contratación pública estratégica y eficiente**. Ese tránsito va a exigir



- **Diseñar soluciones tecnológicas¹⁹⁰.**

6.2. Una comunidad virtual con una wiki asociada. La wikicontratación. ¿Por qué?

Las comunidades virtuales son herramientas ideales **para generar conocimiento especializado**. Esa gran cantidad de conocimiento deberá ser **debidamente gestionado**.

Para **gestionar con calidad¹⁹¹** el conocimiento de la comunidad de prácticas, no se puede utilizar la

muchos cambios en la cultura y hábitos de cada organización y la gestión e implementación de **esos cambios** va a requerir de la construcción e implementación de **nuevas capacidades en las organizaciones**. Los cambios requieren aprendizaje e innovación y para esto va a servir la comunidad de prácticas de la contratación pública.

¹⁹⁰ La gestión electrónica de las tareas administrativas, no sólo de la contratación pública, es un imperativo legal y moral, por la reducción de costes y por el incremento de la eficacia y de la eficiencia en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. La gestión electrónica de las tareas administrativas de un proceso de contratación pública pasa por **el diseño y la construcción de plataformas tecnológicas** (como la plataforma de contratación del Sector Público o las plataformas privadas). Es necesario establecer **un mínimo común denominador en todos estos desarrollos tecnológicos** y para ello puede servir una comunidad de prácticas (ya hay ejemplos concretos de la utilización de las comunidades de práctica para el desarrollo de plataformas de e-government, la PMCoP o program management Communities of Practice o PIANOo, the Dutch Public Procurement Expertise Centre).

¹⁹¹ En términos de **gestión de calidad**, se entiende que el conocimiento sobre la contratación pública generado en el



plataforma de la comunidad (ahí es donde se genera el conocimiento). Para gestionar con calidad el conocimiento de la comunidad de prácticas, se decidió utilizar **una wiki**¹⁹². La **wikicontratación**.

7. LAS COMUNIDADES VIRTUALES DE CONTRATACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL.

Las comunidades virtuales ya han sido probadas como herramientas para generar un conocimiento especializado en contratación pública en el ámbito anglosajón.

seno de una comunidad virtual de contratación pública está debidamente gestionado cuando se pueda:

1. **Garantizar que se retiene** dentro de la comunidad virtual de la contratación pública, en la medida de lo posible, la información y el conocimiento clave de sus miembros.
2. **Garantizar** que la información sobre la contratación pública disponible sea recogida, procesada y usada eficazmente.
3. **Controlar** constantemente la información y el conocimiento de la contratación pública, asegurar su relevancia, exactitud, fiabilidad y seguridad.
4. **Gestionar, almacenar, mantener y evaluar** la información y el conocimiento de la comunidad virtual de la contratación pública.
5. **Alinear** el conocimiento generado con la planificación estratégica y con las necesidades actuales y futuras de la comunidad de prácticas de la contratación pública.

¹⁹² Los wikis son otro de los **elementos básicos** utilizados en la Web 2.0 que se caracterizan por permitir **generar, actualizar y compartir** información entre muchos usuarios.



7.1. La “Acquisition community connection” en los EE.UU.

La “**Acquisition community connection**” del gobierno americano es **la comunidad de prácticas para las adquisiciones de defensa**¹⁹³.

7.2. El gobierno Holandés (PIANOo).

PIANOo¹⁹⁴ es un centro creado por el Ministerio de Economía y que se ha enfocado a profesionalizar la contratación pública mejorando su eficiencia y el cumplimiento de las leyes. En esa comunidad¹⁹⁵ se han ido reuniendo los profesionales de la contratación pública para compartir conocimientos, experiencias, consejos y cuestiones prácticas.

¹⁹² Communities of Practice: A New Tool for Government Manage. Estudio de la Harvard University, (2003).

¹⁹⁴ The Dutch Public Procurement Expertise Centre. Algo así como Profesional innovador de la contratación pública.

¹⁹⁵ La comunidad ofrece: Una **página web** donde se discute sobre la contratación pública, se intercambian experiencias, hacer preguntas, tomar parte en las discusiones, compartir archivos, colaborar en documentos y proyectos del plan; **reuniones presenciales; publicaciones** (incluyendo desde el grupo de experto en gestión de adquisiciones); **documentos** de visión por el grupo de expertos la Ley de Licitación; **grupos de expertos** que abordan cuestiones jurídicas complejas en la práctica, la contratación y proporciona consejos y recomendaciones; un **foro; TenderNed**, el mercado virtual de las ofertas.



7.3. En el Reino Unido, “The Local Government Procurement Network”.

En Mayo del 2012 se inaugura *“The Local Government Procurement Network”* un red dirigida a informar, fortalecer y conectar a todos los afectados por la contratación pública local, un mercado de unos 35 billones de libras al año que requiere de una gran diversidad de proveedores para satisfacer con eficacia los servicios.

8. CONCLUSIONES.

La única manera de alcanzar pequeñas mejoras en la gestión de la contratación **es mantener un esfuerzo constante en la profesionalización de los diferentes afectados por la contratación pública.**

En la actualidad creo que las **comunidades virtuales**¹⁹⁶ son una alternativa real y eficaz para la profesionalización de la contratación pública.

9. RECOMENDACIONES.

¿Que se necesitaría para llevar a cabo esta comunidad virtual en contratación pública?:

¹⁹⁶ En el año 2012 presenté, con la ayuda de **Manuel Caño Gómez** y de **Jaime Domínguez Macaya-Laurnaga**, una idea **Contratación Pública Electrónica 2.0** a los premios de emprendimiento convocados con la Fundación Everis, idea que se basa en las comunidades virtuales de contratación pública.



9.1. Una organización madura y algún recurso económico.

La organización tiene que ser madura. Dirigida por buenos directivos que tengan ganas de innovar. La organización debe tomar la decisión de generar e impulsar¹⁹⁷ una comunidad virtual de contratación pública. La decisión debe acompañarse de los recursos económicos necesarios.

9.2. Tecnología.

Un sitio web para alojar la comunidad virtual. Puede ser propio o en algún sitio más especializado¹⁹⁸.

9.3. Un facilitador o community manager o más de uno.

9.3.1. Qué es y no es un facilitador.

En teoría¹⁹⁹, un facilitador o dinamizador es una **persona encargada de construir y hacer crecer y gestionar comunidades alrededor de una marca o causa común (el objeto social)**.

El facilitador **no es el líder de la comunidad**, en la comunidad no hay roles de liderazgo verticales, si no horizontales (todos pueden ser potenciales líderes). El facilitador **tampoco es un experto en contratación pública**, a lo sumo dispone de ciertos conocimientos

¹⁹⁷ Se necesita una arquitectura en cada organización.

¹⁹⁸ Actualmente ya hay sitios dónde se podría alojar una comunidad virtual: Además de www.contratacionpublicacp.com está www.inapsocial.es.

¹⁹⁹ ***Del grupo a la comunidad principios básicos*** de Dolors Reig.



especializados en algunos aspectos muy concretos de la contratación pública. El facilitador es un miembro más de la comunidad y como tal está **para practicar**, es decir, **para aprender e innovar sobre la contratación pública**.

9.3.2. Habilidades del facilitador²⁰⁰.

- **Pasión por la contratación pública.**
- **Fomentar** un sentimiento de pertenencia a la comunidad.
- **Presencia**, estando ahí, conectado y disponible.
- **Facilitar** contenidos y un entorno tecnológico de calidad.
- **Experticia**²⁰¹ en contratación pública y nuevas tecnologías.
- **Comunicación horizontal.**
- **Promotor de la interacción.**
- **Apertura, comunicación con el exterior, diversidad**

²⁰⁰ ***Del grupo a la comunidad principios básicos*** de Dolors Reig

²⁰¹ La teoría de las 10.000 horas.



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

**BLOQUE VI:
COMPRA PÚBLICA Y
PROCEDIMIENTOS**

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO DE UN AÑO DESPUÉS.

Juan Carlos García Melián

Abogado

RESUMEN: La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, incorporó como novedad relevante la posibilidad de realizar consultas preliminares de mercado preparatorias de los contratos públicos. Respondía así a una cuestión que de largo venía planteando problemas cuando en la preparación de los contratos participan de forma directa o indirecta empresas del ámbito propio del contrato²⁰². Si tal participación no se realiza con respeto a los principios de publicidad y transparencia, se estaría otorgando cierta ventaja a esas empresas perjudicando la existencia de una competencia real y efectiva. Dicha novedad trasladada al ordenamiento español, vista la experiencia de este último año, más allá de su uso natural como antecedente de la compra pública, particularmente la calificada como innovadora, ha resultado ser una excelente herramienta para cumplimentar satisfactoriamente obligaciones y

²⁰² Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom)



requisitos que Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

ABSTRACT: Directive 2014/24 / EU of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014, on public procurement, incorporated as a relevant novelty the possibility of carrying out preliminary preparatory market consultations on public contracts. It thus responded to a question that had long been problematic when, in the preparation of the contracts, companies directly involved in the contract participated directly or indirectly. If such participation is not carried out with respect to the principles of publicity and transparency, certain advantage would be granted to these companies, damaging the existence of real and effective competition. This novelty transferred to the Spanish legal system, considering the experience of this last year, beyond its natural use as a precedent of public purchase, particularly qualified as innovative, has turned out to be an excellent tool to satisfactorily fulfill obligations and requirements that Law 9 / 2017 of Public Sector Contracts.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, consultas preliminares de mercado, integridad, innovación.

KEYWORDS: Public procurement, preliminary market consultations, integrity, innovation.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Directiva y artículo 115 LCSP. A) La Trasposición. B) El artículo 115 LCSP en su contexto. Otras cautelas. C) ¿Consultas sólo Preliminares? D) Otras cuestiones. 3.-Conclusiones. 4.- Recomendaciones



1.- INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), trasponiendo 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.LCSP, incorporó en su artículo 115 la regulación de las consultas preliminares del mercado *“con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento”*. Así los poderes adjudicadores tienen la posibilidad, por ejemplo, de 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 o vulnerar los principios de no discriminación y transparencia”*. Resulta conveniente, un año después de la entrada en vigor de la LCSP hacer una reflexión sobre el uso de esta institución, los problemas que ha planteado y las cuestiones a las que en un futuro puede enfrentarse esta institución jurídica o procedimiento de las Consultas Preliminares de Mercado.

2.- DIRECTIVA Y ARTÍCULO 115 LCSP

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, incorporó en su artículo 40 como novedad (al margen de la existencia de algunas referencias antecedentes



como las que citadas por Miño López²⁰³), la posibilidad de realizar consultas preliminares de mercado con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento. En la práctica, estas consultas orientadas a la concreción de las especificaciones técnicas, de los documentos preparatorios del contrato o para el asesoramiento al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, siempre se han hecho, pero en la sombra y de manera “discreta”. Normalmente con clara infracción de los principios de transparencia y dando por lo tanto al operador consultado, cierta ventaja respecto del resto de cara a la licitación que se preparaba.

Desde esa perspectiva, cuando la Directiva primero y luego la LCSP en su artículo 115, introduce esta posibilidad, lo hace reconociendo una realidad consustancial a la actividad de compra de bienes y servicios encauzándola para que no perjudique la competencia en la licitación que se prepara. En palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), las consultas preliminares del mercado pueden definirse como “el conjunto de las políticas y procedimientos que se

²⁰³ MIÑO LÓPEZ, Antonio. “*Preliminary market consultations in innovation procurement: A principled approach and incentives for anticompetitive behaviours*” (p.8) *Ius Publicum Review*. Fascículo 2 (2017). Disponible en:

http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/22_12_2017_9_09-Lopez_MINO_2017_IUS_PUB.pdf



prescriben para la realización de estudios y evaluaciones del mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas”²⁰⁴

Ocurre, no obstante, que el artículo 115 LCSP, es algo más complejo que la norma que traspone. Veamos algunas cuestiones:

A) La Trasposición

1.- En primer lugar, adolece de un vicio que en general adorna a la LCSP en su conjunto revelando un claro espíritu reglamentista. Se aleja de la sencillez con la que se expresa el artículo 40 de la Directiva 2014/14/UE, que traspone:

“Consultas preliminares del mercado. Antes de 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, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, 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

²⁰⁴ Vid. Resolución 1093/2017 del TACRC disponible en la web:

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20\(Res%201093\)%2017-11-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20(Res%201093)%2017-11-2017.pdf)



tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.”

Este artículo se complementa con el artículo 41 de la misma Directiva en el que obliga al poder adjudicador, a tomar las medidas adecuadas para garantizar que la participación de cualquier operador en la preparación del contrato no falsee la competencia, incluida su exclusión si su participación vulnera el principio de igualdad de trato, aunque antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia.

No obstante, aunque con algún matiz, nuestra norma conserva, como no podía ser de otra forma, los rasgos principales de las consultas preliminares: es preliminar, opcional y no decisiva. Digo algún matiz porque nuestra norma admite también la utilización de este mecanismo durante la sustanciación del procedimiento de licitación. Cuestión que comentaremos más adelante. Igualmente es “no decisiva” aún cuando el 115 LCSP determina que *“Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas”*. Si bien, admite la posibilidad de que no sea así dejando constancia del motivo en el informe final, que habrá de elaborar el órgano de contratación una vez hayan terminado las consultas preliminares, en el que se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe, que formará parte del expediente de contratación, estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.



B) El artículo 115 LCSP en su contexto. Otras cautelas

En segundo lugar, el contenido del artículo 115 LCSP se desajusta con lo dispuesto en el artículo 70 LCSP, que trasponiendo el artículo 41 de la Directiva referido, precisamente trata el supuesto de la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación; disponiendo que *“el órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que, no falsee la competencia”*. Entre esas medidas podrá establecerse:

- a) La exclusión de la empresa o sus entidades vinculadas, siempre con audiencia previa a fin de que puedan justificar que, *“su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*;
- b) La de la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella,
- c) El establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas”.

Parece entonces que hubiera sido más que suficiente con reproducir el artículo 40 que, dicho sea de paso, hay unanimidad en considerar claro, preciso e



incondicionado y por lo tanto de aplicación directa²⁰⁵. No obstante, nuestro legislador no ha querido dejar al albur de la voluntad de los órganos de contratación la decisión sobre los mecanismos adecuados para garantizar que en el posterior procedimiento de selección del contratista, la competencia no se ve distorsionada por la participación del candidato, o de una empresa relacionada con ella, en la consulta preliminar. Por este motivo, nuestra norma determina una serie de medidas adicionales en cada una de las fases de la consulta destinadas a prevenir que se pueda producir una violación de los principios de competencia, igualdad de trato y no discriminación. Por ejemplo, cuando en relación con el informe del resultado de la consulta, determina que: *“estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación”*. El legislador no ha querido dejar margen o atisbo alguno de duda, respecto a la publicidad y por ende con relación a la transparencia del resultado de la consulta. Prevención que, aunque en abstracto parezca injustificada o si se quiere, exagerada, no es así cuando se enfrenta la realidad cotidiana de los órganos de contratación. Sirva de ejemplo el informe 32/15, de 13 de julio de 2017 evacuado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la inclusión como criterio de valoración de la participación previa en las actuaciones

²⁰⁵ Vid. El informe *“Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”*. Tribunales administrativos de contratación pública. 1 de Marzo de 2016. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos Documento final_ESTUDIO aplicacion directa de las Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk_a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3



preparatorias de un contrato²⁰⁶. Afirmación que no parece atribuible exclusivamente a los órganos de contratación de nuestro país. En Italia, que optó por reproducir casi literalmente en el artículo 66 de su norma de trasposición el artículo 40 de la Directiva, el Tribunal Administrativo Regional de Calabria en su sentencia 340/2018 hubo de aclarar que no es posible establecer el resultado o la participación en una Consulta Preliminar de Mercado como una condición de acceso al procedimiento de licitación²⁰⁷. Posteriormente a esta sentencia, la Agencia Nacional Antifraude ha dictado una instrucción respecto a las Consultas Preliminares que describe en líneas generales medidas similares a las que contiene nuestro artículo 115 LCSP.

En este punto, parece necesario hacer mención a que aunque las Consultas Preliminares se hayan diseñado como un procedimiento previo que puede formar parte o no de la preparación del contrato a voluntad del órgano de contratación, tienen su valor en relación a la licitación posterior. Por un lado la participación en la consulta o la forma en que la misma se haya configurado, puede determinar de forma decisiva el alcance los actos posteriores de los licitadores. Por ejemplo, en la Resolución nº 1093/2017 del TACRC²⁰⁸

²⁰⁶ Disponible en la web:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/Web%2032-15.pdf>

²⁰⁷ Vid. <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=SBSCE7KAKLIY7KUYSPFKGSULIA&q=>

²⁰⁸ Vid.

<http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1>



la alegación principal formuladas en el recurso, fundamentada en que la configuración técnica del suministro contenía restricciones no tolerables a la libre concurrencia, es rechazada en la medida que la mercantil impugnante fue consultada y no realizó ningún reparo al respecto.

Por otro lado, si se ha realizado con las garantías suficientes y su resultado es plasmado en los pliegos, puede servir de prueba o argumento suficiente para acreditar la regularidad de los mismos, según que casos. Así en la resolución 125/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público aunque el recurso fue estimado finalmente, una de las alegaciones del recurrente relativa a que la configuración del Acuerdo marco del que se trataba era contraria a los principios generales de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, *"porque da lugar a un cierre de la práctica totalidad del mercado del alumbrado público en Cataluña"*, fue rechazada por el Tribunal con la siguiente conclusión: *"...Llegados a este punto y en conclusión, no se pueden acoger las alegaciones de BOQUET según las cuales la configuración del acuerdo marco es contraria a los principios rectores de la contratación pública y conlleva un cierre de la práctica totalidad del mercado del alumbrado público en Cataluña, en la medida en que la tramitación de las consultas preliminares que han dado lugar a esta configuración ha sido ajustada a las previsiones de la Directiva 2014/24 / UE y con las que hay que presumir que los pliegos del acuerdo marco recogen las necesidades de contratación de las entidades locales destinatarias y las particularidades del sector extraídas de las aportaciones de todos los*

[o%202017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20\(Res%201093\)%2017-11-2017.pdf](http://gabilex.castillalamancha.es/2017/Recurso%200989-2017%20AST-55-2017%20(Res%201093)%2017-11-2017.pdf)

operadores del sector que participaron en dichas consultas, sin que el recurso no haya presentado ninguna prueba que demuestre las afirmaciones contenidas y pueda desvirtuar la presunción de acierto de esta configuración."

Hablando en positivo de nuestro 115 LCSP tiene la virtud de no dejar de la mano de los órganos de control el establecimiento "ex ante" de los mecanismos mínimos a través de los cuales ha de garantizarse que la consulta preliminar no adultere la licitación posterior. Condiciones que según el caso pudiera resultar conveniente completar con otras cautelas²⁰⁹ como las que señala la CNMC. Por ejemplo:

- Evitar realizar consultas a operadores concretos.
- No dirigir activamente y seleccionar la identidad de destinatarios de correos electrónicos, si no instrumentar sistemas pasivos, en los que los operadores, voluntariamente, indiquen el interés en ser contactados (por ejemplo, notificaciones electrónicas, newsletter o similar).

²⁰⁹ En la relación de cautelas hemos tomado como referencia las recomendaciones que con carácter general la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia tuvo ocasión de expresar algunas recomendaciones a seguir con ocasión de su INF/CNMC/091/16 informe sobre los Pliegos que rigen la celebración Del acuerdo marco para el Suministro de ordenadores de Mesa, ordenadores portátiles y Monitores. Disponible en la web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1520156_8.pdf



- Valorar el empleo adicional de medios de comunicación apropiados, de lectura habitual de los potenciales licitadores.
- Nunca remitir correos electrónicos o comunicaciones de otra índole a los operadores con visibilidad entre ellos.
- Prudencia a la hora de analizar la información suministrada por los operadores proveedores de información, atendiendo a la información asimétrica²¹⁰ que sitúa en una situación de desventaja a la Administración frente a los licitadores.
- Es preciso realizar el seguimiento y análisis de los resultados de la consulta para detectar, en su caso, indicios de concertación en las respuestas al formulario y evitar posibles casos de colusión entre licitadores.
- Valorar el empleo de otras medidas complementarias o incluso sustitutivas de la consulta como el estudio de licitaciones similares tramitadas por otros entes públicos u obtener información a partir de otras fuentes públicas para una mejor redacción de los Pliegos. Nos pueden ayudar mejor a preparar y entender los resultados de la consulta.
- De realizarse, las reuniones en un solo espacio de los posibles operadores a consultar, deberían limitarse a la fase inicial de la consulta a fin de evitar la concertación.
- Es aconsejable contratar los resultados de las consultas a través de distintas técnicas de consulta. (Entrevistas, encuestas, formularios)

²¹⁰ Vid.

https://es.wikipedia.org/wiki/Informaci%C3%B3n_asim%C3%A9trica



C) ¿Consultas sólo Preliminares?

En tercer lugar, la redacción del precepto no sólo se aleja de la claridad y sencillez del texto de la directiva, sino que se adentra en un terreno frágil y que quizás sea la razón última de la desconfianza que, según nuestra opinión, trasluce la norma de trasposición: habla de la posibilidad de realizar consultas de este tipo "ya iniciada la licitación". Literalmente el primer párrafo de su apartado dos dice: *"El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior 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."* Naturalmente, una consulta que se realiza durante la sustanciación del procedimiento de licitación ya deja de ser "preliminar" y se convierte en otra cosa. Tampoco acaba de convencer que tal supuesto esté justificado pensando en supuestos tales como la compra pública pre comercial o la asociación para la innovación. Puesto que el proceso de consulta y diálogo entre órgano de contratación y participantes es consustancial a dichas figuras y de naturaleza distinta.

D) Otras cuestiones

En cuarto lugar, algunas cuestiones, tal cual están planteadas ofrecen dudas y pueden llegar a mermar la utilidad práctica de este mecanismo. La mencionada resolución del Tribunal Administrativo Regional de Calabria, define la Consulta preliminar de mercado como *"un instrumento a disposición de los poderes adjudicadores, que puede iniciar un diálogo informal con los operadores económicos y / o con sujetos que, sin embargo, son expertos en el sector específico del*



mercado al que se dirige el contrato antes de la adjudicación de un procedimiento de custodia, identificando así las soluciones técnicas capaces de satisfacer mejor los requisitos de la autoridad contratante". Pareciera que nuestro 115 LCSP se refiriera a una institución distinta, y sin embargo no es así. Nuestro legislador, como hemos anticipado anteriormente, ha condicionado formalmente el uso de las Consultas Preliminares de Mercado de tal manera que desde luego no puede hablarse de un "diálogo informal con los operadores económicos".

En cualquier caso, la redacción del precepto no parece un modelo de claridad. Probablemente haya que atribuir esta circunstancia al hecho de ser una "obra a varias manos". Como botón de muestra, el penúltimo párrafo relativo a la confidencialidad de este tipo de procesos, que se expresa en términos absolutos: *"En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel";* y que tiene sentido únicamente en aquellos supuestos de consultas preliminares en los que realmente se ponen de manifiesto cuestiones que por su propia esencia deben ser tratadas confidencialmente, normalmente vinculados a 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 concordancia con lo dispuesto en el artículo 133 LCSP, pero no en todos los casos.

Ciertamente la utilidad de las consultas preliminares del mercado resulta más evidente cuando hablamos de Compra Pública Innovadora. En palabras de Javier Vázquez Mantilla²¹¹, haciendo referencia a distintas formas de comprar innovación:

*"...Y ello se acrecienta cuando estamos ante CPI (compra pública innovadora) ...donde a veces se desconoce exactamente el nivel TRL en que nos encontramos y al que queremos llegar o alcanzar, cómo definir los hitos de una compra precomercial (PCP: link informativo PCP), las implicaciones respecto de la propiedad intelectual o lo que es peor cuáles serán los requisitos funcionales que habilitaran para comprar el producto desarrollado en una Asociación para la Innovación."*²¹²

Por lo tanto, es en el ámbito de la compra pública de innovación, donde se hace tanto más necesario reconocer expresamente esta posibilidad recogida en el artículo 115 de la nueva LCSP.

²¹¹ Las consultas preliminares, una solución necesaria. Disponible en su blog: <http://www.javiervazquezmatilla.com/2017/08/consultas-preliminares-del-mercado/>

²¹² En el programa de trabajo 2018-2020 de la iniciativa Horizon 2020 disponible en <https://www.kowi.de/Portaldata/2/Resources/horizon2020/wp/h2020-wp1820-annex-ga.pdf> se utilizan para medir el nivel de desarrollo de la tecnología, los (Technology readiness levels, en acrónimo, TRL). Estos indicadores servirán como apoyo para definir requerimientos de I+D y el tipo de compra pública innovadora asociada.



No obstante, la realidad de las cosas nos ha demostrado cuán útil es el uso de las Consultas preliminares en cualquier contrato en el que el órgano de contratación no tenga conocimiento suficiente de tipo, técnico, tecnológico, científico, económico u organizativo. Basta realizar una simple búsqueda en el objeto de las Consultas preliminares Publicadas para darnos cuenta lo recurrente que está siendo este instrumento para salvar por ejemplo la obligación en relación con el presupuesto base de licitación, de realizar el desglose de costes indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación (Ex.Art. 100 LCSP).

También en relación a las deficiencias en la redacción del artículo que se comenta, como apuntó en su momento Javier Vázquez Mantilla, resulta extraño que el 115 LCSP comience diciendo: "1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo..." Para que un poco más adelante se contemple la consulta a los operadores activos del mercado como una opción excepcional: *"...los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado."*; Cuando resulta que difícilmente nadie puede tener mejor conocimiento de determinado mercado que sus propios operadores. Entrando además en cierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 70 LCSP, que precisamente trata el supuesto de la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en



la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, tal y como dijimos anteriormente. Tampoco acabamos de entender eso de operador "activo". Si se es operador es porque se participa en el mercado.

3.- CONCLUSIONES

- a) Las Consultas Preliminares permiten procesos de compra pública mejor enfocados y mejor informados y, por lo tanto, resultados finales más beneficiosos, centrados en la calidad y el valor.
- b) Constituyen un mecanismo cuya utilización dentro de los cauces establecidos en el artículo 115 es recomendable utilizar, independientemente de la naturaleza del contrato, siempre que haya un déficit de conocimiento de cualquier índole del órgano de contratación.
- c) Las Consultas Preliminares pueden ser determinantes a la hora de enjuiciar los actos de la licitación a la que se refieren.
- d) El artículo 115 LCSP, aunque de redacción algo confusa establece "ex ante" los mecanismos a través de los cuales se garantiza que la Consulta Preliminar no perjudique, al menos de partida, la competencia colocando a algún operador en una posición de ventaja.



4.- RECOMENDACIONES

- a) Deshacerse de los complejos a la hora de realizar una consulta preliminar. Si no se sabe o se tiene dudas, lo procedente es consultar.
- b) Debe potenciarse el uso generalizado de esta institución por los órganos de contratación.
- c) Es preciso considerar la necesaria concordancia entre las circunstancias de la Consulta Preliminar y los actos de la licitación posterior en relación a su impugnación.
- d) No despreciar la adopción de cautelas extra más allá del mero cumplimiento del artículo 115.
- e) Para optimizar las oportunidades que ofrece una consulta preliminar del mercado y garantizar su éxito es preciso actuar de forma metodológica y programada²¹³.

²¹³ Al respecto me parece una referencia útil la entrada publicada por Guillermo Yáñez Sánchez *"Primera consulta preliminar al mercado. Cómo la he hecho"* en la Comunidad de Prácticas de la Contratación Pública. Disponible en <https://www.contratacionpublicacp.com/forum/topics/primer-a-consulta-preliminar-al-mercado-como-la-he-hecho>

También una referencia válida se puede encontrar en la página 19 de la Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

Martín María Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN: Se explican los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los que se produce negociación entre el órgano de contratación y los licitadores. Son procedimientos que precisan de unos supuestos de hecho que justifiquen su utilización. La negociación se limita a algunos aspectos del contrato y debe venir definida en los pliegos o documento descriptivo.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, procedimientos de adjudicación, negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación.

ABSTRACT: This paper explains the procedures for the award of public contracts in which negotiation between the contracting authorities and the bidders takes place. These procedures require assumptions that justify their use. The negotiation is limited to some aspects of the contract and must be defined in the specifications or descriptive document.

KEY WORDS: public procurement, award procedures, negotiation, competitive dialogue, innovation partnership.



SUMARIO: 1. Marco general. 2. Los procedimientos de adjudicación con negociación. 3. Procedimiento negociado sin publicidad. 4. Procedimiento de licitación con negociación. 5. Diálogo competitivo. 6. Asociación para la innovación. 7. Conclusiones.

1. MARCO GENERAL

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) es, de forma inevitable, deudora de lo dispuesto en las Directivas de contratación pública de 2014. Así recoge en su articulado los diferentes procedimientos de adjudicación previstos en las Directivas (singularmente en la Directiva 2014/24/UE), aunque añade algunos tipos y subtipos, siempre fuera del marco de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Se mantiene, así pues, esta división entre contratos SARA y no SARA, de modo que en los primeros los procedimientos de adjudicación son estrictamente los previstos en las Directivas, mientras que en los segundos se abren nuevos como los procedimientos simplificados o los contratos menores.

Las Directivas persiguen una reducción de plazos y una agilización procedimental, que alcanza a todos los contratos, pero, sobre todo, se profundiza en aquellos que se hallan extramuros de ellas, dado su importe y su falta de interés transfronterizo. No obstante, en todos los casos es obligado cumplir las disposiciones básicas del Derecho de la Unión Europea.

Como consecuencia de la transposición de las directivas europeas se han producido tres cambios esenciales en los procedimientos de adjudicación:

- 1) La supresión del procedimiento negociado por razón de la cuantía.
- 2) La incorporación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el de asociación para la innovación.
- 3) La ampliación de los supuestos en que se puede utilizar la negociación en los procedimientos de adjudicación.

La LCSP ha completado esta reforma con otros aspectos tanto procedimentales como materiales que han supuesto un cambio relevante en la contratación pública.

Por un lado, se ha limitado la gran separación entre los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y por los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (PANAP). La modificación incide en el Derecho material al haberles sometido directamente a los procedimientos de adjudicación y haber suprimido las instrucciones de contratación. Y asimismo en los aspectos formales puesto que no sólo se van a ver afectados por la rebaja de la cuantía del recurso especial, sino también porque sus actuaciones contractuales van a estar sujetas al Derecho Administrativo, por medio de los recursos administrativos y contencioso-administrativos. En definitiva, una obligada vuelta a su administrativización frente a la anteriormente generosa huida del Derecho Administrativo que había justificado la creación de tal pléyade de entes del sector público.

La elección de un determinado procedimiento de adjudicación queda a la libertad del órgano de contratación, pero dentro de unas líneas generales, más o menos precisas, previstas en la LCSP (y tomadas en gran parte de las Directivas). Así pues, dentro de los márgenes de la LCSP, contemplados en los arts. 116.4



y 131, el órgano de contratación puede elegir un procedimiento de adjudicación previa justificación de por qué ha optado por el mismo. Pero debe advertirse que la libertad no es total y que tampoco vale cualquier tipo de justificación, y sobre todo que los procedimientos no son iguales y por tanto es importante seleccionar el que se vaya a utilizar en función del interés público y de la prestación que se pretenda comprar. En todo caso, se prohíbe eludir los requisitos de los procedimientos de adjudicación (art. 132.2). Y debe añadirse que una vez que se ha optado por un procedimiento concreto deben seguirse sus reglas, con todo lo que ello supone.

De las disposiciones de la LCSP cabe efectuar una gran clasificación de los procedimientos de adjudicación en función de su utilización:

- 1) Procedimientos ordinarios: abiertos y restringidos.
- 2) Procedimientos especiales: exigen la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la Ley y sólo pueden utilizarse en ese caso. Son los procedimientos abierto simplificado y supersimplificado, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación, licitación con negociación, concurso de proyectos.
- 3) Procedimientos excepcionales: caracterizados por la falta de publicidad, lo que motiva que sólo en circunstancias muy excepcionales pueda acudir a ellos. Son el procedimiento negociado sin publicidad, el contrato menor y la asistencia sanitaria urgente.

Además, la innovación puede ser canalizada por varios procedimientos, por lo que es necesario conocer muy

bien cuál es el estado en que la misma se encuentra. Los procedimientos a utilizar pueden ser los siguientes:

- Procedimiento de licitación con negociación.
- Diálogo competitivo.
- Asociación para la innovación.

Ello obliga a recalcar la importancia de las consultas preliminares al mercado (art. 115 LCSP), que permitirán al órgano de contratación conocer cuál es el estado del mercado en relación con la prestación que pretende adquirir. También le permitirá fijar los niveles de TRL (Technology Readiness Levels: niveles de madurez de la tecnología) respecto de la prestación que pretende, puesto que de los nueve niveles sólo algunos de ellos suponen una auténtica innovación (niveles del 7 al 9).

Finalmente, conviene cerrar este marco general con referencia a otros aspectos de la LCSP que afectan a los procedimientos de adjudicación. En primer lugar, los procedimientos en las concesiones de obras y servicios son los mismos que los generales de los contratos, puesto que no hay normas específicas para ellos a diferencia de lo que ocurre con la regulación de las restantes fases de la contratación.

En segundo lugar, la regulación de los contratos y concesiones de servicios especiales contemplados en el Anexo IV LCSP recibe ciertas salvedades. La principal de ellas consiste en que si se configuran como concesiones, debe acudir necesariamente al procedimiento restringido (art. 131.2).

Y, por último, para las prestaciones de carácter intelectual, la LCSP dispone que el procedimiento



restringido es el especialmente apto para su adquisición (exposición motivos y art. 160.4 LCSP).

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN

La LCSP contempla cuatro procedimientos de adjudicación que comportan negociación:

- Procedimiento de licitación con negociación.
- Procedimiento negociado sin publicidad.
- Diálogo competitivo.
- Asociación para la innovación.

En primer término, y a pesar de la alabanza que sobre ellos imparten las Directivas, conviene reparar que en la práctica pasan a un segundo plano, puesto que las nuevas estrellas procedimentales van a ser el contrato menor y los procedimientos abierto simplificado y supersimplificado.

Por otra parte, la regulación unitaria de la LCSP sobre la licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad no sigue las previsiones de la Directiva 2014/24/UE donde se hace una separación rigurosa de ambos procedimientos. Constituye un contrasentido, que no tiene ninguna justificación, salvo mantener el esquema de su precedente normativa. Como luego se verá, ambos procedimientos tienen un carácter completamente diferente, especial y excepcional, lo que motiva que los supuestos que permiten utilizarlos sean completamente distintos.

De todos estos procedimientos con negociación, parece que posiblemente el de mayor utilización será el



procedimiento negociado sin publicidad, fundamental por no ser un procedimiento complejo, a diferencia de los restantes. También razones prácticas como su profundo conocimiento por los órganos de contratación dada su masiva utilización anterior o la previsión de algunos supuestos que pueden darse con cierta asiduidad en los poderes adjudicadores provocarán su utilización más reiterada que la de los demás procedimientos con negociación.

Es, por ello, que en la exposición que sigue se va a analizar, primero, el procedimiento negociado sin publicidad y después los demás procedimientos con negociación, donde en algún caso concurren los supuestos de utilización (licitación con negociación y diálogo competitivo) o se recoge una cláusula bastante general de innovación (asociación para la innovación).

3. EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD

La idea básica que preside este procedimiento es la de su excepcionalidad, puesto que sólo se puede acudir al mismo en los concretos y tasados supuestos previstos en la LCSP.

En relación con la normativa precedente se ha producido un cambio radical. Por un lado, no se permite acudir al mismo por razón de la cuantía, que era su causa justificativa más común antes; por otro, puede entenderse sustituido por los procedimientos abiertos simplificados y supersimplificados que sí atienden a la cuantía, además de otras condiciones; y en tercer lugar porque las prestaciones y servicios complementarios



constituyen ahora una modificación del contrato (art. 205.2 a) LCSP).

Los supuestos que establece el art. 168 LCSP se pueden clasificar en supuestos generales para todo tipo de contratos y concesiones y supuestos particulares para contratos solamente o para algunos tipos de contratos.

3.1. Supuestos

a) Supuestos generales

La LCSP contempla tres supuestos generales tanto para contratos como para concesiones.

El primero de ellos tiene como causa el fracaso de un anterior procedimiento de adjudicación por falta de ofertas o por ser todas ellas inadecuadas. La excepcionalidad viene justificada porque ya existe un procedimiento previo con publicidad.

El supuesto más relevante es el relativo al caso de existencia de un empresario exclusivo y único. Este supuesto es el que provoca mayor utilización. Precisa, por tanto, que quede absolutamente claro que no hay otro empresario que pueda ofrecer esa misma prestación. Además, el contrato no puede ser diseñado con unas características que vayan directamente encaminadas a hacer posible este supuesto obviando la publicidad de la licitación.

Si se examina la Plataforma de Contratación del Sector Público puede verse que en este supuesto se incluyen, por ejemplo, los contratos de contratación de determinados grupos o artistas, o también la compra de medicamentos que están sometidos a patentes de exclusividad.

En tercer lugar, se contempla el caso de los contratos secretos o reservados.

b) Supuestos sólo para contratos (no para concesiones)

La LCSP establece que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad en determinados supuestos pero sólo cuando se trate de contratos y no de concesiones. De ahí la importancia que tiene deslindar nítidamente ambas figuras contractuales, en razón del riesgo operacional.

Los supuestos que habilitan para utilizar este procedimiento son los dos siguientes.

En primer lugar, el más relevante radica en la urgencia imperiosa. Conviene resaltar el extremo que ha recibido mayor exigencia jurisprudencial por parte del TJUE: que la urgencia sea por una causa externa y que el órgano de contratación haya actuado de una forma diligente. No vale cualquier urgencia, y menos la que se derive de la imprevisión del órgano de contratación.

Por otro lado, también el fracaso del anterior procedimiento de adjudicación permite utilizar éste de negociado sin publicidad, ahora en el caso de ofertas irregulares o inaceptables. No obstante, conviene diferenciar este supuesto del previsto en el art. 167 e) LCSP (como justificativo de la licitación con negociación).

c) Supuestos particulares para determinados tipos de contratos

La LCSP prevé cuatro supuestos en el caso del contrato suministros. También establece dos supuestos



específicos para el contrato de servicios. Y recoge como supuesto común para los contratos de obras y de servicios la repetición de obras y servicios similares. También el art. 185.5 permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar el contrato de servicios ulterior a un concurso de proyectos, lo que deberá indicarse en el anuncio de licitación (art. 186.2).

3.2. Tramitación del procedimiento negociado sin publicidad

La LCSP remite el procedimiento del negociado sin publicidad al mismo del procedimiento de licitación con negociación (art. 170). En definitiva, se configura como un procedimiento restringido con negociación (art. 169), pero sin publicidad. Sus fases son las siguientes:

- 1) Se inicia con la invitación, puesto que no hay anuncio de licitación (art. 170.1). La invitación debe alcanzar a un mínimo de 3 candidatos, salvo que sólo haya un único candidato posible (supuesto del art. 168 a) 2º LCSP).
- 2) Se efectúa la negociación con los candidatos. Es obligado negociar, puesto que la negociación es la esencia de este procedimiento. La negociación puede efectuarse a una o varias rondas, que culminarán con la presentación de la oferta definitiva. No obstante, hay aspectos que no pueden ser objeto de negociación como los requisitos básicos y los criterios de adjudicación. El art. 170.2 también lo exige para el caso de un único candidato, siempre y cuando sea posible.
- 3) El órgano de contratación adjudicará el contrato a la oferta que presente la mejor relación calidad/precio.



4) Es obligada la publicación del anuncio de adjudicación.

3.3. Ejemplos

Pueden verse ejemplos de utilización del art. 168.a).2º en las licitaciones del Servicio Andaluz de Salud para suministro de medicamento exclusivo (OLARATUMAB 190mg/inyectable IV para todos los centros adscritos a la PLS de Sevilla), del Ayuntamiento de Fuenlabrada para la interpretación artística del concierto de la cantante Misa con motivo de la programación de Navidad, o del Ministerio de Justicia para la adquisición de nuevas licencias del software Service Manager en el ámbito de la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia.

4. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN

Tal como se ha insistido más arriba, el procedimiento de licitación con negociación no se identifica ni se asemeja con el anterior procedimiento negociado sin publicidad, puesto que los supuestos en que se puede acudir al mismo son completamente diferentes y, además, ahora sí que es necesario el anuncio de licitación.

4.1. Supuestos

El art. 167 LCSP recoge con amplitud diversos supuestos que sirven tanto para contratos como para concesiones. Se ha pretendido una extensión de esta modalidad de procedimiento puesto que se entiende que negociar es bueno siempre que sea con publicidad. Los supuestos son los seis siguientes:



- 1) Necesidad de un trabajo previo de diseño o adaptación.
- 2) Innovación: este supuesto plantea establecer su distinción con los procedimientos que también articulan la innovación. En general va a depender del grado previo de conocimiento del objeto del contrato que exista en el mercado, puesto que en este caso será preciso aprobar los pliegos donde se determinen las condiciones del contrato, entre las cuales, será preciso determinar las sometidas a negociación.
- 3) Necesidad de negociaciones previas.
- 4) Dificultades del órgano de contratación para establecer prescripciones técnicas con precisión.
- 5) Fracaso del procedimiento previo de licitación, por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables. De nuevo aquí el problema radica en diferenciar este supuesto del similar en que se permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad (art. 168 b) 2º).
- 6) Servicios sociales personalísimos, que tengan en cuenta el arraigo y, además, doten de continuidad la asistencia social.

4.2. Tramitación del procedimiento de licitación con negociación.

El procedimiento previsto en el art. 169 LCSP sigue la base del procedimiento restringido, aunque añade luego la negociación. Es, por tanto, un procedimiento especial y no excepcional porque hay publicidad desde el primer momento. El problema consiste en que los pliegos deben definir con precisión qué elementos van a ser objeto de negociación. Y asimismo deberán explicitar cómo se va a realizar la negociación. El resto



de las fases son las ya expuestas para el procedimiento anterior.

4.3. Ejemplos

Este procedimiento ha sido utilizado por el Servicio Gallego de Salud para la compra pública de tecnología innovadora de dos lotes de realidad virtual, para diseño y desarrollo de unas soluciones formativas para el reconocimiento de los síntomas del ictus y para diagnóstico de los tratamientos de radioterapia y pruebas de imagen.

5. DIÁLOGO COMPETITIVO

La regulación de la Directiva 2014/24/UE, y por tanto de la LCSP, introduce importantes modificaciones en el diálogo competitivo respecto de la regulación anterior. Ahora es un procedimiento cuyos supuestos aparecen descritos con mayor especificidad y precisión y también el procedimiento es más detallado.

5.1. Supuestos

Los supuestos en que se puede utilizar el diálogo competitivo son los mismos que los que permiten acudir al procedimiento de licitación con negociación (art. 167 LCSP, al que se remite el art. 172.3).

En consecuencia, la cuestión será cuándo utilizar uno u otro procedimiento de adjudicación. Parece que el elemento decisivo será el de la posibilidad de determinar o no las condiciones del contrato en el documento previo que regirá la contratación. Si es posible detallar estas condiciones e incluirlas en los



pliegos debería acudir al procedimiento de licitación con negociación; en otro caso, esta imposibilidad de precisión que sólo puede llegar a una descripción en el denominado documento descriptivo, llevará al órgano de contratación al diálogo competitivo. De nuevo es obligado insistir en que las consultas preliminares al mercado permitirán obtener elementos de juicio suficientes para inclinarse por uno u otro procedimiento. Y tampoco debe olvidarse que el diálogo competitivo tendrá una mayor complejidad derivada de la necesidad de determinar en dicho procedimiento determinados aspectos del objeto del contrato (art. 175.5), que por el contrario debieran venir ya definidos previamente en la licitación con negociación. Y aquí se encuentra la novedad de la previsión del posible pago de primas o compensaciones en el diálogo competitivo (art. 173), que no se da en la licitación con negociación.

5.2. Tramitación del diálogo competitivo

La LCSP desarrolla el diálogo competitivo a través de un procedimiento que, nuevamente, toma como base el procedimiento restringido, aunque con negociación (art. 174.2). El diálogo se inicia no con un pliego sino con el documento descriptivo. Además, debe constituirse una Mesa especial para el diálogo competitivo (art. 327). Así pues, se diferencian dos fases principales:

a) Fase de selección: al igual que en el procedimiento restringido sólo pasan a la segunda fase aquellos candidatos que superen el "corte" conforme a los criterios selectivos establecidos en el documento descriptivo.

2) Fase de licitación: se caracteriza por la negociación, el llamado diálogo, elemento sustancial de este

procedimiento, y que se incorpora incluso a su denominación.

El diálogo debe permitir al órgano de contratación perfilar el objeto de la prestación. Y una vez cerrado el diálogo, la Mesa especial definirá con exactitud qué es lo que quiere y realizará la invitación última a los licitadores para que presenten su oferta definitiva. Con arreglo a ellas y conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el documento descriptivo, el órgano de contratación adjudicará el contrato al empresario que presente la oferta con mejor relación calidad/precio.

Pero, incluso se contempla la posible negociación del contrato con el licitador seleccionado (art. 176.3).

6. ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

Constituye un nuevo procedimiento que se toma directamente de la Directiva 2014/24/UE. Debe enfatizarse en que se trata de un procedimiento y no de un nuevo tipo contrato. Su definición se contiene en el art. 177.1 LCSP.

De dicha definición se desprende que es en realidad un contrato doble, puesto que une investigación y adquisición. Y es por ello que sólo se puede utilizar para contratos y no para concesiones.

6.1. Supuestos

Los supuestos que permiten acudir a este procedimiento especial vienen definidos de forma general, imprecisa y amplia (art. 177.1), donde lo



determinante radica en buscar una solución válida que no está en el mercado.

Este procedimiento persigue acentuar la innovación en Europa (y en España) premiando a los innovadores con la compra de los bienes o servicios resultantes de la tarea de investigación. En definitiva no se para en la simple innovación, lo que seguramente constituiría un contrato excluido de la LCSP, sino que da un paso más, puesto que el órgano de contratación puede adquirir directamente el bien o prestación innovadores.

6.2. Tramitación de la asociación para la innovación

Dada la calificación como un contrato doble, en el sentido, de que se producen dos adjudicaciones una primera de investigación y otra de compra de bienes o servicios, lo esencial de este procedimiento es diferenciar las dos fases que lo componen y dentro de cada una de ellas las diversas partes o subfases. Debe constituirse una Mesa especial para la asociación para la innovación (art. 327).

La primera fase es la de investigación y desarrollo, que se articula de un modo similar al procedimiento de licitación con negociación (que toma como base el procedimiento restringido añadiendo negociación). Es un procedimiento con publicidad, luego irá precedido del correspondiente anuncio de licitación.

Esta primera fase se divide, a su vez, en varias subfases. La primera de ellas es la de selección de candidatos conforme a los requisitos establecidos en los pliegos. Y la segunda subfase va dirigida a seleccionar a los socios entre los candidatos que hayan superado la anterior subfase. Y es aquí donde tras la



correspondiente negociación, se produce la primera adjudicación consistente en conceder la ejecución de la asociación para la innovación. Y dado que se trata de una fase de investigación y desarrollo, el número de socios no se limita a un solo licitador, lo que constituye una diferencia sustancial con cualquier otro procedimiento de licitación. Y como tercera subfase se encuentra el desarrollo de la propuesta de innovación que haya sido adjudicada por el órgano de contratación.

La segunda fase tiene ya un objeto completamente distinto. Y consiste en la materialización de la adquisición de la solución desarrollada con arreglo a los resultados de la primera fase. Se permite al órgano de contratación adquirir los bienes y servicios resultantes de la innovación sin acudir a un nuevo procedimiento de licitación, sino directamente de la empresa que ha conseguido desarrollar y "triunfar" con la innovación.

6.3. Ejemplos

Aunque se trate de un procedimiento novedoso, cabe exponer ya algunos casos en que ha sido utilizado por entes del sector público. Así la Diputación Provincial Castellón ha acudido al mismo a fin de encontrar una solución de territorio rural inteligente para la provincia de Castellón. Y el Servicio Gallego de Salud lo ha empleado para contratar el desarrollo, validación clínica y adquisición de un dispositivo multicanal para la resección avanzada de tumores rectales mediante endoscopia flexible y cirugía endoscópica transanal.



7. CONCLUSIONES

Las Directivas no sólo enfatizan en las bondades de la negociación en la contratación pública, sino que también abren los supuestos en que se puede acudir a ella, creando incluso el nuevo procedimiento de licitación con negociación. Y éste es el esquema que la LCSP ha incorporado al régimen de contratos públicos en España.

En cualquier caso, debe advertirse que los procedimientos con negociación son, en general, procedimientos complejos. Su complejidad provoca que precisen de órganos de contratación con personal muy preparado para su desarrollo y control, y que parezcan reservados a contratos importantes bien en su cuantía como en su necesidad de definición o por requerimientos de potenciar la innovación.

Las Administraciones Públicas acudirán a ellos en contadas ocasiones y tendrán que calibrar los medios de los que disponen para su correcta tramitación. Asimismo deberán conocer cómo se encuentra el mercado y su grado de madurez en orden a intervenir en este tipo de procedimientos y ofrecer soluciones adecuadas a los mismos.

Es importante, asimismo, valor el coste en tiempo y dinero de estos procedimientos, lo que es una llamada a limitar su utilización a aquellos supuestos previstos en la LCSP que el órgano de contratación sea capaz de desarrollar con sus medios y en un plazo razonable.

Por otra parte, su carácter de procedimientos con negociación exige que se fije claramente lo que hay que negociar y aquello que no se puede o no se quiere negociar. Debe extremarse el cuidado en la redacción

de los pliegos o documentos descriptivos con los que se iniciarán estos procedimientos.

Y, por último, hay que evitar la tentación de una utilización abusiva del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos de empresario exclusivo y único o por causa de imperiosa urgencia. Los errores en la utilización indebida de este procedimiento traerán graves consecuencias por cuanto que es un procedimiento sin publicidad inicial, lo que provocará la nulidad radical en caso de utilización indebida.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA PACHECO, M., "El procedimiento de asociación para la innovación", en Revista El Consultor, número especial, mayo 2018.

CAMPOS ACUÑA, C. (Dir.), La nueva contratación pública en el ámbito local, Ed. Walters Kluwer-El Consultor, Madrid, 2018, en especial, los Capítulos 17 de M. CACHARRO LÓPEZ, "procedimiento negociado. Claves para resolver la problemática abierto-negociado según cuantía", 18 de S. SINDE CANTORNA, "Cómo comprar innovación en el ámbito local empleando el diálogo competitivo", y 19 de J. C. GÓMEZ GUZMÁN, "Asociación para la innovación".

GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), Tratado de Contratos del Sector Público, E. tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en especial del tomo II, los Capítulos XXX de M. HERNANDO RYDINGS, "Procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo", XXXI de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "La Compra Pública de Innovación (CPI). El procedimiento



de adjudicación Asociación para la Innovación”, y XXXII de M. MORA RUIZ, “Procedimiento negociado sin publicidad”.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Dir.), Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, en especial los capítulos 28 de I. GALLEGO CÓRCOLES, “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo” y 29 de M. HERNANDO RYDINGS, “El procedimiento de asociación con negociación”.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, y VÁZQUEZ MATILLA, F.J., La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, en especial el Capítulo 5 “Los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”.



HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

Rafael Fernández Acevedo

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: "El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

RESUMEN: El presente trabajo analiza las dos modalidades simplificadas del procedimiento abierto para la adjudicación de los contratos públicos introducidas por la nueva LCSP para dar respuesta a las exigencias de una mayor transparencia y concurrencia, al tiempo que se agiliza y simplifica su tramitación, así como en qué medida se han logrado tales objetivos.



PALABRAS CLAVE: Contratación pública, transparencia, integridad, procedimiento abierto simplificado.

ABSTRACT: This paper analyses the two simplified modalities of the open procedure for the award of public procurements introduced by the new LCSP to respond to the demands for greater transparency and competition, while streamlining and simplifying their processing, as well as the extent to which these objectives have been achieved.

KEYWORDS: Public procurement, transparency, integrity, simplified open procedure.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO (PAS). 1. Condiciones de utilización. 2. Anuncio de licitación. 3. Presentación de las proposiciones. 4. Especialidades de tramitación. III. MODALIDAD ABREVIADA DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO (PASA). IV. ALGUNOS DATOS DE INTERÉS. V. CONCLUSIONES. VI. RECOMENDACIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. INTRODUCCIÓN

Que la contratación pública es uno de los sectores de la economía con mayor riesgo de corrupción y falta de integridad, y que está en el origen de la notable desconfianza institucional generada entre la ciudadanía en la última década, no admite discusión. El propio Parlamento Europeo hubo de reconocerlo en su Resolución de 2010 sobre “Protección de los intereses financieros de las Comunidades y lucha contra el

fraude”²¹⁴. En ella afirmó sin ambages que el “sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción”.

Riesgo que se agiganta en contextos de opacidad, tal y como pusiera de manifiesto el Informe Anticorrupción de la Unión Europea de febrero de 2014²¹⁵, al observar que el procedimiento negociado sin publicidad es el tipo de procedimiento donde más irregularidades se cometen.

Elo ha sido particularmente cierto en nuestro país donde las prácticas corruptas han encontrado un buen caldo de cultivo en la opacidad de muchos procedimientos, particularmente procedimientos negociados por razón de la cuantía y contratos menores, así como en la amplia permisividad legislativa y administrativa en su uso que llegó a convertirse en poco menos que patológico. De ahí que la primera medida a adoptar, a modo de antídoto, pasa por la implantación, como reivindica insistentemente el Profesor GIMENO FELIÚ²¹⁶, de una adecuada y efectiva transparencia en todas las fases de la contratación pública.

Como tiene dicho el Tribunal de Justicia, el principio de transparencia, corolario de la igualdad de trato, tiene

²¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude. Informe anual 2008 (2009/2167(INI)). 2011/C 81 E/22. Publicado en el DOUE de 15 de marzo de 2011.

²¹⁵ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la lucha contra la corrupción en la UE, Bruselas, 3.2.2014 COM(2014) 38.

²¹⁶ GIMENO FELIÚ (2016: 248).



como objetivo principal garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, así como permitir el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación²¹⁷. La transparencia, además de mejorar la eficiencia de la ejecución del gasto como exige el art. 31.2 CE, permite adecuar la gestión pública al derecho a una buena administración, como pusiera de relieve la STJ 125/2003, de 6 de marzo²¹⁸ en relación con la vertiente pasiva del principio. Todo ello sin olvidar que la falta de transparencia impide garantizar la efectividad de los principios de igualdad de trato y de libre concurrencia.

Como no podía ser de otro modo, este ha sido el primero de los objetivos de la nueva LCSP. Lo confirma de modo expreso su preámbulo, cierto que con evidente exceso al situar el instrumento o herramienta, la transparencia, por delante del fin a cuyo servicio ha de estar, la obtención de la mejor prestación posible: "Los objetivos -dice- 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".

Con estos objetivos el legislador de 2017 ha tomado una serie de decisiones de gran calado, entre las que cabe destacar por lo que aquí interesa, la eliminación de los procedimientos negociados por razón de la

²¹⁷ STG 445/2013, de 16 de septiembre, As. T-402/06, *Reino de España c. Comisión Europea*, EU:T:2013:445, apartado 67; igualmente STG 458/2013, de 16 de septiembre, As. T-2/07, *Reino de España c. Comisión Europea*, EU:T:2013:458, apartado 73. Vid. GIMENO FELIÚ (2016: 259).

²¹⁸ STJ 125/2003, de 6 de marzo, As. C-41/00 P, *Interporc Im- und Export GmbH*, EU:C:2003:125.



cuantía (con y sin publicidad)²¹⁹; el nuevo diseño del contrato menor, del que se han rebajado los umbrales máximos que permiten su utilización y establecido nuevas limitaciones, exigencias y controles más estrictos (art. 118 LCSP)²²⁰; así como un notable incremento de las obligaciones de publicidad y transparencia especialmente intensas en la fase precontractual, buena parte de las cuales se recogen en el art. 63 LCSP.

La existencia de procedimientos tan sumarios como el negociado y el menor suele tratar de justificarse en las necesidades de una gestión ágil y eficaz de los contratos de escasa cuantía, máxime en un contexto en el que el diseño de los procedimientos ordinarios está plagado de engorrosos, interminables y costosos trámites burocráticos no pocas veces superfluos o mal concebidos. Con el fin de evitarlo, o cuando menos paliarlo, resulta imprescindible llevar a cabo una verdadera simplificación procedimental, una disminución de las cargas burocráticas, suprimiendo trámites y acelerando los procedimientos sin menoscabo de los principios de transparencia, igualdad de trato y libre concurrencia.

Este es uno de los propósitos declarados por la Directiva 2014/24, cuyo considerando 2 afirma que deben revisarse y modernizarse las normas sobre

²¹⁹ Como propuso el Profesor GIMENO FELIÚ (2016: 267-268).

²²⁰ En línea con la sugerencia que realizamos desde el *Observatorio de Contratación Pública* (30/01/2017), "Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el 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", propuesta 1.7, p. 6.



contratación pública a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME). En consecuencia una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta a las PYME que conforman la inmensa mayoría del tejido económico y de la generación de empleo, no solo en España sino en toda la Unión²²¹.

Ello exige, por un lado, como ya se ha dicho, la implantación de una efectiva transparencia activa que permita y favorezca su participación en condiciones de igualdad; pero también, por otro, reformular la arquitectura procedimental mediante una verdadera simplificación y eliminación de trámites innecesarios. El legislador de 2017 es bien consciente de ello cuando afirma haber dado satisfacción, mediante la nueva LCSP, a la necesidad de simplificación de los trámites y, con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYME. “El proceso de licitación -afirma- debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación”.

En definitiva, se trata de cohonestar las exigencias del principio de transparencia, incompatibles con procedimientos opacos, con la imprescindible reducción de las cargas burocráticas, tanto para fomentar la participación real de las PYME, como para permitir al órgano de contratación una ágil y eficaz gestión de los procedimientos. La ya aludida eliminación de los procedimientos negociados por la cuantía y el incremento de exigencias en la contratación menor,

²²¹ GIMENO FELIÚ (2016: 255).



requería de mayores dosis de innovación procedimental mediante el diseño de nuevos procedimientos más simples para la adjudicación contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios. Por ello se crea el nuevo procedimiento abierto simplificado con la vocación, dice el Preámbulo de la LCSP, “de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación”. La idea es sustituir el negociado sin publicidad por razón de la cuantía por un procedimiento de duración breve y tramitación sencilla que respete al tiempo los principios de publicidad y transparencia.

Las dudas en la consecución real de estos objetivos no se hicieron esperar y ya en el trámite parlamentario del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados se introdujo una nueva modalidad de este procedimiento abierto simplificado producto de la admisión de una enmienda cuya justificación no deja lugar a dudas: “El procedimiento abierto simplificado «general» del artículo 157 [artículo 159 LCSP] continúa siendo muy procedimentalista y muy lento. Es ineludible prever un procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas”²²².

En definitiva, una de las novedades más destacadas de la LCSP se encuentra en la nueva regulación del

²²² Enmienda de adición núm. 125 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.



procedimiento abierto en el que es posible distinguir tres modos de tramitación: el que cabría denominar ordinario en virtud de su condición de procedimiento de utilización común (art. 131.2 LCSP); el simplificado, que puede utilizarse cuando se cumplan las condiciones previstas en el art. 159.1; y, dentro de este último, la tramitación abreviada para contratos de menor cuantía (art. 159.6 LCSP).

Debe destacarse ya desde el inicio que se trata de dos modalidades del procedimiento abierto, lo que impide toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (art. 156.1 LCSP). Estas modalidades del abierto, a diferencia del procedimiento negociado por razón de la cuantía al que pretenden sustituir, difícilmente resultarán adecuadas para adquirir prestaciones con un alto grado de complejidad en su ejecución, como por ejemplo, cuando se trate de obras que incluyan el diseño o soluciones innovadoras²²³.

II. EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO (PAS)

Si bien es cierto que el abierto simplificado es un procedimiento novedoso, ello es así únicamente desde la perspectiva de la legislación estatal, puesto que en la autonómica es posible encontrar algunos antecedentes significativos similares, como el que representa el art. 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón²²⁴,

²²³ GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1087).

²²⁴ Parte de dicho artículo 10 fue declarado inconstitucional por la STC 237/2015, de 19 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:237.

que regula el procedimiento simplificado de adjudicación de contratos²²⁵.

1. Condiciones de utilización

La LCSP exige para que pueda tramitarse el procedimiento mediante esta modalidad el cumplimiento acumulativo de tres requisitos o condiciones. La primera, referida al objeto, consiste en que debe tratarse de contratos de obras, servicios o suministros, lo que excluye, pues, a los habitualmente más complejos contratos de concesión, tanto de obras como de servicios.

La segunda se refiere a las cuantías máximas que autorizan su uso: el procedimiento simplificado únicamente será posible en los contratos de obras de valor estimado igual o inferior a dos millones de euros y de servicios y suministros de valor estimado igual o inferior a cien mil euros, valores que, al menos en lo que se refiere a los contratos de servicios y de suministros, bien hubieran podido alcanzar hasta el límite que permiten los umbrales de las Directivas, esto es, el de los contratos SARA²²⁶.

La tercera condición tiene que ver con los criterios de adjudicación; tratándose de un procedimiento que se pretende simplificado parece que lo más oportuno hubiera sido limitar dichos criterios únicamente a los evaluables mediante fórmulas matemáticas, lo que no

²²⁵ Otros antecedentes se encuentran en el art. 65 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos o en el art. 8 del Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña. Vid. GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1087).

²²⁶ GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1090).



significa que el único criterio admisible fuera el precio, puesto que también es posible, previa justificación en el expediente, utilizar criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida, de conformidad con el art. 145.1, pfo. 2º, LCSP. No obstante, el art. 159 admite incorporar también criterios evaluables mediante juicio de valor siempre que su ponderación no supere el 25% del total, porcentaje que puede alcanzar hasta el 45% cuando se trate de adquirir prestaciones de carácter intelectual, tales como servicios de ingeniería y arquitectura, así como de consultoría y urbanismo (disposición adicional 41ª LCSP). Admitir este tipo de criterios introduce, sin duda, una mayor complejidad en la tramitación en la medida en que puede hacer necesaria la solicitud de informes técnicos lo que podría impedir el cumplimiento de los plazos previstos²²⁷.

2. Anuncio de licitación

Por lo que se refiere a las especialidades que el diseño de este procedimiento presenta, ha de comenzarse destacando que el anuncio de licitación precisa de publicación solo en el perfil de contratante del órgano de contratación, alojado en la PCSP tal y como exige el art. 347 LCSP, bajo pena de nulidad de pleno derecho [art. 39.2.c) LCSP]. Se prescinde, pues, de toda publicación en boletines oficiales que en los demás procedimientos aún exige para las Administraciones del ámbito estatal el art. 135.1 LCSP en los demás

²²⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2018: 1559).

procedimiento, habida cuenta de que ninguna garantía adicional añaden²²⁸.

Además, toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta tiene que estar disponible por medios electrónicos desde el día de la publicación del anuncio en dicho perfil de contratante”; regla que poco o nada añade a lo dispuesto con carácter general por el art. 138.1 LCSP que, salvo excepciones, exige el acceso electrónico, libre, directo, completo y gratuito, a los pliegos desde el momento de la publicación del anuncio de licitación.

3. Presentación de las proposiciones

El art. 159.3 LCSP establece como plazo mínimo de presentación de las proposiciones el de 15 días en los contratos de servicios y de suministros y de 20 días en los de obras, a contar siempre desde el siguiente a la publicación en el perfil del anuncio de licitación. Plazos ambos que, por aplicación de la DA 12ª LCSP, se entienden referidos a días naturales. La reducción de estos plazos es mínima si se compara con lo que el art. 156.6 LCSP fija para el procedimiento abierto ordinario, pues únicamente cuando se trata del contrato de obras el plazo de presentación de ofertas se acorta en 6 días. Al propio tiempo, en el abierto simplificado el art. 159.5 impide aplicar la reducción de plazos prevista por el art. 119.2.b) LCSP en los casos de declaración de urgencia del expediente de contratación. Se produce, así, la paradoja de que el plazo de presentación de ofertas resultará menor en el caso del procedimiento abierto ordinario que en el simplificado (ej., contratos de obras reducción a la mitad en el ordinario, es decir, 13 días

²²⁸ Vid. GALLEGO CÓRCOLES (2017: 218).



naturales, frente a los 20 previstos para el simplificado).

Para facilitar la reducción de los tiempos de tramitación se establece como único lugar válido para presentar las proposiciones, el registro que indique el anuncio de licitación. Se elimina así la exigencia de esperar 10 días en los supuestos en los que la documentación se haya enviado por correo (art. 80.4 RGLCAP). Con todo, habida cuenta de la obligatoriedad de la contratación pública electrónica de extremo a extremo²²⁹ que impone la LCSP, el referido registro debería ser necesariamente electrónico. Como afirma el TACRC²³⁰, desde la entrada en vigor de la LCSP es obligatorio presentar las ofertas electrónicamente, salvo en los casos tasados previstos en la DA 15ª LCSP cuya concurrencia, además, deberá ser justificada mediante un informe específico por el órgano de contratación en cada caso. En esta misma línea la JCCPE concluye que no es admisible la presentación de las proposiciones en papel, defecto que, además, estima insubsanable, pues supondría la ampliación del plazo de presentación para el licitador infractor²³¹. En consecuencia, si el registro

²²⁹ Vid. Comunicación de la Comisión “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración pública”, 26.6.2013 COM(2013) 453 final.

²³⁰ RTACRC 808/2018, de 14 de septiembre.

²³¹ IJCCPE 2/2018, de fecha 2 de marzo. Vid. comentario en ObCP, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1347/reلمenu.46/chk.fa8b0ce7fc809a1abf38cd82df098e6f> (última consulta: 31/01/19). Por su parte, en el Informe 71/2018, de 10 de octubre, afirma que la tramitación electrónica constituye la regla general en la LCSP, regla que “es igualmente aplicable al procedimiento abierto simplificado, con mayor razón aun si tenemos en

es electrónico la referida limitación al previsto en el anuncio resulta intrascendente.

La presentación de la oferta, de no contemplarse criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, se efectúa en un único sobre (*rectius*, archivo electrónico); en otro caso, serán necesarios dos. Se exige, no obstante, acompañar la oferta de una declaración responsable del cumplimiento de las condiciones de aptitud, conforme al modelo que figure como anexo al pliego. Dicho modelo no es preciso que coincida con el documento europeo único de contratación exigido por el art. 140 LCSP para los demás procedimientos, lo que únicamente tiene sentido si resulta más sencillo y claro. La Ley no aclara si esta declaración responsable ha de presentarse de forma independiente respecto de la oferta, aunque el art. 157.1 así lo impone en el procedimiento abierto ordinario, cuya regulación que es de aplicación supletoria en el simplificado [art. 159.4.h) LCSP]²³².

Queda excluida, en todo caso, la posibilidad de exigir garantía provisional, ni siquiera con carácter excepcional.

Finalmente, el art. 159.4.a) LCSP, con el objetivo de agilizar y simplificar la tarea de la mesa de contratación a la hora de comprobar y calificar el cumplimiento de las condiciones de aptitud, requiere que todos los

consideración que la celeridad es un elemento central de su justificación, y que está ínsita en su propia naturaleza". Vid. comentario en ObCP, disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1388/relmenu.46/chk.2af8dd9b38611388f6bb4eb5102b9ca8> (última consulta: 31/01/19).

²³² Vid. RUIZ DAIMIEL (2017).



licitadores estén inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECSP), o registro autonómico, en la fecha final de presentación de ofertas, siempre que no se vea limitada la concurrencia.

El precepto plantea, sin embargo, no pocas dudas en cuanto a su eficacia y formulación. En primer lugar, porque no todas las condiciones de aptitud son de inscripción obligatoria (art. 339 LCSP), lo que puede determinar que la inscripción de un licitador no contenga alguno de los datos relativos a su solvencia; en este caso será necesario requerir la documentación acreditativa correspondiente, que habrá de aportarse en el plazo de 7 días hábiles previsto para presentar la garantía definitiva, para posteriormente proceder a evaluar si aquella solvencia es adecuada. En segundo lugar, porque se trata de una exigencia en sí misma restrictiva de la competencia pues impide la participación de cualquier operador económico no inscrito. Por ello, durante la tramitación parlamentaria, se introdujo el inciso final por el que será posible admitir a la licitación a un operador económico no inscrito si en otro caso se ve limitada la concurrencia. Pero cuándo se produce tal limitación no es cuestión fácil de resolver²³³. En todo caso, lo que no resulta discutible es el carácter obligatorio del requisito por lo que el referido inciso final no puede en ningún caso constituir una puerta a su incumplimiento, debiendo ser, en consecuencia, de interpretación restrictiva. En

²³³ Sostiene GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1097) que “la excepción toma en consideración especialmente sectores de profesionales u otros en los que la composición es mayoritariamente de empresarios individuales o autónomos, o para aquellos contratos que no tienen un objeto habitual en la contratación pública”.



este sentido la propia JCCPE ha permitido una aplicación del inciso motivada por el colapso que actualmente padece el ROLECSP ante la avalancha de solicitudes de inscripción que es incapaz de resolver en un tiempo razonable, y mientras dure esta situación que debería ser transitoria²³⁴.

4. Especialidades de tramitación

Las especialidades de este procedimiento se recogen en el apartado 4 del art. 159 LCSP de forma un tanto desordenada, con errores de diseño y en algunos supuestos de modo innecesariamente reiterativo de exigencias que ya se imponen con carácter general y respecto de las cuales nada se añade o matiza [compromiso de constitución de las uniones temporales, sometimiento al fuero español de las empresas extranjeras o llamada al siguiente candidato en puntuación si el propuesto no presenta la garantía definitiva]²³⁵.

Sin mucha justificación el art. 159 LCSP mantiene el carácter obligatorio en este procedimiento de la mesa de contratación, si bien con una composición más reducida pues su válida constitución requiere únicamente del presidente, secretario, funcionario asesor jurídico y funcionario con funciones de control económico-presupuestario (art. 326.6 LCSP). Su

²³⁴ Vid. Recomendación de la JCCPE de 24 de septiembre de 2018, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1367/reلمenu.46/chk.92906a55563fa5c7bc8be2a0fcdc62> (última consulta: 31/01/19).

²³⁵ La crítica es generalizada; vid., entre otros, GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1088-1089); HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2018: 1561); RUIZ DAIMIEL (2017).



obligatoriedad es aún más discutible si se tiene en cuenta que se le priva de una de sus principales funciones, la de efectuar la valoración de las proposiciones cuando se contemplan criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En efecto, esta competencia se le atribuye a los servicios técnicos del órgano de contratación que habrán de llevarla a cabo en el plazo máximo de 7 días (naturales), debiendo ser suscrita por el técnico o técnicos que las formulen.

A su vez, en estos casos, y en línea con lo que con carácter general exige el art. 146.2 LCSP, se dispone que en todo caso la valoración mencionada debe hacerse antes de la apertura del sobre que contiene la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. La apertura de este último sobre ha de realizarse en el acto público en el que se da lectura al resultado de la referida valoración

Tras dicho acto público y en la misma sesión la mesa procede a: 1º Excluir las ofertas que no cumplen el pliego, evaluar y clasificar las demás; 2º realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación; 3º comprobar en el ROLECSP que este cumple todas las condiciones de aptitud; 4º requerirle mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el resto de la documentación exigible, todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.

Por lo que se refiere a la tramitación de las ofertas anormalmente bajas resulta llamativo que el legislador haya decidido alterar la ordenación de trámites que prevé con carácter general el art. 149 LCSP conforme al



cual el requerimiento al licitador incurso en presunción de anormalidad de aclaraciones y justificaciones se realiza con carácter previo a la clasificación de las ofertas y formulación de la correspondiente propuesta de adjudicación. En el procedimiento abreviado, en cambio, la mesa primero evalúa, clasifica las ofertas y realiza la propuesta de adjudicación; solo posteriormente lleva a cabo el trámite previsto para el caso de que se aprecien ofertas anormales o desproporcionadas. De este modo el requerimiento de justificaciones se realizará solo al candidato con mejor puntuación y no a todos los licitadores en situación de anormalidad, además de que el plazo máximo para contestar al requerimiento no puede superar los 5 días hábiles. Se pretende, así, agilizar la tramitación al máximo, pero se corre el riesgo de lograr todo lo contrario si debe repetirse el trámite al no considerarse justificada la primera oferta y encontrarse también la siguiente en puntuación en presunción de anormalidad²³⁶.

Concluido, en su caso, el procedimiento de justificación de la anormalidad de la oferta, se requiere a la empresa con mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que en el plazo de 7 días hábiles presente la garantía definitiva. De no hacerlo, además de la imposición de la penalidad prevista en el art. 150.2 LCSP consistente en el 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, se efectúa propuesta de adjudicación a favor del siguiente por orden de puntuación, otorgándole el mismo plazo para constituir la citada garantía definitiva. Una vez presentada esta y, de ser necesario de conformidad con la LGP²³⁷, previa

²³⁶ Vid. GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1101); RUIZ DAIMIEL (2017).

²³⁷ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.



fiscalización del compromiso del gasto por la Intervención en un plazo no superior a 5 días (naturales)²³⁸, se adjudica el contrato a favor del licitador propuesto como adjudicatario y después se formaliza el contrato en documento administrativo (art. 153.1 LCSP).

III. MODALIDAD ABREVIADA DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO (PASA)

El apartado 6 del art. 159 LCSP regula una tramitación, que el Preámbulo califica de “especialmente sumaria”, que yo denomino abreviada, del procedimiento abierto simplificado, habida cuenta, como se dijo, del carácter aún muy procedimentalista y lento de este.

Su ámbito de aplicación se reduce por comparación con el simplificado pues, por un lado, no puede utilizarse en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual; y, por otro, se reducen sensiblemente las cuantías máximas: contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000€ y contratos de servicios y de suministros de valor estimado inferior a 35.000€. La determinación de estas cuantías se ha hecho coincidir conscientemente con las que el art.

²³⁸ Critica GÓMEZ BARRIONUEVO (2018: 198) que la reducción de plazos se limite a la fase de adjudicación del contrato y no alcance a la de preparación; así, el art. 159 LCSP “cita la fiscalización del compromiso de gasto como si fuera el único trámite de control del expediente por parte de la Intervención General olvidando que la fase de autorización también se encuentra sometida a dicho trámite fiscal, por lo que hubiera sido muy congruente que la limitación de plazo para el ejercicio del control interno operara en ambas fases del procedimiento”.



11.5 RGLCAP prevé tras su modificación por el RD 773/2015, al objeto de exonerar de la obligación de acreditar las solvencias.

Los plazos de presentación de proposiciones con carácter general se reducen aunque en menor medida de lo que a primera vista podría parecer. Así, para los tres tipos de contratos, obras, servicios y suministros, el plazo no podrá ser inferior a 10 días hábiles, que en la práctica se acercan mucho a los 15 naturales que en el simplificado rigen para servicios y suministros. En cambio, la reducción es más que notable -plazo de 5 días hábiles (no es un plazo mínimo, sino fijo)- cuando se trata de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado, es decir, productos “cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores” (palabras del art. 34.1 Directiva 2014/24).

El contrato se adjudica exclusivamente con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de las fórmulas que los pliegos establezcan; quedan, pues, excluidos por completo los criterios sujetos a juicios de valor, lo que, sin duda, permitirá una muy ágil valoración de la oferta que podrá, y deberá, tener lugar mediante sistemas informáticos. En este sentido, dispone el art. 159.6.d) que la valoración de las ofertas “puede efectuarse automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación”. Se trata de una redacción ciertamente defectuosa puesto que la contratación electrónica de extremo a extremo, como vengo insistiendo, es obligatoria, salvo las excepciones tasadas previstas en la DA 15ª LCSP, máxime en un procedimiento cuya razón de ser es justamente la máxima agilización y simplificación. Por tanto, la



valoración habrá de hacerse mediante tales dispositivos electrónicos, sin perjuicio de que, de estimarse preciso, se recabe la colaboración de la unidad técnica correspondiente. Además, debe garantizarse, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no tiene lugar hasta la finalización del plazo para su presentación, lo que excluye la celebración de acto público de apertura de las mismas, al igual que en el procedimiento abierto ordinario (art. 157.4 LCSP)²³⁹.

En consecuencia, no parece necesaria la intervención de la mesa de contratación, cuya constitución, de conformidad con el art. 326.1, es meramente potestativa.

En la misma línea ha de interpretarse la previsión de que las ofertas han de entregarse en “un único sobre o archivo electrónico”: han de presentarse en un único archivo electrónico, salvo que se trate de una de las excepciones que permiten su presentación en papel, es decir, en un único sobre. En coherencia con ello se exige que las ofertas presentadas y la documentación relativa a su valoración sean accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato. Se garantiza, así, una total transparencia de toda la documentación e información contractual, incluidas las ofertas y el proceso de su valoración, lo que permite afirmar que este procedimiento “se inserta en la línea de la integridad, buen gobierno y buena administración de la nueva legislación”²⁴⁰.

²³⁹ Sobre las finalidades del acto público y su innecesariedad en la contratación electrónica, GALLEGO CÓRCOLES (2017: 218-219).

²⁴⁰ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2019: 44).



Por otra parte, se exige a los licitadores de la acreditación de las solvencias de todo tipo y al adjudicatario de constituir garantía definitiva.

En torno a la primera de las exenciones se ha generado una cierta polémica relacionada con la eventual exigencia de inscripción previa en el ROLECSP en razón de que, por un lado, la exención de la acreditación de las solvencias no alcanza a los demás requisitos de aptitud (personalidad, representación, no prohibición de contratar...) que sí constan en el Registro; y, por otro, en virtud de que en todo lo no previsto expresamente para el procedimiento abierto simplificado abreviado resultan de aplicación las disposiciones del abierto simplificado que imponen, como se dijo, tal inscripción obligatoria.

A mi juicio, la propia naturaleza y razón de ser del procedimiento abierto simplificado abreviado deben conducir a la no obligatoriedad de la inscripción por cuanto esta modalidad procedimental nace para hacer innecesario acudir sistemáticamente al contrato menor que no requiere de tal requisito. El establecimiento de este nuevo procedimiento tiene como objetivos declarados facilitar la contratación en el ámbito local y ayudar a las PYME y micro empresas a ser adjudicatarias "permitiendo una concurrencia dinámica y una rotación en los contratos que hoy se vehiculan mediante contrato menor" (enmienda núm. 125 citada). La exigencia de inscripción supondría una traba burocrática, especialmente para las PYME y micro empresas, que en contratos de tan escasa cuantía resultaría de difícil justificación. Además, la referida obligatoriedad no resultaría coherente con el hecho de que se exima a los licitadores de acreditar su solvencia. Por más que la inscripción en el ROLECSP sirva también



para acreditar otros extremos no excepcionados - personalidad, representación y declaración de no incursión en prohibición de contratar, compromiso de constitución de UTE...-, su función principal consiste en servir de mecanismo para acreditar la solvencia²⁴¹.

Con respecto a la exclusión de la garantía definitiva, se ha advertido que puede facilitar una menor calidad en la ejecución del contrato. Para evitarlo podría haberse optado por prever como facultativa su constitución en su modalidad de retención del precio, que no entorpecería una formalización igualmente ágil²⁴².

Finalmente, se admite que la formalización del contrato se efectúe mediante la firma de la aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

IV. ALGUNOS DATOS DE INTERÉS

Con objeto de conocer en qué medida se están utilizando los procedimientos abiertos simplificados, tanto el PAS como el PASA, desde la entrada en vigor de la LCSP el pasado 9 de marzo de 2018, se ha evacuado consulta electrónica con fecha 28 de enero de 2019 en la Plataforma de Contratos del Sector Público (PCSP). En la misma, de conformidad con el art. 347.2 LCSP, están obligatoriamente alojados todos los perfiles de contratante de las entidades del sector público a que se refiere el art. 3 LCSP, bien directamente o bien a través de la Plataforma que, en su caso, hayan creado las Comunidades autónomas y Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (art. 347.3), supuestos en los que tales

²⁴¹ Vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2019).

²⁴² Vid. GALLEGO CÓRCOLES (2018: 1105).



Plataformas autonómicas deben estar interconectadas con la PCSP.

Dicha consulta ha arrojado más de treinta mil licitaciones tramitadas por alguno de los dos procedimientos abiertos simplificados, pues la PCSP, lamentablemente, no distingue entre el PAS y el PASA. Se observa un número no pequeño de supuestos (hasta 707 procedimientos) en los que la calificación del contrato parece errónea, pues la PCSP da resultados para la aplicación del procedimiento abierto simplificado en contratos que se califican de administrativos especiales (228), de privados (277), de "gestión de servicios públicos" -*sic*- (14), de concesión de servicios (42), de concesión de obras públicas (2), de concesión de obras (20), de colaboración público-privada (2), y patrimoniales (122), supuestos que en su mayoría son simples contratos de obras o contratos de servicios o concesiones demaniales (en varias de estas últimas el importe es cero euros).

Sea como fuere, aparecen 11.754 licitaciones para contratos de obras de importe igual o inferior a 2.000.000 €, tramitadas por alguno de los procedimientos abiertos simplificados. De ellas, 5.353 tienen un importe que las hace susceptibles de tramitación por PASA. Debe destacarse, además, que 1.252 de tales contratos de obras no superan el umbral del contrato menor, lo que pone de relieve que no son pocos los supuestos en los que, pudiendo haber utilizado esta última figura, se ha optado por el PASA y, por ende, por la transparencia y concurrencia, frente al siempre más opaco contrato menor. Por lo que se refiere a los contratos de suministro, aparecen 7.565 licitaciones tramitadas mediante PAS, de las que 4.583 lo fueron por PASA. En este caso, son 1.078 las licitaciones que no superan los umbrales del contrato



menor. Finalmente, los contratos de servicios tramitados por PAS hacen un total de 10.420, de ellos 6.798 por PASA, hallándose por debajo del umbral del contrato menor 2.491.

En suma, el PASA se ha utilizado en al menos 16.734 licitaciones (entre contratos de obras, servicios y suministros), de los cuales pudieron haberse tramitado como contrato menor en atención a su importe un total de 4.821. El hecho de que en el plazo de menos de un año, haya habido casi cinco mil los contratos cuyo valor estimado está en el rango que habilita el contrato menor (rango que, además, la LCSP ha rebajado respecto de la legislación anterior) y no obstante ello se han licitado mediante PASA, permite mostrar cierto optimismo en un cambio de rumbo en el que la transparencia se va abriendo paso.

V. CONCLUSIONES

De cuanto se ha expuesto cabe concluir que, por lo que al PAS se refiere no se ha conseguido diseñar un procedimiento suficientemente ágil. Con todo, en la medida en que se cumpla la obligación de llevar a cabo una contratación verdadera y completamente electrónica, será posible sacarle el mayor rendimiento a un diseño ciertamente defectuoso pero que al menos en la fase de adjudicación permitirá una mayor simplificación y agilidad de tramitación. En cambio, el PASA, sin estar exento de defectos, sí parece un procedimiento ágil, verdaderamente simplificado e innovador, un procedimiento capaz de lograr, en conjunción con las técnicas de contratación electrónica, los objetivos que están en su origen y lo justifican: transparencia, integridad, apertura del mercado de las

compras públicas a las PYME, mejora en la eficiencia de la contratación.

VI. RECOMENDACIONES

Aunque el denostado contrato menor puede ser también sustituido por otros mecanismos o sistemas de contratación, se recomienda explorar las potencialidades del procedimiento abierto simplificado abreviado que, no obstante, sus defectos, tramitado electrónicamente debe permitir la adjudicación del contrato en plazos que pueden llegar a ser muy breves sin menoscabo de la transparencia. Como ejemplo puede traerse a colación el contrato para la prestación del servicio de impartición del taller de yoga, en Céspedes (Hornachuelos, Córdoba), con un valor estimado de 1.056€, cuyo anuncio de licitación fue publicado el 18 de enero de 2019 y el de adjudicación el 4 de febrero siguiente (en total 17 días naturales).

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (2018): "Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y dialogo competitivo", José María Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 1073-1146.
- , (2017): "Contratación pública e innovación tecnológica", *Revista Española de Administración Pública* núm. 184, abril-junio, pp. 193-219.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2016), "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad",



- Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa (Dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 247-300.
- GÓMEZ BARRIONUEVO, ANA (2018): "Procedimientos de contratación y de gestión económica: Dos caminos paralelos que hay que transitar", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, pp. 169-205.
 - HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO (2018): "Procedimiento abierto y procedimiento abierto simplificado", Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1527-1567.
 - MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, RUBÉN (2019): "Transparencia, Innovación y Simplificación en la Ley 9/2017. La tramitación electrónica de procedimientos. En especial, la contratación menor y el procedimiento simplificado", Manuel Fernández Salmerón y Rubén Martínez Gutiérrez (Coords.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-46.
 - RUIZ DAIMIEL, MANUEL (2017): "Tres errores en el nuevo procedimiento abierto simplificado", en *Observatorio de Contratación Pública*, Opinión, 24 de abril.
 - VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018): "¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?", *Observatorio de Contratación Pública*, Opinión, 1 de octubre.



LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

Jose Ignacio Herce Maza

Investigador Asociado de Ius Publicum Innovatio
(Spin-Off de la Universidad de La Coruña)
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad
de La Coruña

RESUMEN: En este siglo ha cambiado el paradigma de la contratación pública en la medida en que se ha convertido en un instrumento para promover políticas de interés general. En este marco tiene una gran importancia la compra pública de innovación para salvar el vacío entre procesos y tecnología de vanguardia y los clientes del sector público, generándose beneficios para la sociedad en su conjunto. Especial mención merece el procedimiento de asociación para la innovación, el paradigma de la compra de innovación en el sector público.

ABSTRACT: In this century the paradigm of public procurement has changed to the extent that it has become an instrument to promote policies of general interest. In this context, the public procurement of innovation is of great importance to bridge the gap



between cutting-edge technology and processes and public sector customers, generating benefits for society. Special mention should be made of the innovation partnership the paradigm of the purchase of innovation in the public sector.

PALABRAS CLAVE: Contratación Pública; Innovación; Asociación para la Innovación; Buena Administración; Compra Pública de Innovación

KEYWORDS: Public Contracts; Innovation; Public Procurement of Innovation; The innovation partnership; Good Administration

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Compra pública de innovación: ¿hacia una nueva contratación pública? a. La visión estratégica de la contratación pública. b. La compra pública de innovación. c. La relación entre la compra pública de innovación y la buena administración. 3. La apuesta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre por la innovación: sus principales manifestaciones. 4. El papel de la asociación para la innovación para el fomento de la innovación en el sector público. a. Concepto y naturaleza jurídica. b. El procedimiento de asociación para la innovación como paradigma de la compra pública de innovación. 5. Conclusiones y recomendaciones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública en este siglo ha cambiado radicalmente en la medida en que ha superado su concepción tradicional para entenderse como un mecanismo promotor de políticas públicas y de interés general. Se ha convertido en mucho más que un mero

instrumento justificado en la provisión a la Administración de bienes, obras o servicios.

Se ha transformado en una herramienta para alcanzar el servicio objetivo de interés general mediante la promoción de cuestiones sociales, medioambientales y de innovación gracias a la cual puede lograrse una economía más innovadora, sostenible e inclusiva.

En este marco desempeña un papel muy importante la innovación, no olvidemos, que como señalaba Thoureau, el mundo recibe un flujo incesante de innovaciones, que ha de encauzarse siempre mediante el servicio al interés de todos, de la sociedad.

El fomento de la innovación genera beneficios a todos los actores del proceso y lo más importante, directa e indirectamente a la sociedad en su conjunto. Mejoran los servicios públicos, se crean puestos de trabajo, se fomenta el desarrollo de cuestiones sociales y ambientales y se gestiona mejor el presupuesto público.

En ese sentido, el procedimiento de asociación para la innovación es especialmente interesante y puede considerarse su principal paradigma. Se encuentra previsto en la normativa de contratos para proveer a la administración de bienes, obras o servicios que necesita pero que no se encuentran disponibles en el mercado y que pueden conseguirse mediante un proceso de investigación y desarrollo.

En este trabajo se abordará la compra pública de innovación, las principales manifestaciones de ésta en la LCSP y finalmente, se hará referencia al procedimiento de asociación para la innovación.



2. COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN: ¿HACIA UNA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

a. La visión estratégica de la contratación pública.

La perspectiva con la que se observa y aplica la contratación pública ha cambiado sustancialmente desde hace unos años, habiéndose abandonado la concepción tradicional que se tenía sobre ella. Si al principio se entendía desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva²⁴³, ha pasado a comprenderse desde una visión estratégica²⁴⁴. Ello quiere decir se ha convertido en un instrumento enfocado al logro de objetivos de interés común y desarrollo de políticas públicas²⁴⁵. Teniendo en cuenta la cantidad de recursos que moviliza la compra pública ha de enfocarse no sólo a la búsqueda de una mayor eficiencia presupuestaria sino también a su empleo como herramienta enfocada a lograr una economía más

²⁴³ GIMENO FELIU, J.M., "La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación". *Ius Publicum Network Review*, (España: 2018), p. 6. Disponible en: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf (Recuperado el 1 de octubre de 2018)

²⁴⁴ La contratación pública estratégica ha sido objeto de análisis en obras como la siguiente: PERNAS GARCÍA, J.J., "Contratación Pública Estratégica", (España: Aranzadi: 2013).

²⁴⁵ VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, "Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público", *Revista Jurídica de Castilla y León* (España: Castilla y León: 2018), p. 54.



innovadora, sostenible e inclusiva²⁴⁶. Se empieza a visualizar la contratación pública como una técnica que permite lograr objetivos sociales, ambientales o de investigación.

Se ha impuesto una *visión estratégica de la contratación pública, alejada de la arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales*²⁴⁷ mediante la cual puedan fortalecerse los principios fundamentales del modelo europeo y garantizar su sostenibilidad. A través de la contratación pública los poderes públicos en definitiva realizan una labor de intervención económica, social y política²⁴⁸.

Pero esta nueva forma de entender y aplicar la contratación pública no quiere decir que haya de realizar una ruptura con las instituciones tradicionales del Derecho administrativo, más bien requiere de nuevos planteamientos²⁴⁹. Las compras públicas del siglo XXI deben cumplir con los principios de buen

²⁴⁶ VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, "Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público", óp. cit., p. 54.; GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública", *Documentación Administrativa Nueva Época* (España: 2017), p. 92-114.

²⁴⁷ GIMENO FELIU, J.M., "Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites" *Anuario del Gobierno Local* (España: 2017), p. 242 y 243.

²⁴⁸ *Ibidem*. p. 243.

²⁴⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Derecho Global – Global Law Press: 2017), p. 25



gobierno como política pública y con los postulados de la buena administración en un sentido amplio en su ejecución siempre en búsqueda del servicio objetivo al interés de la comunidad.

Entender de esta forma la contratación pública implica emplearla para orientar y afianzar comportamientos empresariales que sean beneficiosos para el interés general sin que estén conectados de manera directa con la satisfacción funcional del contrato²⁵⁰ de tal manera que se impulsen mejoras medioambientales, sociales y de innovación.

Esta mirada estratégica se pone de manifiesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, **Directiva 2014/24/UE**) y se ha trasladado en la 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 (en adelante, **LCSP**).

La citada Directiva en su Considerando nº 2 ya determina que la compra pública desempeña un papel esencial en la Estrategia Europa 2020 para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador mediante un uso eficiente de los fondos públicos. Otras declaraciones similares en las que se hace referencia a la contratación estratégica se encuentran en los

²⁵⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública", óp. cit., p. 92-114.



Considerandos nº 47 o 123 y en arts. como los 67.2 o 70 de la Directiva.

La LCSP también en su exposición de motivos hace referencia a la Estrategia Europa 2020 y efectúa una declaración muy importante en su art. 1.3 en tanto en cuanto hace referencia a la incorporación de criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Además, pretende facilitar el acceso a la contratación de las pequeñas y medianas empresas y a entidades de economía social. Otras referencias podemos encontrarlas en los arts. 28, 35.1, 145.2 o 202 LCSP en la medida en que todos ellos reflejan de una manera más o menos directa la visión estratégica prevista en las Directivas comunitarias.

Bien ha manifestado Rodríguez-Arana que *las políticas públicas de contratación pública se nos presentan como fenomenales instrumentos a través de los cuales, con pleno respeto por supuesto a la juridicidad, es posible contribuir de manera directa y tangible a un mayor compromiso social*²⁵¹. Esta línea es la que deberá emplearse para articular los procesos de compra pública siempre bajo el paraguas del buen gobierno y la buena administración.

b. La compra pública de innovación.

Habiendo hecho referencia a cómo ha cambiado la manera de comprender la contratación pública, el protagonismo de la innovación se enmarca en su visión

²⁵¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La contratación del sector público como política pública", en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), Contratación pública estratégica (Navarra: Aranzadi: 2013), p. 40.



estratégica en la medida en que pretende fomentarla desde la demanda del sector público. Será dicho sector el que defina, concrete y determine la innovación que quiere que le provea el sector privado²⁵².

Una de las finalidades de la Compra Pública de Innovación es salvar el vacío existente entre procesos y tecnología de vanguardia y los clientes o usuarios del sector público que puedan ser beneficiarios de dichos bienes, obras y servicios innovadores²⁵³.

Esta nueva dinámica genera numerosos beneficios a todos los intervinientes (autoridad contratante y proveedores) y a la sociedad en su conjunto. La autoridad contratante a través de este sistema puede ahorrar costos a corto, medio o largo plazo; desarrollar conocimientos, capacidades y técnicas que pueden emplearse otros proyectos y contribuir a objetivos sociales o ambientales. Los proveedores podrán acceder a buenos clientes del sector público, encontrarse con la oportunidad de aplicar investigación y comercializar ideas (precisamente en este último punto la asociación para la innovación puede ejercer un papel más que relevante). Por último, la sociedad, en la medida en que es la verdadera destinataria de las políticas de compra pública de innovación se beneficiará

²⁵² VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)", *Contratación Administrativa Práctica*, (Wolters Kluwer: 2018). p. 1.

²⁵³ PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, p. 6, disponible en <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]

con mejores servicios e infraestructuras, creación de empleo y un uso más racional de los presupuestos públicos, entre otras muchas sinergias positivas²⁵⁴.

Con la compra pública de innovación pueden proporcionarse nuevas soluciones y respuestas a problemas, desafíos y necesidades del siglo XXI ayudando a un desarrollo sostenible e inteligente que formula una apuesta por la mejora de la sociedad a largo plazo. Precisamente por ello es positivo que descendan las ideas innovadoras a la realidad práctica y afronten los nuevos retos de este siglo siempre desde el punto de vista de servicio al interés común y a la persona.

A continuación se dedicarán unas breves líneas a relacionar la compra pública estratégica y de innovación con la buena administración, derecho fundamental reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 41).

c. La relación entre la compra pública de innovación y la buena administración.

La buena administración en la compra pública no es un bloque compacto, sino que integra varios principios que se incluyen en el genérico de la buena administración²⁵⁵ entre ellos, los generados por el Derecho y jurisprudencia comunitarios. Principios como

²⁵⁴ PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM. Óp. cit. p. 14.

²⁵⁵ MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017*, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]



los de transparencia, proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad se encuentran previstos en la Directiva 24/2014/UE. Por ello la buena administración incluye los principios básicos de la contratación pública que tienen entidad propia, consideraciones éticas y todos los corolarios²⁵⁶ que derivan del derecho fundamental reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Además, ellos han sido refrendados y desarrollados por la doctrina del TJUE²⁵⁷.

Sobre el papel de este derecho fundamental cabe efectuar tres consideraciones importantes para la contratación pública. En un primer lugar este principio es una garantía de seguridad jurídica y estabilidad en la aplicación normativa ante una materia afectada por la legislación motorizada²⁵⁸. En un segundo lugar, actúa como soporte y guía de actuación en las fases que pudieran considerarse como críticas (de compleja interpretación, con grandes potestades discrecionales) y finalmente orienta a los poderes públicos al servicio objetivo del interés general en ejecución de las políticas públicas.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J. "La buena administración como principio y derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias sociales* (2013).

²⁵⁷ MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" *Revista Derecho & Sociedad* (2015), p. 45.

²⁵⁸ Para más información, VV. AA *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. (Madrid: CEU Ediciones: 2010) y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, (Madrid: Civitas : 1999).

La complejidad y las dificultades inherentes en esta materia hacen que sea esencial la existencia de unos principios básicos que orienten al aplicador del Derecho en la disciplina. Su papel es especialmente relevante ante grandes potestades discrecionales como garantía contra la arbitrariedad y, desde luego, ejerce un papel fundamentalísimo en el procedimiento de asociación para la innovación en la medida en que es un procedimiento novedoso, técnicamente complejo y en el que se encuentran numerosas potestades discrecionales en sus distintas fases. Por tanto, se yergue como una garantía de estabilidad y de interdicción de arbitrariedad.

3. LA APUESTA DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE POR LA INNOVACIÓN: SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES.

La LCSP, en línea con la normativa comunitaria, efectúa una apuesta por la innovación en la compra pública. Entre ellas, la regulación del procedimiento de asociación para la innovación, que puede ser considerado como el paradigma de la compra pública de innovación.

Precisamente la Exposición de Motivos de este cuerpo normativo indica que uno de los objetivos que la inspiran es la consecución de una mayor calidad-precio y el fomento de la innovación. En aras de lograrla consagra la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad mediante la inclusión de aspectos innovadores vinculados al contrato.



Esta norma, que cumple un año de su entrada en vigor, ha recogido las dos modalidades de Compra Pública de Innovación y un nuevo procedimiento en nuestro Ordenamiento sin perjuicio de su regulación comunitaria. Me refiero a la compra pública precomercial (art. 8 LCSP), la compra pública de tecnología innovadora y la asociación para la innovación (art. 177 y ss. LCSP).

Mediante un uso adecuado de los tipos de contrato y procedimientos de licitación pueden iniciarse procesos de compra enfocados para la adquisición de innovación, para lo que se precisa establecer particularidades en los pliegos del contrato. Aunque hay contratos de Compra Pública de Tecnología Innovadora que se han realizado a través del procedimiento abierto, los más adecuados son los que tienen previsto fases de negociación²⁵⁹ (licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación)

Como en todo procedimiento de contratación debe estar presente la visión estratégica (art. 1.3 LCSP) es importante detenerse un momento para visualizar algunas de las previsiones de la ley que están destinadas a fomentar la compra de innovación.

Las principales manifestaciones podemos encontrarlas en la determinación de la necesidad, idoneidad y objeto del contrato (arts. 15.1, 28, 99.1 LCSP). En la necesidad del contrato y en la definición de su objeto se valorarán las consideraciones de innovación.

²⁵⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 7.

Asimismo, también es fundamental el establecimiento del deber acreditación de la solvencia técnica y profesional en los procesos de compra de innovación, como la experiencia previa (arts. 86 y ss. LCSP). Se admiten también los precios provisionales si se pone de manifiesto que el contrato puede ejecutarse antes de que pueda determinarse el precio por razón de la complejidad o necesidad de empleo de técnicas nuevas (art. 102.7 LCSP).

Otro elemento importante lo constituyen las especificaciones funcionales, que son muy relevantes en la elaboración de los pliegos en las que se definen las características mínimas exigibles al producto o servicio sin imponer forma, metodología o tecnología concretas (art. 126.5 LCSP). También son adecuadas las etiquetas en tanto en cuanto sus referencias no restrinjan la innovación (art. 127 LCSP).

Un papel considerable lo desempeña la admisibilidad de variantes (art. 142 LCSP), que permite fomentar la innovación cuando vayan a adoptarse varios criterios de adjudicación en la medida en que facilita a los particulares plantear sugerencias o alternativas al objeto del contrato manteniendo su esencia.

Fundamentales son los criterios de adjudicación (art. 145 LCSP), ya que son la vía más relevante para introducir exigencias de innovación. Los criterios han de establecerse sin perder de vista el tipo de innovación que se quiere alcanzar y puede establecerse cualquiera siempre y cuando esté vinculado al objeto del contrato²⁶⁰. Deberán apreciarse tanto los criterios cualitativos como los cuantitativos.

²⁶⁰ Señala Gallego Córcoles que este criterio se ha suavizado. Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas



Merece la pena prestar atención al establecimiento de mejoras (art. 145.7 LCSP) que facultan el poder canalizar la actividad innovadora de los licitadores en tanto en cuanto son prestaciones adicionales que deberán estar suficientemente especificadas en los pliegos.

Otros mecanismos interesantes relacionados con la innovación son la solicitud de información al licitador en lo que se refiere a la innovación y originalidad de las soluciones propuestas en las ofertas anormalmente bajas, en las condiciones especiales de ejecución, subcontratación, modificación de acuerdos marco (art. 222 LCSP) o el establecimiento de mesas especiales (art. 327 LCSP)

Todas estas referencias merecen un espacio en este trabajo porque establecen una serie de consideraciones y previsiones normativas que o bien se encaminan a promover la innovación o bien están dirigidas a encauzar la realidad de los procesos innovadores en la contratación pública. El conocer estas figuras es esencial para canalizar la compra de innovación en la contratación pública y, sobre todo, para poder estructurar adecuadamente el proceso de asociación para la innovación mediante, entre otras cosas, la adecuada configuración de sus pliegos conforme a los parámetros de la buena administración, fase fundamental que matizará todo el proceso de compra de innovación a través de la precitada asociación.

sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública", óp. cit., p. 99.

4. EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA INNOVACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO.

a) Concepto y naturaleza jurídica.

Las respuestas que imponen los desafíos de este siglo son tan exigentes *desde el punto de vista tecnológico que o bien no existen aún soluciones comercialmente estables en el mercado, o bien las soluciones existentes presentan deficiencias que exigen más I+D.*²⁶¹ Esta causa es la que justifica nuevas formas de contratar en la Administración en la medida en que hay que adaptar la regulación de este tipo de contratación a las problemáticas del siglo XXI. Precisamente por ello se justifica la creación, a través de la Directiva 2014/24/UE, de una nueva modalidad contractual que permita al poder adjudicador satisfacer sus necesidades relativas a la obtención de productos, servicios u obras que no puedan encontrarse en el mercado. Es este procedimiento por lo tanto el modelo ideal de compra pública de innovación.

En la asociación para la innovación, ya regulada expresamente en la LCSP, el poder adjudicador y los licitadores trabajan conjuntamente para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras para lograr satisfacer necesidades que no puede cubrirse con la oferta prevista en el mercado. En este procedimiento el poder adjudicador coordina un proceso de contratación enfocado a satisfacer una

²⁶¹ TARDÍO PATO, J.A. "La asociación para la innovación": contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, (España : Civitas: 2016). [Rescatado de Westlaw]



necesidad concreta que revertirá en una mayor eficiencia y sostenibilidad, solventando la rigidez del sistema normativo a la hora de seleccionar adjudicatario del contrato²⁶².

Las significaciones sobre su naturaleza jurídica no son unánimes. En cualquier caso, por su dinámica, no puede entenderse como un procedimiento ordinario ni uno extraordinario. Es más bien un procedimiento especial, cualificado por algunos trámites que tienen lugar durante la ejecución del contrato más que en su fase negociadora²⁶³. La asociación para la innovación, en definitiva, es un procedimiento nuevo, *ad hoc*, autónomo o específico que aunque en algunas ocasiones recuerda a las reglas del procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo, tiene una funcionalidad propia²⁶⁴.

b) El procedimiento de asociación para la innovación como paradigma de la compra pública de innovación.

Este procedimiento se articula mediante la división de dos estadios que lo caracterizan. El primero centrado en la investigación y desarrollo y otro de ejecución de obras, servicios o suministros innovadores. En el

²⁶² VV.AA. "Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", (España: Wolters Kluwer: 2016), p. 65.

²⁶³ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit.

²⁶⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 48.



primero, se regirá el contrato por las normas establecidas reglamentariamente, las previstas en los pliegos y las normas del contrato de servicios de forma supletoria. En el segundo, le serán de aplicación las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate (art. 117.3 LCSP).

Una vez definidos los citados estadios, también cabe dividirse en cinco momentos diferenciados: a) la fase preparatoria del contrato, b) la convocatoria y selección de los candidatos, c) la negociación con los licitadores, d) la creación de la asociación y d) la adquisición, si procede, del resultado del proceso de investigación.

En la fase preparatoria es muy conveniente realizar las conocidas como consultas preliminares al mercado (art. 115 LCSP) en la medida en que gracias a ellas el órgano de contratación puede obtener apoyo en la planificación del proceso de licitación para conocer si hay o no disponibilidad del producto en el mercado, la determinación del objeto o sus especificaciones técnicas. Gracias a esa información podrá motivarse adecuadamente el inicio del expediente y justificar la elección de la asociación para la innovación.

En esta misma fase la adecuada conformación de los pliegos bajo el principio de buena administración se configura como algo esencial. No es cuestión baladí la regulación de las obligaciones en la Ley del Contrato²⁶⁵

²⁶⁵ Así lo han señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3º, Sección 4º), de 27 de mayo de 2009. RJ 2009/4517 o la STS (Sala 3º, Sección 7º), de 17 de octubre de 2000. RJ 2000/8917, entre otras muchas. También encontramos dicha afirmación en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como en la RTACRC 219/2016, de 1 de abril.



puesto que en estos casos la elaboración de los pliegos es realmente compleja en la medida en que el órgano de contratación es ajeno al devenir de lo que suceda en las fases de investigación y desarrollo²⁶⁶. Una adecuada aplicación posterior de los pliegos es también fundamental en aras de evitar interpretaciones arbitrarias que puedan generar desequilibrios y afectaciones injustas al contratista, sobre todo, encontrándonos ante un proceso muy competitivo. Estos pliegos deberán recoger la información mínima determinada en el art. 177.1 LCSP y precisar entre otras, la estructura que se quiere establecer, la duración, número máximo de participantes, número de etapas de investigación y los objetivos de cada fase.

Con posterioridad deberá publicarse el anuncio de licitación, que deberá contener información suficiente que permita a los operadores económicos tener un juicio solvente que facilite la toma de posición sobre el interés en participar y, por lo tanto, presentar la solicitud de participación. Cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación tras la convocatoria del anuncio.

A partir de la finalización del plazo para presentar las solicitudes, el órgano de contratación evaluará la aptitud para contratar de los solicitantes y seleccionará que candidatos podrán formar parte del proceso de negociación. Para ello, será necesario aplicar criterios de carácter objetivo relativos a la capacidad de los candidatos en investigación y desarrollo así como en la aplicación de soluciones innovadoras (art. 178.3). Se constituirá una Mesa especial para asistir al órgano de

²⁶⁶ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit.



contratación dada la necesidad de apoyo técnico en estos procesos (art. 327 LCSP).

En la siguiente fase se presentan los proyectos de investigación y se desarrollan las negociaciones. Los candidatos deberán presentar sus proyectos de investigación que estarán destinados a satisfacer las necesidades señaladas por el órgano de contratación (art. 178.3 y 179.1 LCSP). Esta fase es muy similar a la presentación de ofertas tradicional.

En ésta los licitadores presentan un proyecto inicial que será sometido a negociación de conformidad con lo previsto en los pliegos y en el que se pretende responder a las necesidades que no pueden ser satisfechas en el mercado y que requiere la Administración.

Cabe destacar cómo esta fase es muy compleja para los participantes, que se encuentran ante un objeto no determinado y, por tanto, ante un proyecto que es muy difícil de realizar y concretar. Las ofertas iniciales son las primeras ideas de satisfacción de la necesidad²⁶⁷. El órgano de contratación negociará tanto las ofertas iniciales como las ulteriores a excepción de la definitiva (art. 179.3) y no podrán ser objeto de negociación ni los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. Podrán ir presentando los licitadores ofertas sucesivas para mejorar su contenido hasta la oferta final, que será la evaluada por el órgano de contratación. En su desarrollo se irán excluyendo del proceso proyectos de investigación mediante la aplicación de las determinaciones y requisitos previstos en los pliegos.

²⁶⁷ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit., p. 903.



Es conveniente advertir que todas estas valoraciones llevan aparejada, en definitiva, una importante discrecionalidad que no ha de desembocar en arbitrariedad, precisamente por ello es importante acudir a la buena administración como principio de actuación administrativa y derecho fundamental que oriente, en definitiva, al aplicador del Derecho.

En el desarrollo de esta fase se irán excluyendo proyectos de investigación por lo que será importante preservar la igualdad de trato y la confidencialidad (art. 179.5 y 179.6 LCSP).

Una vez presentados los proyectos definitivos el órgano de contratación los evaluará todos. Podrá realizarse la adjudicación a varios operadores según la Directiva 2014/24/UE, y en este caso tiene lugar la verdadera asociación para la innovación.

Será necesario para llevar a cabo la adjudicación atender a la mejor calidad-precio (art. 145.2 LCSP, art. 179.2 LCSP) y tomando en cuenta más de un criterio de adjudicación. Aquélla tendrá lugar empleando varios criterios con base en la mejor relación calidad-precio siendo conveniente un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 145.1 LCSP). La mejor calidad-precio se evaluará conforme a criterios económicos y cualitativos, puede comprobarse, en consecuencia, que se pretende dar más valor en términos relativos a los aspectos técnicos e innovadores más que al precio²⁶⁸. En esta fase volvemos a la temida discrecionalidad administrativa,

²⁶⁸ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. "La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público... óp. cit., p. 11.



que deberá ejercerse orientada al servicio del interés general y que llegó a ser calificada como el caballo de Troya del Derecho administrativo²⁶⁹. Por ello la resolución deberá estar adecuadamente motivada.

En la adjudicación se concretan y fijan los términos definitivos del contrato (art. 148.3 LCSP) y una vez realizada la adjudicación comenzará la asociación para la innovación. En la fase de investigación se ayuda al comprador público a filtrar los riesgos de la I+D asociados a posibles soluciones alternativas antes de comprometerse a contratar producciones comerciales a gran escala²⁷⁰.

La fase de investigación se desarrolla en varias fases sucesivas coherentes con la realidad del proceso de investigación. El órgano de contratación determinará una serie de objetivos intermedios y proveerá el pago de una retribución en plazos adecuados (art. 180.1 LCSP). En esta fase cada miembro desarrollará de manera particular y paralela las labores de investigación.

El órgano de contratación tiene la facultad de reducir el número de participantes a través de la reducción de los contratos individuales en el caso de que haya varios participantes. Dicha resolución no dará lugar a indemnización sin perjuicio de la retribución por los trabajos realizados que se haya determinado en los pliegos.

²⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, Tecnos, Madrid (España), 1995, P. 21.

²⁷⁰ VV.AA. *Contratación del Sector Público Local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, óp. cit.



En esta fase es fundamental la labor de seguimiento de las actividades de investigación (art. 182 LCSP). La confidencialidad del proceso, que ha de realizarse de manera coherente a la realidad investigativa y en cumplimiento de lo previsto en los pliegos, debe respetarse.

Una vez terminada la fase de investigación la siguiente fase es la compra del resultado de la investigación siempre que se hayan obtenido los niveles de rendimiento esperados y costos acordados con carácter previo. El órgano de contratación deberá resolver lo que proceda en relación con la adquisición de obras, servicios o suministros resultantes del proceso de innovación de conformidad con lo previsto en los pliegos.

Hay que tener en cuenta que no toda asociación para la innovación desembocará en la adquisición de los resultados de la investigación. La posible adquisición del resultado es una importante ventaja ante la compra pública precomercial, ya que facilita la adquisición en el seno del procedimiento, pero no obliga a ello.

La originalidad de este proceso permite considerarlo como el paradigma de la compra pública de innovación en tanto en cuanto incluye una fase de investigación en sí misma articulada con las directrices previstas por el órgano de contratación que ha de aproximarse a la realidad²⁷¹. En ella los participantes buscan alcanzar soluciones a las necesidades de la Administración que no se pueden satisfacer en el mercado a través de la

²⁷¹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. "La buena administración como principio y derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias sociales* (2013).

realización de investigaciones en régimen de concurrencia competitiva.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Como ha podido desarrollarse en este trabajo, a un año de la entrada en vigor de la LCSP, la compra pública de innovación se ha revelado un instrumento no importante, sino esencial, para lograr los objetivos económicos, sociales, medioambientales y de innovación de la Unión Europea. Cuestión de valentía es iniciar y emprender procesos de compra de innovación en la medida en que están dotados de cierto nivel de incertidumbre.

Por ello es un sistema interesante para proveer políticas públicas de interés común en tanto en cuanto genera una serie de efectos positivos nada cuestionables. El servicio al interés general se fortalece si estas políticas públicas se ejecutan dentro del espectro que proporciona el buen gobierno y se ejecutan conforme a los valores y principios de la buena administración.

Un papel importante puede ejercerlo el procedimiento de asociación para la innovación, aunque la Administración todavía no se atreva todavía a otorgarle el protagonismo que se merece quizás por las incertidumbres generadas en su aplicación y su complejidad en su ejecución al ser un proceso novedoso y de fondo, técnicamente complejo. Además, está imbuido de fases en las que las valoraciones y juicios técnicos son abundantes con lo que el riesgo de que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad está siempre presente. Por este motivo es fundamental que este procedimiento se configure y se tramite siempre conforme a los principios de la buena administración en



un sentido amplio y con la perspectiva permanente de servicio objetivo al interés general.

6. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, (Madrid : Civitas : 1999).
- GALLEGO CÓRCOLES, I. "La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública", *Documentación Administrativa Nueva Época* (España: 2017)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, V. 1, Tecnos, Madrid (España),
- GIMENO FELIU, J.M., "La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación". *Ius Publicum Network Review*, (España: 2018), p. 6. Disponible en: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/05_03_2018_15_54-La-contratacin-pblica-como-estrategia_Ius_Publicum_I_2018.pdf (Recuperado el 1 de octubre de 2018)
- GIMENO FELIU, J.M., "Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites" *Anuario del Gobierno Local* (España : 2017)
- MORENO MOLINA, J. A., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina" *Revista Derecho & Sociedad* (2015),
- MEILÁN GIL, J. L. "El contrato público como unidad" *Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2017*, consultado en: https://foroida.org/wp-content/uploads/2017/06/Libro_FIDA_2017.pdf [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]
- PERNAS GARCÍA, J.J., *Contratación Pública Estratégica*, (España: Aranzadi: 2013).



- PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, p. 6, disponible en <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2018]
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, (Madrid: Derecho Global – Global Law Press: 2017)
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. “La buena administración como principio y derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias sociales* (2013).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La contratación del sector público como política pública”, en AA.VV. (Dir. J. José Pernas García), *Contratación pública estratégica* (Navarra: Aranzadi: 2013),
- TARDÍO PATO, J.A. “La asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia, *Revista española de Derecho Administrativo*, (España: Civitas: 2016). [Rescatado de Westlaw]
- VV. AA *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, (coord. RODRÍGUEZ-ARANA, J., GARCÍA MEXIA, P., HERNANDO MÁSDEU, J. (Madrid: CEU Ediciones: 2010)
- VV.AA. “Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, (España: Wolters Kluwer: 2016), p. 65.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación (1)”, *Contratación Administrativa Práctica*, (Wolters Kluwer: 2018).
- VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, “Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Castilla y León* (España: Castilla y León: 2018)

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO?

Antonio Villanueva Cuevas

Profesor titular acreditado de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: La aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 ha dado lugar a una gran literatura científica pero, quizá, uno de los aspectos sobre los que más se ha escrito ha sido sobre la contratación menor. La nueva ley pretende que aquella sea utilizada para lo que fue creada en su momento, satisfacer necesidades públicas extraordinarias y no recurrentes cuya cuantía fuera escasa, y para ello establece nuevos requisitos que, tras haber transcurrido ya unos meses desde su aprobación, han tenido como consecuencia la reducción de la utilización de la contratación menor.

PALABRAS CLAVE: contratos menores, publicidad, transparencia, libre competencia, necesidades públicas.

ABSTRACT: Much has been written about the new public sector procurement Law of 2017, and between it,



especilly on the minor procurement. One of the objectives of the new law is that the minor procurement be used to meet extraordinary and not reiterted needs, because that was the purpose for which the minor procurement was created. To do this, the new law establishes new requirements to use the minor procurement, whose consequence after several months of application of the new law has been the reduction of minor procurement.

KEYWORDS: minor procurement, advertising, transparency, open competition, public needs.

SUMARIO : 1. Introducción: la contratación menor en España. 2. El procedimiento de contratación menor en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. 3. Conclusiones: la posible reforma de la contratación menor en el Anteproyecto de Ley de Presupuestos. 4. Recomendaciones. 5. Bibliografía utilizada.

1. INTRODUCCIÓN: LA CONTRATACIÓN MENOR EN ESPAÑA

Uno de los objetivos de la reciente Ley de Contratos del Sector Público aprobada en 2017 (LCSP 2017), según lo establecido en su Preámbulo, es mejorar la transparencia en la contratación pública con la finalidad de luchar contra el fraude y la corrupción en este ámbito. Para paliar esas deficiencias se crea un procedimiento abierto simplificado, y dentro del mismo, en sus propias palabras, “una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público,



reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”.

Este procedimiento abierto sumario o supersimplificado, que se aplica a unas cuantías máximas de 80.000 o 35.000 euros, según nos encontremos en contratos de obras o de servicios y suministros, respectivamente, se fundamenta en la eliminación de ciertos trámites o su simplificación, la reducción de plazos y en la utilización de medios electrónicos para su tramitación, pone en cuestión la pervivencia de un modelo de contratación directa –la contratación menor-, más todavía si, como indica el Preámbulo de la LCSP 2017, un contrato tramitado por el procedimiento abierto simplificado puede estar adjudicado, quizá de una manera ciertamente optimista, en el plazo de un mes desde la publicación de la licitación, lo que conlleva que la tramitación supersimplificada, obligatoriamente, deba tener una duración todavía menor.

Como antes se ha hecho referencia, realmente, sería relegar la contratación menor a situaciones ciertamente extraordinarias. Para ello, la LCSP 2017 establece una nueva regulación de dicho procedimiento de contratación que, sin significar una ruptura radical con la normativa prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSF 2011), aprobado por el Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sí que incorpora algunas novedades que parecen encaminarse hacia aquella finalidad. De esta manera, y como más abajo veremos, se reducen las cuantías de los contratos que pueden ser objeto de contratación menor, así como se introducen unos trámites nuevos que pretenden luchar contra la falta de transparencia, la limitada –cuando no nula- concurrencia y, en definitiva, la idea de corrupción que sobrevuela sobre este procedimiento de contratación.



La nueva regulación pretende, como se ha indicado, volver a la idea con la que nació el contrato menor: dar respuesta a necesidades urgentes cuyo monto económico supone un escaso impacto en las arcas públicas. Así se podía apreciar en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en la cual se regulaban los contratos menores en términos semejantes a los actuales, es decir, atendiendo básicamente a su cuantía, y donde los mismos se calificaban como un mecanismo de simplificación de la contratación, aunque, ciertamente, ya había antecedentes en nuestra legislación de lo que actualmente llamamos contratación menor²⁷², tal y como ha resaltado la doctrina científica²⁷³. A partir de la

²⁷² El Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobada el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, hacía alusión al término “suministros menores” en su art. 86. El posterior Decreto 1005/1974, de 4 de abril, referido a los contratos de asistencia entre Administración del Estado y sus Organismos Autónomos con empresas consultoras o de servicios, aludía en su art. 3 a “contratos menores”, y, un año más tarde, el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprobaba el Reglamento General de Contratación del Estado, hacían mención en su art. 70 a “reparaciones menores”.

²⁷³ Para un análisis más detallado de los antecedentes legislativos en materia de contratación menor, se puede ver, entre otros: Carbonero Gallardo, J. M.: *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Tesis doctoral, Univ. de Granada, Departamento de Derecho Administrativo, 2010, pg. 31 y ss.; García Hernández, J.: “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, extraído de, www.elderecho.com, consultado el día 12 de enero de 2018; Grajal Caballero, I.: “Análisis de diversos aspectos de la



citada ley, los contratos menores van siendo recogidos por las sucesivas normas que regulan la contratación pública en nuestro país en términos sustancialmente parecidos, con variaciones casi exclusivamente referidas a la cuantía, elevando los umbrales de la misma²⁷⁴, hasta llegar al anteriormente vigente TRLCSP

figura del contrato menor en la Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 20, 2009, pg. 2955 y ss.; Martínez Fernández, J.M.: "El cerco a los contratos menores", *Revista de Estudios Locales CUNAL*, nº 194, 2016, pgs. 340-354; Velázquez Navarrete, P., "La excepcionalidad de la contratación menor", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 93, sept.-dic. 2015, pg. 389 y ss.; Yañez Sánchez, G.: "Los contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público", extraído de <http://administracionpublica.com/>, el 12 de enero de 2019.

²⁷⁴ Al respecto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 limitaba las cuantías de los contratos menores a 5 millones de pesetas, en el caso de contratos de obras (art. 121), y 2 millones de pesetas, cuando se refirieran a contratos de suministros –art. 177- o de consultoría y asistencia, de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales que celebrara la Administración (art. 202). Similar alusión se recogió en el posterior Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y donde simplemente se transformaban las cuantías de pesetas a euros y se eliminaba la referencia a los contratos de "trabajos específicos y concretos no habituales que celebrara la Administración" (arts. 121, 176 y 201, respectivamente). La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ya elevaba las cuantías de la contratación menor, en el caso de contratos de obras, a 50.000 euros, y para otros contratos, a 18.000 euros, según su art. 122, cuantías que se van a mantener en el anteriormente vigente TRLCSP de 2011, tal y como se recoge en su art. 138.3.



de 2011, cuyo art. 138.3 los definía como aquellos contratos “de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos,...”.

Sin embargo, a la par que esta evolución legislativa de la regulación de la contratación menor, también se va produciendo una desvirtuación de la misma, hasta el punto que, de nacer para hacer frente a necesidades urgentes de las Administraciones Públicas, son utilizados de manera fraudulenta, con un claro abuso de los mismos²⁷⁵, tanto para responder a necesidades recurrentes que podían ser satisfechas por otros procedimientos de contratación, como para eludir el cumplimiento de las normas de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación en la contratación pública recogidas en la normativa europea y española tras haber procedido a una fragmentación ilegal del objeto del contrato y, con ello, a una reducción de la cuantía del mismo y su conversión en varios contratos menores.

Esta situación ha sido puesta de manifiesto por la doctrina más autorizada, entre ellos, MORENO MOLINA, quien reiteradamente ha resaltado que la utilización fraudulenta de la contratación menor supone una de las infracciones más graves del Derecho Comunitario en esta materia, tal y como ya había manifestado el Tribunal Europeo de Justicia²⁷⁶, y si bien es cierto que

²⁷⁵ Al respecto, Martínez Fernández, J.M.: “El cerco a los contratos menores”, op. cit., pg. 340.

²⁷⁶ Moreno Molina, J.A: *Ley de Contratos del Sector Público*, ed. La Ley, Madrid, 2007, pgs. 8 y 9; del mismo autor, “La insuficiente incorporación del Derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector



la normativa comunitaria no regula esta forma de contratación, también lo es que la Unión Europea ha resaltado que, a los contratos que no alcanzan los umbrales previstos en la normativa comunitaria, le son de aplicación los principios que vertebran la legislación de la misma en esta materia, entre otros, los de no discriminación, igualdad de trato y transparencia²⁷⁷.

La aprobación de la nueva LCSP de 2017 supone, por tanto, una oportunidad para solucionar los problemas que la utilización abusiva de la contratación menor ha originado, lo que, en un principio, no pareció que preocupara mucho al legislador, ya que el texto del Anteproyecto de la misma no recogía más novedad al respecto que alguna medida para garantizar una mayor publicidad y transparencia, como la publicación trimestral de los contratos menores de cuantía superior a 5.000 euros, y que, en realidad, ni siquiera era una novedad pues dicha medida no era más que la recepción en el citado Anteproyecto de la previsión que al respecto ya se recogía en el art. 8.1, letra a, de la Ley 19/2013, de 9 de octubre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

La tramitación parlamentaria varió esta redacción original e introdujo en el texto definitivo de la LCSP de 2017 algunas novedades más que, a día de hoy, parecen haber reconducido a la contratación menor a la finalidad para la que, en su día, nació. Veamos a continuación cuáles esas novedades.

Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº extraordinario, X, 2008, pg. 73 y ss.

²⁷⁷ Al respecto, ver el análisis de Martínez Fernández, J.M.: "El cerco a los contratos menores", op. cit., pg. 344 y ss.



2. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017

Como hemos dicho antes, la redacción definitiva de la LCSP de 2017 en lo referido a la contratación menor supone la introducción de unas novedades respecto a la regulación que aquella venía a derogar que, si bien no suponen una ruptura respecto a la misma, sí que vienen a paliar las deficiencias que se acaban de relatar.

De esta manera, lo primero que es necesario decir es que la ordenación sistemática de la contratación menor en la nueva ley parece más adecuada que en el anterior TRLCSP de 2011, ya que su definición y características generales se recogen en el art. 118, dentro de los expedientes de contratación, y no en la regulación de los procedimientos de adjudicación, donde se incluía el art. 138 del citado Texto Refundido, y en el cual la definición de los contratos menores parecía algo accesorio a lo principal que era determinar cómo se adjudicaban los mismos. Ahora, lo primero que se hace es conceptualizar dichos contratos, y ya en los siguientes apartados, fijar los elementos primordiales de su tramitación. En todo caso, no se puede dejar de criticar que el contenido del art. 118 no agota la regulación de tales contratos en la LCSP de 2017, y a lo largo del articulado de la misma encontramos numerosos preceptos donde se contienen referencias a los mismos, comenzando por el art. 63.4, al que se remite el citado art. 118, y donde se establece la publicidad de aquellos²⁷⁸.

²⁷⁸ Como ejemplo, se puede citar el art. 131.3 -donde se regula específicamente la adjudicación de los mismos-, el art.

Al margen de lo anterior, el art. 118.1 de la LCSP de 2017 indica que los contratos menores son aquellos “de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministros o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”. Se produce, por tanto, una disminución de las cuantías máximas susceptibles de contratación menor, con lo que se da respuesta a una de las críticas realizadas a la misma por la doctrina, en concreto, los límites excesivos aplicables a esta forma de contratación, ya que, si bien en Administraciones Públicas de gran tamaño, como el Estado, Comunidades Autónomas o ciertas Entidades Locales, esas cantidades no suponen un porcentaje elevado dentro de su presupuesto, existen multitud de pequeños y medianos Ayuntamientos donde toda o casi toda su contratación

29.8 –referido a su duración y prórroga-, el art. 36.1 –que excepciona el régimen de perfección de los contratos para el caso de que éstos sean menores-, el art. 153.2 –relativo a la formalización de dichos contratos-, los arts. 154.5 y 63.4 –referidos a su publicación-, el art. 335.1, último párrafo –remisión de los contratos menores al Tribunal de Cuentas-, o el art. 346 –inscripción en el Registro de Contratos del Sector Público-²⁷⁸. Como se puede observar, siguen existiendo variados preceptos a lo largo del texto de la Ley referidos a la contratación menor pero, en nuestra opinión, es más correcto conceptual y desarrollar dicha forma de contratación en un artículo específico, incluido en la regulación general de los diferentes expedientes de contratación, con el concepto en primer lugar para posteriormente pasar a desarrollar su tramitación, que insertar dicho concepto junto a la adjudicación de los mismos, que es lo que ocurría en la normativa ahora derogada, como una cuestión secundaria o accidental, pues el objeto del art. 138.2 del TRLCSP realmente era su forma de adjudicación y no su definición.



es realizada a través de contratos menores, y el impacto en su presupuesto, con ello, es muy elevado²⁷⁹.

Junto a lo anterior, otra de las novedades que se pueden apreciar en el citado artículo se refiere al objeto del contrato menor, que el mismo ciñe a los contratos de obras y contratos de suministros y servicios, en una dicción más restrictiva que la recogida en el art. 138 del TRLCSP de 2011 que, junto al contrato de obras, aludía de forma genérica al "resto de contratos". Ello ha llevado a una parte de la doctrina a considerar que existe un límite en la nueva legislación respecto a qué contratos pueden ser objeto de tramitación menor, siempre cumpliendo con los límites cuantitativos impuestos por la misma²⁸⁰. Sin embargo, quizá la pregunta debería ser otra: ¿es posible utilizar la contratación menor para otros contratos no expresamente aludidos en el art. 118, en especial, para los contratos administrativos especiales y los contratos privados?

Ciertamente, la dicción del art. 118 es clara, pero también conviene recordar que, ante un supuesto semejante, ya existe un pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación, en cuyo Informe 33/2009,

²⁷⁹ Al respecto, ver Gimeno Feliú, J.M.: "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", Revista Aragonesa de Administración Pública, nº extraordinario, X, 2008, pg. 74; García Henández, J., op. cit., pg. 2; Candela Talavero, J.E., op. cit., pg. 87,

²⁸⁰ Ballina Díaz, D., en la ponencia "Las alternativas al contrato menor", presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.



de 1 de febrero²⁸¹, resuelve la duda planteada: en concreto, en dicho Informe se pretendía resolver la cuestión suscitada tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, la cual también aludía a contratos de obras y "otros contratos", en contraposición con la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se refería expresamente a los contratos administrativos o nominados, a los especiales e, incluso, a los privados. En el citado Informe, la Junta Consultiva consideró que, si las normas de la contratación menor se encuadraban sistemáticamente dentro de los procedimientos de adjudicación, y éstos se aplicaban no sólo a los contratos administrativos típicos, sino también a los especiales y, en ausencia de disposiciones propias, a los privados, era evidente que la contratación menor era aplicable tanto a los contratos administrativos típicos, como a los especiales y a los privados, si éstos no poseían normas especiales de aplicación²⁸². Y tal argumentación puede aplicarse a la situación generada por el art. 118 de la LCSP, dado que el art. 25.2 de la misma señala que los contratos administrativos especiales se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, primero, por sus normas específicas, y en defecto de las mismas, por las LCSP y su normativa de desarrollo, mientras que a los contratos privados les será de aplicación, en cuanto a preparación y adjudicación, en defecto de normativa propia, las secciones 1ª y 2ª del

²⁸¹ En el mismo sentido, se puede ver el Informe 19/2007, de 26 de marzo de 2007, que se remite para sus argumentaciones a los Informes de 2 de marzo de 1998 (expediente 47/98) y 18 de diciembre de 1996 (expediente 67/96).

²⁸² Junta Consultiva de Contratación, Informe 33/2009, de 1 de febrero, consideraciones jurídicas, punto 1.



Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la citada Ley. En otras palabras, atendiendo a lo anterior, el art. 118 se encuentra situado en la primera de las secciones indicadas, relativa a la preparación del contrato, y por tanto, aplicable, en defecto de normativa específica, tanto a los contratos administrativos especiales como a los privados²⁸³.

El resto de normas procedimentales referidas a los contratos menores en la LCSP de 2017 es muy similar a lo previsto en el derogado TRLCSP de 2011. De esta manera, y según el art. 131.3 de la citada ley, los mismos podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, de acuerdo con las normas previstas en el art. 118 de la misma. Igualmente, el plazo máximo de tales contratos no podrá exceder de un año, ni ser objeto de prórroga (art. 29.8), manteniéndose la prohibición de la revisión de precios (art. 103.1 y 29; en cuanto a su perfección, los mismos se acreditarán atendiendo a los documentos enumerados en el art. 118.

²⁸³ En todo caso, conviene indicar que el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 38/05, de 26 de octubre de 2005, llegó a una conclusión sustancialmente distinta al indicar que, al no existir una declaración expresa del legislador, no puede aplicarse la contratación menor a supuestos diferentes a los expresamente recogidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública de 2000, si bien hay que matizar que a dicha conclusión se llegaba tras estudiar unas cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos especiales que eran, en su mayor parte, incompatibles con el régimen jurídico de la contratación menor.



Sin embargo, en el art. 118 de la ley se recogen otras novedades más interesantes en relación a la contratación menor: primero, junto a la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, también se exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato²⁸⁴. Se prevé, por tanto, un informe justificativo, de carácter preceptivo, cuya función es motivar la actuación administrativa que se va a desarrollar, y que, lógicamente, debe ser previo, o al menos, simultáneo, a la aprobación del gasto, si bien la ley no lo dice expresamente.

En segundo lugar, el apartado 3º del citado precepto indica que “en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación”. Con ello se quiere responder al uso abusivo de la contratación menor mediante la fragmentación ilegal del contrato para evitar la aplicación de las normas generales relativas a publicidad y transparencia, y con ello, limitar o eliminar la igualdad y la libre competencia, disminuyendo a su vez las garantías y controles aplicables a los procedimientos ordinarios de contratación. De hecho, así lo establece la propia LCSP de 2017 en su art. 99.2, el cual indica que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de

²⁸⁴ En el contrato menor de obras, y tal y como se hacía en la legislación ahora derogada, debe “añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.



adjudicación”. Ciertamente, tal prohibición no es una novedad²⁸⁵, pero sí la obligación de justificar en el expediente que el fraccionamiento ilegal no se produce²⁸⁶.

Y en tercer lugar, el citado art. 118.3 señala que también debe justificarse que “el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, y destaca que será el órgano de contratación el encargado de controlar el cumplimiento de esta regla. De hecho, tal regla, que tiene como objetivo, por un lado, luchar contra la corrupción evitando la adjudicación de contratos menores a un único contratista, y por otro, potenciar la economía mediante un mejor reparto del dinero público, beneficiando especialmente a PYMES, ha sido posiblemente la que más problemas ha generado en la nueva regulación de los contratos menores, posiblemente, por la falta de concreción de la propia ley.

De esta manera, han sido varias las cuestiones surgidas²⁸⁷: primero, respecto al límite temporal, que

²⁸⁵ Así lo decía ya el art. 86.2 del derogado TRLCSP de 2011.

²⁸⁶ Sobre el fraccionamiento irregular del contrato, entre otros, Batet Jiménez, M^a. P.: “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>, consultado el 14 de enero de 2019.

²⁸⁷ Para un estudio más profundo, puede verse Orquín Serrano, J.J.: “Las alternativas al contrato menor”, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.

lógicamente se entiende que es de un año, por la propia duración de los contratos menores, pero que surgen dudas en cuanto a su cómputo, es decir, dicho año, ¿se refiere al ejercicio presupuestario en el que se aprueba el gasto o al año natural anterior a dicha aprobación? Y la respuesta por parte de los órganos consultivos tampoco es uniforme, si bien la mayoría se decanta por la anualidad presupuestaria²⁸⁸; segundo, ¿tal límite se aplica a cada órgano de contratación del poder adjudicador o de manera conjunta a todos los órganos de contratación del mismo? La respuesta ha sido que el límite se refiere a cada órgano de contratación individualmente considerado, si bien han existido discrepancias en el supuesto de delegación²⁸⁹; tercero, el límite de contratos menores asignados a un mismo contratista, ¿se refiere a cualquier contrato menor o no se aplica dicho límite si los objetos del contrato son diferentes? A este respecto, sí que encontramos una respuesta más o menos uniforme, y tomando como ejemplo el Informe de la Junta

²⁸⁸ En ese sentido, los Informes de las Juntas Consultivas de Contratación de Aragón (Informes 3/2018, 9/2018 y 21/2018), Andalucía (Informes 6/2018 y 13/2018), Cataluña (Informe 1/2018), Galicia (Informe 1/2018), Canarias (Recomendación 1/2018), Extremadura (Recomendación 1/2018), Madrid (Informe 1/2018), Valencia (Informe 4/2018) y País Vasco (Recomendación 1/2018).

En sentido contrario, admitiendo que sea el año natural anterior a la aprobación del gasto, los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado nº 41/2017, 42/2017 y 5/2018.

²⁸⁹ El Informe 1/2018, de la JCCA de Galicia, y el Informe 4/2018, de la JCCA de la Generalitat Valenciana, consideran que la delegación debe ser atribuida al órgano delegado, mientras que el Informe 3/2018, de la JCCA de Aragón, considera que hay que atribuirla al órgano delegante.



Consultiva de Contratación del Estado nº 41/2017, indica que la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con el mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de tales contratos sean cuantitativamente diferentes y no formen una unidad.

Para finalizar con las novedades introducidas en la contratación menor por la LCSP de 2017, baste resaltar que, según el art. 63.4, los mismos deben publicarse al menos trimestralmente, recogiendo, como contenido mínimo, su objeto, duración, importe -incluido el IVA-, y la identidad del adjudicatario, si bien se excepcionan aquellos de cuantía inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, aunque ya dijimos que realmente esta obligación no es una novedad, pues ya se recogía en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de 2013. Igualmente, en el art. 346.3, también se prevé la obligación de los poderes adjudicadores de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los contratos menores celebrados, con la misma excepción antes señalada. Por último, el art. 335.1 recoge la obligación de dichos poderes adjudicadores de comunicar al Tribunal de Cuentas, para su fiscalización, una relación de contratos celebrados por cada uno de ellos, que debe incluir también los menores, con la citada excepción ya referida.



3. CONCLUSIONES: LA POSIBLE REFORMA DE LA CONTRATACIÓN MENOR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTOS

La nueva regulación de la contratación menor, si bien es más una evolución de la anterior normativa que una ruptura radical de la misma, ha tenido resultados ciertamente satisfactorios. Los poderes adjudicadores, una vez vencidas las primeras reticencias, van entendiendo que dicha forma de contratación no puede utilizarse para satisfacer necesidades recurrentes, pudiendo encontrar en la LCSP de 2017 otros procedimientos, como el abierto supersimplificado, que permiten satisfacer tales necesidades de una forma ágil y, a la vez, respetando los principios de libre competencia, igualdad, publicidad y transparencia. Ello ha llevado a una paulatina reducción de la contratación menor a su verdadero objeto: la satisfacción de necesidades públicas extraordinarias y de escasa cuantía. Con ello, se estaba cumpliendo el objetivo de la citada ley a este respecto: dejar la contratación menor como algo excepcional²⁹⁰.

Sin embargo, ya vislumbramos que el futuro de la contratación menor puede cambiar, y no para limitarla, sino para revitalizarla. El Anteproyecto de Ley de Presupuestos para 2019 presentado por el Gobierno modifica, en su Disposición final trigésimo cuarta, la redacción del art. 118 de la LCSP de 2017, y elimina la necesidad de justificar que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cuantías de los mismos –que parece que no

²⁹⁰ Moreno Molina, J.A.: “La LCSP un año después”, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.



varían-, además de excepcionar a los contratos de valor estimado inferior a 5.000 euros cuyo pago se haga a través del sistema de anticipos de caja fija o similar de la aplicación de los mecanismos de control introducidos por la LCSP de 2017 y a los que nos venimos refiriendo. Ciertamente, el Anteproyecto de Ley de Presupuestos finalmente ha sido aprobado, pero parece que la tendencia del legislador es a la flexibilización de los requisitos para utilizar la contratación menor, en la misma línea en la que parecen decantarse los informes de diversas Juntas Consultivas de Contratación. En nuestra opinión, ello se aleja del objetivo pretendido por la propia LCSP y en el que, incluso, han profundizado algunas Administraciones Públicas al elaborar procedimientos de contratación menor más restrictivos que los previstos en la citada Ley²⁹¹, en definitiva, relegar la contratación menor a supuestos claramente excepcionales y aumentar la publicidad, transparencia y libre concurrencia en la tramitación de tales contratos.

4. RECOMENDACIONES

Tras analizar la situación actual de la contratación menor en España después de la aprobación de la LCSP de 2017, y una vez que ha transcurrido ya un cierto tiempo desde su entrada en vigor, creemos que se pueden realizar algunas recomendaciones.

²⁹¹ Al respecto, el Ayuntamiento de Gijón ha aprobado un procedimiento electrónico de contratos menores, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, nº 72, de 27 de marzo de 2018, que recoge mayores requisitos y un procedimiento más estricto que el previsto en la legislación estatal, todo ello, para garantizar un mayor control y transparencia en su contratación menor.



En primer lugar, consideramos absolutamente necesario reducir la contratación menor y utilizarla sólo para cubrir necesidades públicas excepcionales y cuya cuantía tenga poco impacto en el presupuesto de la Administración Pública respectiva, siempre entendiendo que existe una gran diferencia entre la dotación presupuestaria de las diferentes Administraciones Públicas.

En segundo lugar, no se puede utilizar la contratación menor para satisfacer necesidades recurrentes. Para ello, la LCSP de 2017 articula otros mecanismos, también ágiles y más o menos sencillos, que permiten responder de manera adecuada a tales necesidades, por ejemplo, la utilización del procedimiento abierto supersimplificado o de los acuerdos marco.

En tercer lugar, si bien es cierto que existen ejemplos de Administraciones Públicas que han elaborado procedimientos para su contratación menor más restrictivos que los recogidos a nivel estatal, ello también puede suponer una mayor complejidad para los contratistas, que se ven sometidos a requisitos diferentes en función de la Administración con la que se relacionen. A este respecto, reducir la diversidad, y con ello, la complejidad, se antoja necesario.

En cuarto y último lugar, creemos que no se pueden flexibilizar los requisitos establecidos legalmente para utilizar la contratación menor. Ello claramente supondría un paso atrás en la aplicación a esta forma de contratación de los principios generales de la misma (publicidad, competencia, igualdad,...) y que son básicos para eliminar cualquier atisbo de corrupción en aquélla.



5. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Ballina Díaz, D.: "Las alternativas al contrato menor", ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.

Batet Jiménez, M^a. P.: "Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/recategoria.208/chk.cfe478aaaa5499e2d593bc69e8ea7fc8>, consultado el 14 de enero de 2019.

Carbonero Gallardo, J. M.: *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Tesis doctoral, Univ. de Granada, Departamento de Derecho Administrativo, 2010.

García Hernández, J.: "El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales", extraído de, www.elderecho.com, consultado el día 12 de enero de 2018.

Gimeno Feliú, J.M.: "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº extraordinario, X, 2008, pg. 74; García Henández, J., op. cit., pg. 2; Candela Talavero, J.E., op. cit., pg. 87,

Grajal Caballero, I.: "Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en la Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 20, 2009, pg. 2955 y ss.

Martínez Fernández, J.M.: "El cerco a los contratos menores", *Revista de Estudios Locales CUNAL*, nº 194, 2016, pgs. 340-354.



Moreno Molina, J.A: *Ley de Contratos del Sector Público*, ed. La Ley, Madrid, 2007.

Moreno Molina, J.A: "La insuficiente incorporación del Derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº extraordinario, X, 2008, pg. 73 y ss.

Moreno Molina, J.A.: "La LCSP un año después", ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.

Orquín Serrano, J.J.: "Las alternativas al contrato menor", ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Contratación Pública, celebrado en Cuenca, los días 16, 17 y 18 de enero de 2019.

Velázquez Navarrete, P., "La excepcionalidad de la contratación menor", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 93, sept.-dic. 2015, pg. 389 y ss.

Yañez Sánchez, G.: "Los contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público", extraído de <http://administracionpublica.com/>, el 12 de enero de 2019.



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

**BLOQUE V:
COMPRA PÚBLICA ENTIDADES
LOCALES**

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

Juan Marquina Fuentes

Licenciado en Derecho por la Universidad de Vigo.
Funcionario de la Administración Local con habilitación nacional, subescalas de secretaría-intervención y de secretaría, categoría superior.

Vicesecretario General de la Diputación Provincial de Ourense y Secretario del Consorcio Provincial de Ourense para la prestación del servicio contra incendios y salvamento.

RESUMEN: Un año después de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, se antoja como un momento idóneo para repasar, y sobre todo para valorar, las previsiones que esta norma contiene en relación a la administración provincial, y en particular, analizar cuáles son las novedades introducidas con respecto a la regulación anterior.

Dicho análisis debe completarse, además, sin perder de vista las previsiones que se contienen en la legislación de régimen local, para así intentar aclarar el marco normativo y valorar la aplicación práctica de la LCSP desde la óptica de las Diputaciones Provinciales.



ABSTRACT: A year after the entry into force of Act 9/2017, on Public Administration Contracts, it seems to be the perfect moment to review and assess the projections of this regulation for the provincial administration. It is also particularly interesting to analyse which are the new developments since last year's version.

Additionally, the said analysis must be carried out always considering the projections of the local regulation in order to identify the regulatory framework and assess the practical application of the LCSP [Public Administration Contracts Act] from the perspective of the Provincial Councils.

PALABRAS CLAVE: LCSP; Contratación; EELL; Diputaciones; Ayuntamientos.

SUMARIO: 1. Introducción: la administración provincial y la legislación sobre contratación pública aplicable. 2. La Diputación Provincial como entidad contratante en la LCSP (*art. 46, DA 2ª, DA 3ª y DA 24ª*). 3. Las competencias propias de la Diputación en la legislación de régimen local y su reflejo en la LCSP. 4. Conclusiones. 5. Recomendaciones.

1. INTRODUCCIÓN: LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL Y LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA APLICABLE.

A modo de cuestión previa, y haciendo una reflexión muy general, debemos recordar que la organización territorial del Estado plasmada en la legislación básica



de régimen local, contempla la existencia de treinta y ocho Diputaciones Provinciales "stricto sensu", a las que hay que sumar los regímenes especiales previstos en dicha normativa (*capítulo III del Título III de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, relativo a la provincia*); a saber, los Cabildos Insulares en las Islas Canarias (previstos en el *art. 41* y con el régimen especial de organización previsto en la *D.A. 14ª de la LRBRL*), los Consejos Insulares en las Islas Baleares (*art. 41*), las Diputaciones Forales en cada uno de los territorios históricos del País Vasco (*art. 39*), que ejercen además de las competencias propias de las Diputaciones Provinciales otras propias del régimen foral, y las denominadas Comunidades Autónomas uniprovinciales (*art. 40*), que asumen las competencias, medios y recursos que corresponden en el régimen ordinario a las Diputaciones Provinciales.

Hasta la entrada de España en la Unión Europea, que se hizo efectiva el 1 de enero de 1986, era la legislación de régimen local (LRBRL y TRRL), la que contenía una regulación específica de la contratación pública de las EELL. Consecuencia de dicha adhesión, se aprobó el *Real Decreto Legislativo 931/1986*, por el que adaptó la entonces vigente *Ley de Contratos del Estado de 1965* al ordenamiento jurídico comunitario, haciendo además su aplicación extensiva a todas las Administraciones Públicas, incluidas las locales.

Fue con la entrada en vigor de la *Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)* y el posterior *Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto Refundido de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)*, cuando las normas específicas de la contratación local pasaron a contenerse, además de en la legislación de régimen local, en un precepto de la legislación de contratos de



las AAPP, dando lugar a que durante el período 1995-2007, fuese el binomio legislación de contratos + legislación de régimen local, el que contenía el régimen jurídico de la contratación pública local.

La disposición derogatoria única de la *Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, fue la norma que derogó expresamente una serie de artículos o partes de los mismos relativos a la contratación y que se recogían en la legislación de régimen local (*LRBRL* y *TRRL*), por lo que, desde ese momento, la normativa de contratación de las EELL se recoge en la legislación de contratación del sector público, con las especialidades que la propia norma establece.

La nueva *Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP/2017)* sigue, en lo referente a la regulación de las especialidades de la contratación pública local, una estructura similar a sus predecesoras, dedicando sus *disposiciones adicionales segunda y tercera* a las competencias en materia de contratación y a las normas específicas de contratación pública en las EELL, respectivamente²⁹².

Como ya hemos manifestado en otras ocasiones y en otros foros, dicha estructura nos lleva a dos disposiciones adicionales de la norma dedicadas íntegramente a la Administración Local (*DA 2ª y 3ª*), ambas de una extensión considerable y con un contenido francamente denso, por lo que consideramos que hubiese sido mucho más acertado el trasladar

²⁹² *El anteproyecto de esta ley recogía una distribución diferente, al recoger en el artículo 325 las previsiones relativas a los órganos de contratación de las EELL, dejando las dos disposiciones adicionales mencionadas para la regulación las especialidades de la Administración local.*



todas las previsiones de la contratación local al propio articulado de la norma y en un Libro específico.

2. LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL COMO ENTIDAD CONTRATANTE EN LA LCSP (ART. 46, DA 2ª, DA 3ª Y DA 24ª).

Centrándonos ya en las previsiones de la LCSP respecto a las Diputaciones Provinciales, vemos que únicamente cuatro disposiciones de la misma hacen referencia expresa a las mismas: las ya citadas **DA 2ª y DA 3ª**, el **art. 46** y la **DA 24ª**.

Aunque no contiene de forma explícita una mención a las Diputaciones Provinciales, es el **artículo 3 de la LCSP**, relativo a su ámbito subjetivo de aplicación, el que regula el régimen de sujeción de la administración provincial a dicha norma, al recoger a las entidades que integran la administración local como integrantes, en primer lugar del sector público (*art. 3.1.a*)), en segundo lugar como Administraciones Públicas (*art. 3.2.a*)) y en tercer lugar como poderes adjudicadores (*art. 3.3.a*)).

Sí tenemos en este artículo una cita concreta a las Diputaciones Forales, al señalar la *letra l) del apartado 1*, que los efectos de esta ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

La primera referencia expresa a las Diputaciones Provinciales la encontramos en el **artículo 46**, ubicado en su *Libro I, Título I, capítulo V*, y relativo al órgano



competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las EELL.

En dicha regulación se mantiene la previsión del anterior TRLCSP de que la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las CCAA en cuyo territorio se integran las CCLL, hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

La gran novedad de este *artículo 46* la tenemos en la previsión de que las Diputaciones Provinciales (y los municipios de gran población a los que se refiere el *artículo 121 de la LRBRL*), puedan crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los citados recursos. Su constitución y funcionamiento, así como los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato, se regirán por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el *artículo 45 de la propia LCSP*. El Pleno de la Diputación sería el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. Además, se prevé que los Ayuntamientos de la provincia en cuestión podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

Como antecedentes, podemos citar el *Decreto 332/2011, de la C.A. de Andalucía*, que en su *artículo 10* ya previó en aquel entonces que de conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación y de las cuestiones de nulidad, podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las



Diputaciones Provinciales. En base a esta previsión aprobaron la creación de Tribunal administrativo propio, entre otras, las Diputaciones de Cádiz, Granada, Huelva, Málaga o Jaén. En la misma línea, aprobada la reforma de la *Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público operada por la Ley 34/2010*, “...los Territorios Históricos de Euskadi se apresuraron en crear sus propios órganos para la resolución de los recursos contractuales, al tiempo, y de un modo ciertamente coordinado dada la palmaria similitud de los órganos denominados en los Territorios de Gipuzkoa y Bizkaia Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales y en el de Álava Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales²⁹³...”.

En cuanto a los tribunales administrativos de recursos contractuales de ámbito municipal, únicamente citaremos que la legislación de la C.A. de Andalucía ya citada, también habilitaba su creación, habiendo hecho uso de esta opción, entre otros, los ayuntamientos de Sevilla, Málaga, Mijas, Algeciras o El Puerto de Santa María.

A nuestro juicio resulta, cuando menos sorprendente, la citada previsión, ya que tanto el TACRC como sus equivalentes autonómicos funcionan de una forma solvente y ágil, y creemos que no existía una demanda social en esta línea. En esta línea, además, podemos citar el *Informe CORA*, las *Memorias de los encuentros de coordinación entre los órganos de recurso especial en materia de contratación pública*, la *Memoria anual*

²⁹³ Ramón Terol Gómez: “El órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y los órganos colegiados de los territorios históricos” DA. *Revista Documentación Administrativa* núm. 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 207-233



del TARC de Andalucía, que advirtieron, entre otras cuestiones que "...sería aconsejable para dar cumplimiento al citado principio de simplificación de la estructura administrativa y, sobretudo, lograr una uniformidad de doctrina en el ámbito de la Comunidad Autónoma, la reconducción de todos los recursos especiales que se produzcan en el ámbito de la Comunidad Autónoma a un único órgano resolutorio..." o que *"...se considera conveniente que no exista una proliferación excesiva de órganos encargados de la resolución del recurso más allá del nivel estatal y autonómico, pues una excesiva proliferación puede condicionar la imparcialidad y eficacia características del recurso..."*. Recientemente también se ha pronunciado el *Informe anual Comisión UE sobre España 2018*, cuyo objeto es la evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y en el que las instituciones comunitarias advierten que la creación de numerosos tribunales administrativos de contratación pública de carácter descentralizado podría mermar la eficacia del actual sistema de recursos, afirmación ésta, que compartimos.

Como ya avanzamos, el grueso, por no decir la totalidad de las especialidades relativas a la administración local se recogen en sus **Disposiciones Adicionales segunda y tercera**.

Respecto a la condición de **órgano de contratación** en las EELL (se regulan conjuntamente los ayuntamientos que funcionan en régimen común y las Diputaciones Provinciales), se dispone que corresponderá en los contratos administrativos al Presidente, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la



cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

Nótese que, respecto a la regulación anterior, se sustituye, desde el punto de vista cuantitativo, el concepto "importe del contrato" por el de "valor estimado" (definido en *artículo 101 de la LCSP*).

En lo relativo a los contratos privados y en los sujetos a la legislación patrimonial, se dispone que el órgano de contratación será el Presidente para la celebración de los mismos, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación en los términos definidos en el *artículo 100.1* (recordemos que el *TRLCS*P tomaba como referencia el "valor" del bien), no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

Corresponde al Pleno de la Diputación la competencia residual, al estarle atribuida en el caso de los contratos citados cuando por su valor o duración no correspondan al Presidente, y en todo caso de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

En lo referente a la composición de la **Mesa de contratación** en las entidades locales, y por lo tanto



de las Diputaciones, la DA 2ª dispone que estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Se añade que no podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas el personal eventual y que, excepcionalmente, 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.

Ciertamente novedosa resulta la regulación que se hace del **comité de expertos** en el ámbito de las EELL, y donde se indica que podrá estar integrado por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada, que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate y que, en todo caso, entre este comité deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública. Es obligatoria la publicación de la designación de los miembros de este comité en el perfil de contratante, tal y como dispone el *art. 63.5 de la LCSP*.



Una última especialidad referida a las EELL, y por ende a las Diputaciones Provinciales, es la referida a los contratos que tengan por objeto la **adquisición de bienes inmuebles**, y en los que su importe de adquisición podrá ser objeto de un aplazamiento de hasta cuatro años, con sujeción a los trámites previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales para los compromisos de gastos futuros. Como novedad, se añade la posibilidad de que dicho aplazamiento también podrá ser utilizado para la adquisición de títulos representativos de la titularidad del capital de entidades que formen parte del sector público de dicha entidad para su reestructuración, cuestión esta, realmente novedosa y que a diferencia de la relativa a la adquisición de inmuebles, no venía prevista en la anterior regulación.

La última referencia a las Diputaciones Provinciales en la LCSP la localizamos en su **DA 24^a**, relativa a al régimen jurídico de la sociedad mercantil TRAGSA y de su filial TRAGSATEC, donde se señala que estas empresas tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos de las Diputaciones, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el punto 2º de la letra d) del apartado 2 del artículo 32, y en las letras a) y b) del apartado 4 del mismo artículo. A fecha de redacción del presente estudio, en la administración provincial, son siete Diputaciones, siete Cabildos y un Consejo insular los accionistas de TRAGSA (todas ellas con un 0,0034 % de porcentaje de participación).



4. LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LA DIPUTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL Y SU REFLEJO EN LA LCSP.

Sin perjuicio de que el objeto de este breve estudio es lo previsto en la LCSP, entendemos que para analizar determinadas previsiones al respecto de las Diputaciones Provinciales, inevitablemente tenemos que referirnos, aunque sea muy brevemente, a las competencias que la legislación de régimen local atribuye a las Diputaciones.

Debemos recordar que el **art. 36 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local**, en la redacción dada al mismo por la *Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, es el que establece las competencias propias de las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, remitiéndose a las que, en este concepto le atribuya, las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública.

Dicho artículo añade una serie de competencias -de la letra a) a la i)- que lo serán "*en todo caso*", y entre las que destacamos particularmente las de "*...asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios...*", y la de "*...contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes...*".

Sentado lo anterior, observamos que es en el cumplimiento de muchas de las obligaciones que impone la LCSP a los municipios, donde se debe manifestar esa "**función de asistencia y cooperación**" encomendada a las Diputaciones, que es quizás la principal razón de ser de las propias Diputaciones.



La propia LCSP, como ya avanzamos, contiene una serie de previsiones que encajan en dicha competencia.

Así, la **DA 2ª** en su apartado sexto dispone que, en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial mediante la formalización de convenios en los cuales se les encomiende la gestión del procedimiento de contratación. Igualmente, el apartado séptimo de la citada disposición prevé que en los municipios, mancomunidades y consorcios locales, podrán integrarse en sus Mesas de contratación, personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales.

Más ejemplos los tenemos en la **DA 3ª de la LCSP**, en concreto la referida a la asistencia de las Diputaciones Provinciales a los pequeños Municipios para el cumplimiento de la función interventora de fiscalización material de las inversiones que exige el *artículo 214.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, al indicarse que el/la funcionario/a encargado de la intervención podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Es indudable, a nuestro juicio, que en esta materia las Diputaciones pueden, o mejor dicho, deben poner a disposición de los ayuntamientos que así lo reclamen técnicos provinciales especializados que colaboren en esta función.



Por último, podemos citar también la obligación de supervisión de los proyectos de obra, en los términos previstos en el *artículo 235 de la LCSP*. A este respecto la citada *DA 3ª* indica que en el caso de municipios que carezcan de oficinas de supervisión, ésta podrá realizarse por las de la correspondiente Diputación provincial.

Sin perjuicio de las funciones de asistencia anteriormente indicadas, las cuales aparecen recogidas de forma expresa en la LCSP, las mismas, evidentemente no agotan las posibilidades de asistencia de la administración provincial. Existen otros aspectos, como la implantación y puesta en marcha de la obligatoria licitación electrónica, la redacción de prescripciones técnicas, la realización de estudios de viabilidad en los contratos de concesión o la implantación de proyectos de compra pública de innovación, en cualquiera de sus variantes.

Por lo que respecta a la competencia en materia de **contratación centralizada**, la cual fue introducida en el citado art. 36 de la LRBRL por la LRSAL, en concreto la *letra g)*, referente a la competencia en contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, precepto que debe ser interpretado en los términos establecidos por la STC 111/2016 para no incurrir en vicio de inconstitucionalidad, y que precisa que *"...el artículo 36.1. g) en la redacción introducida por el artículo 1.13 de la Ley 27/2013, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 11, que establece que en realidad, el citado artículo se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión", que estaba -y sigue- estando*



prevista como base del régimen local. Por ello, lo que pretende el precepto es dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir. En definitiva, se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada administración electrónica...".

Dentro del articulado de la LCSP nos encontramos diferentes preceptos que apuestan decididamente por la centralización de la contratación (*arts. 218, 227, 228*), los cuales son el reflejo, en el ámbito local, de las competencias anteriormente mencionadas y previstas en el *art. 36.1 de la LRBRL* y que buscan, en particular, conseguir una mayor eficacia en la actividad contractual en el ámbito local, una obtención de mejores precios y condiciones contractuales a través de las economías de escala, la simplificación de la tramitación administrativa y reducción en los plazos de adquisición de los bienes o servicios a contratar, y todo ello desde la óptica de la voluntariedad en la adhesión de las entidades locales y la no duplicidad. En la actualidad casi todas las Diputaciones Provinciales están, con mayor o menor intensidad, ejerciendo dicha competencia.

Esta competencia, la de contratación centralizada, y junto a la de administración electrónica prevista en el mismo precepto, constituyen sin duda elementos muy a tener en cuenta para entender la contratación pública local en la LCSP, que atribuyen, como hemos indicado, tareas de asistencia a las entidades provinciales e imponen la licitación por medios electrónicos como



obligatoria en los términos que indica su disposición adicional decimoquinta.

5. CONCLUSIONES.

Volviendo al inicio de estas notas, y haciendo un repaso y valoración a la regulación de la administración provincial en la LCSP, insistiremos en que, a nuestro juicio, se ubica a la misma de una forma cuanto menos, inadecuada.

Dicha regulación, contenida en la LCSP nos parece, además, escasa y homogénea.

Escasa porque las particularidades de la administración local requerirían de un tratamiento y adaptación específico de su articulado a dichas especialidades, ya que la mayor parte de sus previsiones están pensadas desde la óptica de la administración estatal y autonómica, y se olvidan de la realidad local. Y homogénea porque, si bien existe alguna pequeña especialidad en la LCSP en función de la población municipal, la enorme heterogeneidad de entes locales existentes (Diputaciones, ayuntamientos, mancomunidades, consorcios...) y, en particular, el problema de la planta municipal de nuestro país, hacen que dicha regulación presente problemas de aplicación práctica en muchos de estos entes.

Un Libro específico relativo a la administración local sería mucho más apropiado, e incluso un artículo específico dedicado a la administración provincial, en particular para regular y fortalecer esas funciones derivadas de las competencias en materia de asistencia y cooperación a las entidades locales de su ámbito territorial, porque como ya dijimos, dicha función de



cooperación y asistencia de las Diputaciones Provinciales a las entidades locales de su ámbito territorial, es el principal sentido de su legitimidad y existencia como entes intermedios.

6. RECOMENDACIONES.

Como señala el *artículo 8 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público*, la competencia es irrenunciable en su ejercicio.

Es por ello que las Diputaciones Provinciales y entidades equivalentes deben necesariamente ejercer esa función de cooperación y asistencia, en sus múltiples posibilidades, de una forma proactiva y acorde al principio de subsidiariedad, es decir, poniéndose a disposición de todas las entidades locales de su ámbito territorial (especialmente de las de menor población y menos medios), por ser la administración más cercana y con competencias atribuidas por ley, en ese ámbito.

Como vimos, y en el ámbito de la contratación pública, las obligaciones que la LCSP impone a todas las AAPP y remisiones expresas a las Diputaciones, posibilitan que éstas puedan y deban prestar dicha asistencia en múltiples aspectos de la contratación. Contratación centralizada, licitación electrónica, compra pública innovadora, participación con personal propio en mesas de contratación, redacción de prescripciones técnicas, supervisión de proyectos, formación en materia de contratación pública, o la asistencia a la función interventora en la recepción de obras, son solamente algunas de las numerosas posibilidades que posibilita el marco normativo actual.



No debemos olvidar que los entes intermedios (Diputaciones Provinciales principalmente), han estado no hace mucho en el centro del debate político y social, por lo que creemos que más pronto que tarde se hará necesario volver a debatir y legislar sobre aspectos relativos a su legitimidad -como es el actual sistema indirecto de elección de la corporación provincial o la conexión de su cuerpo electoral con el ámbito territorial en el que ejercen sus competencias- para, si procediese, reforzar sus competencias en materia asistencia y cooperación municipal.

La contratación municipal es y debe seguir siendo, un ámbito fundamental para el ejercicio de esta competencia, y profundizar así en la consecución una contratación pública a nivel local más eficiente, más transparente, más íntegra, totalmente electrónica, social y medioambientalmente más responsable y donde, en definitiva, se plasmen todos y cada uno de los principios enumerados en el artículo 1 de la LCSP.

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DONDE VAMOS CON LA LCSP.

Vicente Furió Durán

Técnico en contratación de la Administración Local

RESUMEN: El nuevo régimen jurídico de la contratación menor, regulado en la reciente Ley de contratos del Sector Público, ha provocado un sin fin de reacciones: polémicas y discrepancias interpretativas, contradicciones doctrinales y multitud de informes divergentes, han provocado un contexto de inquietud y confusión, provocando inseguridad jurídica tanto en el Sector Público y a las propios adjudicatarios y licitadores. La Administración Local, y especialmente las entidades locales menores han sido las más afectada de esta incertidumbre jurídica.

Hay que replantearse si estas entidades locales realmente se le pueden exigir los mismos requisitos que al resto de Administraciones como la del Estado o Diputaciones que disponen de suficientes recursos



económicos y personales, para hacer frente a este nuevo régimen contractual. El resultado es una legislación que no valora factores como el tamaño, el presupuesto y la organización de las administraciones.

Por ello, mantenemos una postura escéptica a la erradicación total de esta figura contractual del contrato menor, porque con su utilización correcta, es un gran instrumento de gestión contractual que consigue celeridad y agilidad para satisfacer el interés general.

PALABRAS CLAVES: entes locales menores; contratos menores; fraccionamiento; poder adjudicador; licitación.

ABSTRACTAT: The new legal regime of hiring less regulated in the recent Public Sector Contracts Act has caused a myriad of reactions: controversies and interpretative discrepancies, doctrinal contradictions and a multitude of divergent reports have given rise to a context of concern and confusion, causing legal uncertainty in both the public sector and the bidders themselves. Local government, and especially smaller local authorities, have been the most affected by this legal uncertainty.

We need to consider whether these local authorities can really be required to meet the same requirements as the other administrations such as the state or parliaments which have sufficient financial and personal resources to deal with this new contractual regime. The result is legislation that does not value factors such as the size, budget and organisation of administrations.

That is why we are sceptical about the total eradication of this minor contract figure, because with its correct



use, it is a great contractual management tool that achieves speed and agility to satisfy the general interest.

KEY WORDS: minor local bodies; under contracts; fractionation; power Contracting; invitation to tender.

SUMARIO: 1. De dónde venimos. 2. Dónde estamos. 3. A dónde vamos. 4. Conclusiones. 5. Recomendaciones

1. DE DÓNDE VENIMOS.

A las vísperas del primer aniversario de la LCSP, un año desde su publicación y ocho meses de su entrada en vigor, a pesar de su corta vigencia, son innumerables las cuestiones y dudas que ha provocado la nueva legislación contractual en relación con la contratación menor. La Ley no ha conseguido regular de forma precisa esta figura, elevando el nivel de desconcierto e inseguridad jurídica.

Para entender como hemos llegado a la situación actual, de confusión, inquietud e inseguridad, debemos echar la vista atrás y observar el escenario que contemplaba el legislador respecto del contrato menor.

En la última década hemos observado diversos casos y escándalos de corrupción en nuestra Administración Pública, pero en el ámbito local es, donde más se ha focalizado la corrupción política e institucional existente. Fruto de ello, hemos introducido a todas las Administraciones Locales en un mismo «saco», bajo el mismo punto de mira de la corrupción.



El contrato menor en estos últimos años se ha desvirtuado por completo de su esencia fundamental. De lo que debería ser, una herramienta de contratación, ágil y eficiente para la administración pública, para el beneficio del interés general y conseguir un fin para la ciudadanía mediante obras, servicios y suministros, por desgracia no ha sido así, el abuso de dicho recurso y sus finalidades corruptas han maldecido esta figura, y, por tanto, han pagado sus consecuencias todas las administraciones públicas.

El uso fraudulento con el fraccionamiento, su abuso como modalidad y por ser fuente directa de corrupción, han puesto entre dicho esta modalidad contractual, calificado como el «enemigo» de la contratación pública.

El legislador como medida para evitar la corrupción, fraude y abuso de esta modalidad introdujo nuevos requisitos y rebajó sistemáticamente los umbrales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, califica como contratos menores los que no superen los 40.000 euros para las obras y 15.000 para los suministros y servicios.

La Ley se aplica igual a una administración local de menor de 5.000 habitantes que al Estado, a una Comunidad Autónoma o una Diputación. Es un despropósito que se aplique a un municipio de 200 habitantes el mismo procedimiento de adjudicación de un contrato de obras.

A esta cuestión habría que plantearse que económica y estructuralmente existen diferencias descomunales entre municipios, sea por su industria, población, presupuesto municipal, tejido industrial, recaudación impositiva... es de sentido común, que a menor tamaño



menor recaudación tributaria y menor adquisición económica y menores recursos.

Lo razonable y lógico hubiera sido establecer regímenes jurídicos para diferentes administraciones en la LCSP. Un razonamiento lógico exigiría que el legislador hubiera diferenciado los diferentes tipos de Administración de nuestro territorio y no establecer solamente dos Disposiciones Específicas para los entes locales, y no dedicar un título concreto con un régimen jurídico específico. Todo ello desencadenó gran oposición en los pequeños y medianos poderes adjudicadores.

El resultado final es un texto exorbitantemente extenso, reglamentista, confuso, con remisiones y contradicciones internas, falta de claridad y simplicidad. Desde el inicio de su aplicación surgen dudas sobre su aplicación e interpretación. Una norma descontextualizada que no se adapta al municipalismo actual de nuestro territorio, recordemos que casi el 84 % (6.796 municipios) tienen una población inferior a 5.000 habitantes²⁹⁴.

No se aportan verdaderas soluciones, ni se adapta a la verdadera realidad del funcionamiento de las entidades locales menores, que de hecho deben de aplicar cada precepto de la ley, como el resto de las administraciones públicas, pero con menos medios

²⁹⁴ Reguera Reguera, Leopoldo, y Risco Ávila, Gabriel, «Propuestas para el debate sobre la reforma de la ordenación territorial y administrativa local». Salamanca, febrero de 2012. 398 municipios superan los 50.000 hab.; 922 municipios están entre 5.001 a 20.000hab. <https://www.dipualba.es/secretarios/Noticias/PROPUESTAS%20REFORMA%20ORDENACION%20ADMINISTRATIVA%20LOCAL.pdf>



personales, materiales y económicos para satisfacer el interés general y servicio público.

2. DÓNDE ESTAMOS

Tenemos una legislación poco comprensible, y la consecuencia de ello es que hay que interpretarla. ¿Y qué sucede con las interpretaciones? Como existen multitud de juntas consultivas, cada una interpreta y se aferra a su mejor su criterio. Y en vez de dar asistencia, claridad y seguridad del régimen jurídico de la contratación pública, lo que hace es enfrentar y chocar interpretaciones.

Hay que partir de que la Ley establece²⁹⁵ a cualquier procedimiento de adjudicación o expediente contractual, por una parte, un conjunto de **principios** transpuestos de las directivas comunitarias: igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad y por otro lado fija unos **objetivos**: mayor transparencia en la contratación pública y una mejor relación calidad-precio mediante criterios de adjudicación de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato. Todo ello con la finalidad de impedir la corrupción, evitar el fraccionamiento de la contratación, aumentar la competencia con mayor participación. A partir de este panorama empiezan los problemas de aplicación e interpretación legislativa.

²⁹⁵ Villarejo Galende, Helena y Calonge Velázquez Antonio, «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público». Revista Jurídica de Castilla y León núm. 46, sept. 2018.



La contratación menor viene articulada en la Ley de manera dispersa, no existe un cuerpo único donde se regule esta figura jurídica de manera cohesionada. La LCSP dispone de otros 10 artículos (arts. 29.8, 36.1, 63.4 118, 131.3 y 4, 153, 154.5, 308.2, 310, 318,335...), una disposición adicional y una disposición final referidos a la contratación menor.

De los 421 preceptos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público hay uno que es el "trending topic" del momento, el artículo 118, que expone las reglas fundamentales de la actual contratación directa.

La tergiversad de este artículo ha originado muchas incertidumbres y numerosas interpretaciones y comentarios al respecto del ámbito objetivo, subjetivo y temporal. Uno de los mayores problemas que se ha producido ha sido que no se han establecido unas pautas concretas en referencia al fraccionamiento, a las unidades operacionales y la adjudicación de varios contratos menores al mismo empresario. Todo ello ha sido objeto de recomendaciones contradictorias por las jutas consultivas, tanto del Estado como de las comunidades autónomas.

El contrato menor establece un trámite ágil, rápido y sencillo, que es eficiente en determinados casos y para determinadas adquisiciones o suministros, y al mismo tiempo una satisfacción rápida de sus necesidades.

Su aplicación supone la excepción de los principios referidos anteriormente. La regulación restrictiva del contrato conlleva a que las Administraciones no pueden recurrir frecuentemente a la contratación directa. La



mayoría de los informes²⁹⁶ de los órganos y juntas consultivas han encontrado resquicios interpretativos para flexibilizar dicha contratación.

²⁹⁶ Informes Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado en el expediente 41/2017, 42/2017 y 5/2018.

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 7/2018 sobre «Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos».

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público.

Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3 del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Instrucción núm. 5/2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre el régimen transitorio de los contratos menores con motivo de la entrada en vigor en 2018 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores».

Informe 9/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incidencia de las normas privadas de contabilidad aplicables por determinadas entidades públicas y diversidad de los objetos contractuales en el cómputo de los límites aplicables a los contratos menores».

Recomendación 1/2018, de 11 de Abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, sobre «contratos menores a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público».



El principal caballo de batalla de la nueva regulación no ha estado en esos mayores requisitos formales ni en la reducción de la cuantía, sino en la limitación de los contratos que se pueden adjudicar al mismo contratista.²⁹⁷

De ahí derivan los de dos criterios interpretativos por las Juntas Consultivas de Contratación (JCC). Por una parte, la JCC del Estado donde se postura una tesis teológica o finalista (interpretación flexible o laxa), en donde concibe que es posible adjudicar varios contratos menores, a un mismo contratista, sean o no de la misma tipología los contratos, o hayan superado el límite cuantitativo, siempre y cuando exista diferente

Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre «Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 4/2018, de 15 de junio, diversas cuestiones de interpretación del art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 8/2018, de 15 de junio, interpretación del art.118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

²⁹⁷ Martínez Fernández, José Manuel, Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente. El Consultor de los Ayuntamientos, núm. IV, Sección Tribuna, Diciembre 2018, pág. 129, Editorial Wolters Kluwer



objeto contractual y no constituya una misma unidad funcional, operativa o sustancial.

A esta tesitura se unen las Juntas Consultivas: JCCA de Canarias, JCCA de la Generalitat de Cataluña, JCC de Galicia, JSCP de Generalitat Valenciana, CCCP de Andalucía.

La JCC del Estado en sus informes 41/2017 y 42/2017 indica que el art. 118.3, su finalidad es evitar la división del objeto del contrato. Por tanto, si no hay fragmentación fraudulenta, no existe justificación para aplicar las limitaciones que impide la contratación sucesiva de contratos menores con el mismo adjudicatario siempre que sean prestaciones separadas y formen unidades operacionales o económicas distintas.

A esta misma línea se une la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en su Informe 4/2018, la Ley no establece una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo contratista, cuando el objeto contractual sean cualitativamente diferentes y no formen una misma una unidad.

En resumen, si no hay división fraudulenta, no hay justificación para aplicar las limitaciones que impide la contratación sucesiva de contratos menores con el mismo operador económico y por encima de los umbrales establecidos para cada singular contrato menor.

En la parte contraria a la anterior doctrina se establece en la JCC de Aragón, donde parte de la regla de la incompatibilidad y limitación por contratista. Según su criterio, mantiene la tesis tipológica o interpretación literal (interpretación restrictiva) del art. 118.3, donde



plantea una prohibición absoluta, de no poder adjudicar a un mismo licitador dos o más contratos menores del mismo tipo (obras, suministro, servicios) si superan el límite establecido (40.000 € y 15.000€), con independencia de cuál sea el objeto del contrato. Un contrato por contratista con límite cuantitativo.

Recordemos que el tipo de entes que estamos analizado son entes locales menores, es decir, el órgano de contratación la mayoría de las veces recaerá en una misma persona el/la alcalde/sa, no habiendo otros órganos de contratación por motivos de tamaño y estructura. Por tanto, en esta tesis, no podría ser adjudicatario un contratista que ya lo hubiere sido anteriormente por existir por razón de estructura un único órgano de contratación. A esta línea interpretativa se adhieren: JCCA de Madrid, y la JACP del Gobierno Vasco.

Para unos será un fraccionamiento, para otros no, para unos existirán límites, para otros no. Cada cual hará su propia interpretación del precepto, porque es incompleto e impreciso, para algunos verán una prohibición para ser contratista, y que no.

En fin, todo ello crea una inseguridad jurídica porque ello va a depender de quien tenga que resolver un eventual conflicto, tendrá «informes a la carta» de todo tipo de interpretaciones. Hay que ver cada necesidad, cada contrato, la naturaleza de las necesidades y cuál es el mejor procedimiento de adjudicación en relación con el objeto.

La clave está en que no toda prestación, actividad o suministro contractual soporta los principios de eficiencia de un procedimiento de adjudicación, ni es capaz de satisfacerse adecuadamente con la demora que supone esa tramitación, pero ello no significa que



deba realizarse sin cumplir las reglas. El número de contratos adjudicados por este procedimiento menor es muy elevado, ya que incluye la adquisición de bienes o servicios de importes bajos o muy bajos, será un contrato menor el ticket de un taxi de 3 euros y una obra de 50.000 euros (IVA excluido)... nos vamos a encontrar con una diversidad de situaciones que requerirán un tratamiento diferenciado en las fiscalizaciones y la aplicación del juicio profesional para distinguir entre situaciones relevantes y aquellas irrelevantes o claramente triviales²⁹⁸

Si tenemos presentes los insuficientes medios técnicos de los que dispone la Administración Local menor en la actualidad, y la restricción de la DA 38ª de la LCSP que establece que no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal salvo los gastos derivados de las funciones atribuidas en esta Ley a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, nos encontramos ante una incongruencia material, por un lado la ley aumenta los niveles de control y revisión que se traduce en mayor carga administrativa y por la otra parte, restringe el refuerzo de personal para llevar a cabo las funciones derivadas de la Ley, totalmente ilógico e irrazonable.

Se ha creado un escenario excesivamente burocrático con la emisión y exigencia de informes por la desconfianza en los gestores públicos. Emitir un

²⁹⁸ Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana Sección 4810: Guía de fiscalización de la contratación: Análisis de la regulación de los contratos menores. Referencia: Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 01/04/2014. Actualizada el 15/06/2015.



informe Junta Consultiva de Contratación del Estado a Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, a la Intervención General de la Administración del Estado, a las Intervenciones autonómicas y locales, un informe anual de actuaciones de la Oficina Independiente de Regulación y el Tribunal de Cuentas.

Todo ello hay que añadir las funciones del Real Decreto 128/2018, del Secretario-Interventor que debe examinar los expedientes administrativos, a fin de verificar el cumplimiento de la legalidad en los mismos, y la fiscalización de dichos expedientes, desde la elaboración de la Providencia de Alcaldía, el informe, el Decreto de Alcaldía, los informes que hay que emitir a las intervenciones y los organismos de control externo. El expediente requiere la misma tramitación y la misma documentación que un expediente de un Ayuntamiento de gran dimensión, porque el número de habitantes no influye en el procedimiento administrativo.

Entendemos el argumento de los pequeños Ayuntamientos de que teniendo una papelería y una panadería en todo el pueblo resulta muy difícil evitar la adjudicación de varios contratos menores a cada uno de ellos, por lo que se ven abocados a superar los umbrales respecto de un único empresario, objeto y anualidad. Así las cosas ¿qué costaría establecer un régimen diferenciado para Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes como tantas veces y para tantas otras cosas se ha hecho?²⁹⁹

²⁹⁹<https://nosoloaytos.wordpress.com/2019/01/16/menores-controles-para-los-contratos-menores-como-queda-la-cuestion/>



La Federación valenciana de Municipios y Provincias (FVMP) no ha dejado de recibir entre 20 y 30 quejas mensuales de los consistorios que se ven colapsados. Vicente Gil, presidente de la Federación explica que «los municipios pequeños y medianos, que representan el 70 % de los ayuntamientos valencianos, tienen muchas dificultades para acceder a una plataforma electrónica debido a la brecha digital o a la falta de un departamento de contratación que revise con lupa, como pretende la nueva ley, cada uno de los expedientes de contratación. Los ayuntamientos tienen un atasco de expedientes en el servicio de contratación, lo que representa un frenazo en los contratos de obras y servicios y, por tanto, los proyectos no salen³⁰⁰»

3. A DÓNDE VAMOS

La insatisfacción que ha producido la nueva legislación en el sector público por la regulación de estos nuevos procedimientos, ha obligado al legislador a realizar su primera modificación de la Ley de contratos en mediante la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introduciendo en la DA 54, un régimen jurídico especial para los agentes del servicio público español de ciencia y tecnología e innovación, en donde aumenta los umbrales de los contratos menores a 50.000€ del resto de las demás Administraciones públicas.

Esto da entender que la administración local o servicios sociales no tiene el suficiente rigor ni la importancia para caber en esta modificación y esto supone una

³⁰⁰<https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2018/07/15/aplicacion-nueva-ley-contratos-colapsa/1744800.html>, noticia del 15.07.2018.



quiebra del principio de igualdad ante la ley. No existe razón objetiva para realizar dicha discriminación. Desmantelar todo el sistema del contrato menor para todo un conjunto de sujetos, de los cuales, como las universidades públicas, tienen capacidad técnica suficiente para aplicar correctamente la contenida la LCSP, y que obliga íntegramente a los pequeños municipios³⁰¹ a cumplirla sin ninguna modificación legislativa.

Ante la apariencia de un cambio, legislativo parece percatarse de la realidad contractual, especialmente en el contrato menor, parece moverse ahora en otra dirección que no es la correcta visto su última modificación.

En el proyecto de presupuestos generales del estado que se presentaron el 14 de enero del 2019, propone, otra modificación, una alusión a la propuesta de modificación del artículo 118 de la LCSP relativo al expediente de los contratos menores, eliminando el límite del importe máximo a contratar por un mismo contratista.

Habrá que esperar a la aprobación de la Ley de Presupuestos de 2019 para observar las diversas líneas interpretativas de las respectivas Juntas Consultivas.

4. CONCLUSIONES

La nueva LCSP de 9/2017 de 8 de noviembre, no aporta soluciones, ni se adapta a la verdadera realidad

³⁰¹ Tejedor Bielsa. J.C. y Bernal Blay M.A., Monografías de la revista Aragonesa de la Administración Pública XVIII, Zaragoza 2018.



del funcionamiento de las entidades locales menores, que de hecho deben de aplicar cada precepto de la ley, como el resto de las administraciones públicas, (como la Administración general del Estado, una Comunidad Autónoma o una Diputación), pero con menos medios personales, materiales y económicos.

Es necesario analizar y reflexionar que está sucediendo realmente con el contrato menor, el porqué de la utilización de esta modalidad contractual, y si verdaderamente está justificado o no su existencia y uso, y no erradicarlo como si se tratase de una epidémica endémica para las Administraciones Públicas.

El contrato menor no deber ser utilizado para encubrir la división del objeto contractual, ni para obtener prestaciones repetitivas ni sucesivas, ello supondría un fraude en los procedimientos de adjudicación. Debe enfocarse a su verdadera finalidad, la adquisición de prestaciones de menor cuantía y que respondan a necesidades excepcionales y sobrevenidas no planificadas.

La pregunta que debemos plantearnos es si existe algún perjuicio para la competencia el uso del contrato menor en pequeños municipios donde no existe competencia entre sectores, ni posibilidad de originarla.

El nuevo régimen del contrato menor puede provocar una parálisis en el funcionamiento de la Administración Local, pero una buena utilización del contrato menor es una herramienta eficaz para este tipo de organizaciones administrativas respecto a su tamaño, medios, y necesidades de contratación.

En la práctica, el contrato menor puede ser un principio de garantía, eficacia y confianza para obtención los



servicios públicos. Gracias a los contratos menores han garantizado la supervivencia de las pymes locales, por la agilidad de trámites, y descartar a grandes empresas, consiguiendo adjudicar a los pequeños proveedores del ámbito municipal.

Por otro lado, la LCSP pretende impulsar la participación en la contratación pública de pymes, micropymes y autónomos. Habría que analizar si los pequeños proveedores de están adaptados a las nuevas circunstancias. Podría darse un efecto negativo que solo por descartar el contrato menor y exigirle al pequeño contratista que se presentarse a un procedimiento de licitación electrónico, que estudie unos pliegos y que prepare una oferta, es difícil de contemplar que el pequeño autónomo le motive a participar en dicha licitación, y aun más que pretenda adaptarse a la contratación electrónica, hacer dicha inversión, adquirir conocimientos tecnológicos y formación básicas.

La contratación electrónica es un buen argumento para la transparencia, pero traducido en la realidad supone un coste más para las pymes y microempresas locales.

No hay que caer en los extremismos, prohibir y erradicar el contrato menor como si del apocalipsis se tratara. La nueva LCSP impone la motivación y justificación de dicho contrato que se refleja en el expediente, y ello se traduce en mayores controles de los principios generales de la contratación.

Elaborar un procedimiento de adjudicación cuesta dinero, hay gastos y un personal que dedica su tiempo y no puede atender otras necesidades públicas. Algunos procedimientos por la cuantía que serían ineficiente, todo ello enlazado por la falta de personal público especializado que muchos de los municipios pequeños



carecen. El coste de recursos humanos y tiempo para elaborar pliegos técnicos y administrativos y tramitar esos contratos no se compensa en absoluto con el escaso importe de esos contratos³⁰².

El objetivo es evitar el colapso de las administraciones más reducidas y cubrir las necesidades de la ciudadanía.

Los empleados públicos se ven obligados a realizar esta interpretación restrictiva por el temor de verse envuelto en algún escándalo de corrupción, y más cuando el contrato menor, jamás ha disfrutado de buena prensa, y su utilización se traducía en recelos y desconfianza, para aquellos que no resultaban afortunados con su adjudicación y lo acusaban de encausarse en la corrupción.

La situación del ámbito local muchas veces requiere que los funcionarios en municipios de reducido tamaño con insuficientes medios materiales y personales, los funcionarios de habilitación nacional, el órgano fiscalizador, asumen funciones y tareas que no les corresponden por falta de personal cualificado, principalmente en materia contractual.

Incrementar y generalizar las restricciones para resolver dicho problema no es la mejor solución, se trata, por tanto, de puntualizar en cada caso, que es más adecuado a los intereses generales y públicos.

Una nueva herramienta que ha introducido la nueva Ley de contratos para disipar el contrato menor es

³⁰² Martínez Fernández, José Manuel «El cerco a los contratos menores» Revista de Estudios Locales, Cunal, núm. 194, octubre 2016.
<http://publicaciones.revistacunal.com/publication/671e19cd>

crear el procedimiento simplificado y el sumario o «supersimplificado»³⁰³. Este procedimiento «supersimplificado» su objetivo fundamental es obtener mayor calidad y rapidez en los contratos favoreciendo a las pequeñas y medianas empresas al no exigirse la acreditación de la solvencia.

Por otra parte, el procedimiento abierto simplificado su objetivo es adjudicar el contrato en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación, por tanto, mucho más ágil que el procedimiento abierto general.

Habrá que esperar qué tal reaccionan las administraciones ante dichos procedimientos y si terminara con la misma suerte que los contratos menores, es decir alejándose de sus propias

³⁰³<https://pixelware.com/procedimiento-simplificado-y-supersimplificado/>

El procedimiento simplificado sumario o supersimplificado, que se puede utilizar adjudicar los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 € y en los contratos públicos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 €, se caracteriza por la rapidez y sencillez de sus trámites. Así, el plazo para la presentación de proposiciones será como mínimo de 10 días hábiles desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación, reduciéndose a 5 días en compras corrientes de bienes disponibles en el mercado.

El procedimiento simplificado Este procedimiento solo puede utilizarse en los contratos públicos de obras de valor estimado igual o inferior a 2.000.000.-€ y en los contratos de suministro y de servicios de valor estimado igual o inferior a 100.000.-€, no pudiendo utilizarse en los contratos de concesiones independientemente del importe económico. El plazo para la presentación de proposiciones debe ser como mínimo de 15 días desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación. En los contratos de obras el plazo mínimo es de 20 días.



finalidades, el tiempo lo dirá. Por todo ello merece hacer referencia a ellos respecto a su funcionamiento, objetivos y finalidades a conseguir.

Tenemos que cambiar nuestra percepción, y hay mensaje que debemos de tener claro, toda actuación pública requiere una motivación ajustada al interés público y no a circunstancias que no reflejen ese interés. El éxito de una acción administrativa o de una gestión pública, descansa en la prudencia. Uno tiene que ver lo que hace con las consecuencias con antelación, porque una vez se ha realizado el acto, los efectos ya no dependen de él porque no está en su mano.

Al contrato menor no se le puede cargar con más trámites que solo los previstos por la ley. La contratación menor quien la hará mejor, más acertada, objetiva, serán los gestores públicos, y no las leyes. Por tanto, este tipo de gestión tiene que ir de la mano de la responsabilidad y objetividad de la gestión.

5. RECOMENDACIONES

No parece lógico, ni mucho menos operativo establecer el mismo régimen jurídico de contratación directa para todos los poderes adjudicadores sin tener en consideración la organización, presupuesto y tamaño de las entidades.³⁰⁴

³⁰⁴ Carrodegua Méndez, Roberto. «Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público». REALA, 10, Octubre 2018



Por tanto, en una organización territorial formada por un multiverso de infinidad de administraciones públicas, tratar de aplicar con una simple Ley y regular todo el sistema contractual, sin ninguna duda provoca distorsiones en su interpretación y aplicación provocando gran inseguridad jurídica en el Sector Público como en los operadores económicos

Una solución hubiera sido aplicar el umbral del contrato menor en cada organización y definir el procedimiento a seguir. Hubiera parecido más racional una limitación de cuantía en proporción a la capacidad económica de los poderes adjudicadores.

Mientras no haya una reforma de la estructura municipal española, o no haya más presencia en la Ley de Contratos en referencia a entidades locales menores y de escasa población, o bien se profesionalice y dote de medios técnicos y materiales, persistirá el contrato menor.

De esta manera, consideramos necesaria una reforma urgente de la LCSP que permita dotar de una mayor flexibilidad a la contratación directa en el ámbito de las entidades locales.



LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES CONTRACTUALES.

Juan Alemany Garcías

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)
y la Universitat de les Illes Balears (UIB)
Acreditado por la ANECA como Profesor Contratado
Doctor de Derecho Administrativo.
Abogado.

RESUMEN: Para iniciar, por parte de la administración pública, el fenómeno de la reinternalización de los servicios públicos prestados mediante gestión indirecta, será sumamente importante analizar la situación económica del municipio antes de tomar cualquier decisión de recuperar la gestión directa. Además, se deberá tener en cuenta en qué fase contractual se encuentra la concesión que se pretende recuperar para gestionarla directamente, ya que de esta manera podemos evitar rescates anticipados de las concesiones con los problemas económicos y de régimen laboral que pueden conllevar.



PALABRAS CLAVES: Concesión, rescate, gestión directa, gestión indirecta, reinternalización.

ABSTRACT: To initiate, on the part of the public administration, the phenomenon of the reinternalization of the public services rendered by means of indirect management, it will be very important to analyze the economic situation of the municipality before making any decision of Recover direct Management. In addition, it should be taken into account in what contractual phase the concession is to be recovered in order to manage it directly, because in this way we can avoid anticipated bailouts of the concessions with the economic problems and of labor regime that can take.

KEY WORDS: Concession, rescue, direct management, indirect management, reinternalization.

SUMARIO: 1.-Introducción: Remunicipalizar y reinternalizar la gestión de un servicio público. 2.- Aspectos contractuales de la reinternalización de servicios. 2.1.- El rescate de la concesión administrativa. 2.2.- La reinternalización frente a un procedimiento de adjudicación contractual aún no formalizado. 2.3.- La reinternalización frente a una prestación indirecta sin cobertura contractual previa. 3.- Conclusiones. 4.- Bibliografía

1.-INTRODUCCIÓN: REMUNICIPALIZAR Y REINTERNALIZAR LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

Remunicipalizar o reinternalizar es tomar una decisión sobre el modo de gestión de un servicio público ya existente, y que se viene prestando de forma indirecta



por una empresa privada o por sociedad de economía mixta, con el fin de modificar el modo de gestión e imponer la prestación directa del servicio, lo que supone poner fin a la concurrencia por el mercado. Remunicipalizar supone recuperar la gestión directa de servicios públicos locales, que en la actualidad se prestan de forma indirecta, lo que a su vez supone expulsar al sector privado de un ámbito de actividad económica.

Al remunicipalizar tan sólo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio público que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual los servicios liberalizados vuelven a ser declarados servicios públicos con el fin de que se produzca una nueva asunción por parte de la administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado.

Remunicipalizar supone una decisión basada en la voluntad de modificar el régimen de gestión, no la recuperación de la gestión por razones de incumplimiento del contratista.

La remunicipalización supone una decisión voluntaria organizativa. Se remunicipaliza cuando el ente titular del servicio entiende que concurren razones que justifican modificar el modo de gestión, pasando de la gestión indirecta a la directa. No se trata, por tanto, de una recuperación de la gestión directa derivada de un incumplimiento del contratista. La causa del cambio en el modo de gestión es una decisión organizativa que debe basarse en criterios de eficacia, no por razón de un incumplimiento del contratista que obligue a la resolución contractual y a la recuperación de la gestión a favor de la administración (que luego podría volver a



encomendar la prestación de este mismo servicio a un tercero)³⁰⁵.

Sin embargo, cuando se pasa a una forma de gestión indirecta, se está llevando a cabo una “privatización formal”, pero eso no significa que se pierda la titularidad del servicio ni que el ente titular del mismo renuncie a la responsabilidad de su prestación. Seguimos con un servicio público, eso sí, gestionado por una empresa privada que actúa bajo el control del ente titular y como colaboradora del mismo. Por otro lado, no debe olvidarse que cuando se privatiza, en el sentido de pasar a una gestión indirecta, lo que se está haciendo es introducir la competencia por el mercado en la prestación de este servicio, de modo que las empresas que puedan llevar a cabo esa prestación concurren, a través de un procedimiento selectivo, con publicidad y concurrencia, para llevar a cabo la prestación del servicio. Y a través de esta selección se pueda lograr que preste el servicio quien ha realizado la mejor oferta posible.

Distinto sería privatizar en el sentido de la palabra, o privatización en el sentido material. Esta acepción de privatizar significa que un servicio público, una actividad económica que estaba fuera del mercado, se devuelve al mercado y, por tanto, la administración deja de ser la titular y deja de ser la responsable de la prestación de este servicio, porque se entiende que el

³⁰⁵ Sobre este concepto, Pimentel Siles, M. (2017), ha dicho lo siguiente: *“el propio concepto de remunicipalización es equívoco y equivocado, pues no se puede remunicipalizar lo que siempre fue municipal. Pero las palabras son armas poderosas al servicio de las ideas y, la expresión consagrada no es inocente, ya que evoca una recuperación de lo público para el municipio, cuando en verdad sabemos que jamás la titularidad dejó de ser municipal”*.



mercado ya garantiza esa actividad³⁰⁶. La privatización de los servicios públicos locales, que afectaría al concepto de provisión del servicio (titularidad) porque con la misma, se desvincula de titularidad la res pública y es prestada directamente por los particulares sin que se haya municipalizado el servicio, como por ejemplo lo ocurrido con los servicios públicos esenciales como las pompas fúnebres³⁰⁷, que han sido gestionadas tradicionalmente por empresas particulares y que la administración, para recuperar dicho servicio, primero tuvo que asumir su efectiva prestación, es decir, municipalizarla y, después, si puede, cambiar el sistema de gestión indirecta por su gestión directa. En los casos de privatización si por cualquier circunstancia se quiere recuperar la gestión del servicio, primero se tiene que recuperar la titularidad y su prestación efectiva, es decir, su municipalización y, en todo caso, posteriormente, se podrá plantear la reinternalización

³⁰⁶ Como dijo el profesor Marcou, G. *"los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objeto movilizar las inversiones privadas y el savoir faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la económica"*. En Marcou, G (2000).

³⁰⁷ Monopolio siempre limitado a que no afectara a traslados fuera del municipio (SSTS de 8 de noviembre de 1988, y 9 de mayo de 1996, Servicios funerarios Barbastro) ni se extendiera a las actividades preparatorias del cadáver (vid. STS de 21 de mayo de 2001, Rec. Cas. 9508/1995). La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de julio de 2001, exp. 498/00, Funcionarias Madrid, consideró no haber infracción como consecuencia del Acuerdo de monopolización adoptado por el Pleno.



del mismo. Pero estemos o no ante un sistema de externalización (concepto amplio) o de privatización y queramos recupera la garantía pública, debemos examinar los motivos por los cuales se deben llevar a cabo y, precisamente las mismas, deben estar suficientemente motivadas en el acto administrativo derivado de un previo expediente de remunicipalización de los servicios, con la correspondiente memoria técnica cuyo contenido debería figurar los aspectos jurídicos y económicos por los cuales se quiere o bien crear ex novo un servicio público en concurrencia con la iniciativa privada, vía 86.3 LBRL, o bien, ser documento jurídico de garantía en la reinternalización de los servicios para el cambio de gestión. Por todo ello somos partidarios de la tramitación de los expedientes de (re)municipalización, aunque haya doctrina administrativa que de acuerdo con el art. 97 TRLRL, pueda eximir ciertos servicios prestados por administraciones locales de los mismos, como por ejemplo, en la recogida de basura o bien, en la creación ex novo de empresas municipales urbanísticas. Por ello, siempre hemos sido defensores de dichos expedientes que, sin embargo, con la LRSAL consideramos que ha perdido bastante su sentido, sobre todo por la limitación de crear nuevas empresas por cuestiones de estabilidad presupuestaria. Por ello, no es menos cierto que, desde nuestra perspectiva, en un modesto intento de crear doctrina, queramos resucitar los expedientes de oportunidad y conveniencia, tanto de municipalización como de remunicipalización, al volvernos a plantear los mismos, como documentos clave para recuperar la gestión pública de las manos privadas.

2.- ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA REINTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

2.1.- El rescate de la concesión administrativa.

El rescate es una de las causas de resolución del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a la que podrá acudir la Administración pública cuando concurren razones de interés público y para gestionar directamente el servicio. Son notas características del rescate en nuestra legislación las siguientes: a) es una forma de terminación de ciertos contratos y concesiones, b) es una forma de terminación anormal, frente a la forma normal de extinción de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo, c) es una forma de terminación anticipada, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización, d) no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario, e) su fundamento último es la protección del interés público que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que sólo el interés público puede legitimar el rescate.

La potestad de rescatar un servicio público local es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar – y justificar – el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión. Lo que no sucede, como bien advirtiera J. Mestre Delgado³⁰⁸, cuando los motivos que se invocan

³⁰⁸ Mestre Delgado, J. F., [La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho](#), N°.



son exclusivamente económicos y, en particular, en lo de subrogarse en una explotación lucrativa.

La extinción de la relación concesional exigirá, en tanto privación de un derecho, el abono al concesionario de la previa indemnización, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, y donde la duración de la relación concesional operará como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente, ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales, por lo que la indemnización deberá cubrir:

a) El valor de las obras por el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización).

b) La pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que restan para completar el plazo de concesión (compensación industrial). Por supuesto, siempre dentro del necesario procedimiento de rescate, -donde se concretarán motivos y justificación de la decisión-, cuya regulación es tan escasa que solo puede encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[74, 2018](#) (Ejemplar dedicado a: El nuevo régimen de las concesiones), págs. 44-51



Esta posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate debería valorar, además de un mejor cumplimiento de la prestación, los costes económicos derivados de tal operación en los conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio (y también como los presupuestarios, desde la lógica de la contabilidad nacional). Y en este punto la discrecionalidad -que no oportunidad, insistimos- exige, como ya advirtiera hace tiempo MESTRE DELGADO³⁰⁹, una detallada justificación. Los contratos de concesión de servicios públicos suelen ser contratos complejos y de larga duración, en los que los costes indemnizatorios se presumen muy importantes (y pueden conllevar problemas de “reputación” de la empresa, que no pueden ser minusvalorados). Además, las consecuencias jurídico-laborales de una extinción anticipada -con obligación de subrogación del personal-, puede hacer inviable financieramente tal operación.

El rescate es, por tanto, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público (Dictamen del extinto Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 604/2011, de 2 de noviembre de 2011). Llevando, por otra parte, aparejada dos consecuencias, la necesaria gestión directa del servicio por el Ayuntamiento y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo.

³⁰⁹ Mestre Delgado J F “[La extinción de la concesión de servicio público](#)” La Ley 1992.



En definitiva, no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante exige siempre compensación económica.

Los casos de incumplimiento permiten resolver un contrato, pero no necesariamente “remunicipalizarlo” (y no puede utilizarse en fraude de ley para evitar el pago indemnizatorio). La resolución del contrato administrativo se configura en el artículo 210 TRLCSP (al igual que en la legislación precedente: artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 2/2000 –TRLCAP-), como una de las prerrogativas con las que cuenta la Administración, estableciendo el artículo 211 el procedimiento general de su ejercicio y, en el 213, el particular para el supuesto de demora del contratista en la ejecución de los trabajos. En su artículo 221 establece de manera concisa las dos formas de extinción de los contratos *“Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”*. La Ley regula las causas y efectos de la resolución comunes a todos los tipos de contratos en los artículos 223 a 225. Entre los supuestos se encuentra el del incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato -apartado f) del artículo 223.

Como bien ha explicado el Consejo de Estado, el mecanismo de la extinción anticipada del contrato por medio de su resolución, *“... constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto...”* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3007 de 2003). Ahora bien, sólo el órgano de



contratación ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta. Es esta, por lo demás, una de las características derivadas de la existencia de un contrato administrativo.

El contratista no conforme con la decisión adoptada por la Administración –de resolver o de no resolver el contrato-, tiene la posibilidad de impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, pedir ante la misma la suspensión de los efectos del acuerdo adoptado, pero no puede dejar de ejecutar sus prestaciones con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente se lo permita.

De lo expuesto, se constata que el órgano de contratación tiene reconocida esta prerrogativa o "*potestas*". Pero, por el propio significado y fundamento de la misma, su ejercicio es una facultad (que no obligación). Es decir, se le reconoce la prerrogativa para resolver, pero igualmente podría optar, con idéntica validez, por requerir el correcto cumplimiento de las prestaciones por parte del concesionario (artículos 65.1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales –Decreto de 9 de enero de 1953- y 113.2, párrafo 2º, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). La decisión entre una y otra opción es por lo tanto una decisión discrecional, que corresponde adoptar libremente al órgano de contratación, siempre que concurren las circunstancias que lo habilitan, sin incurrir en ninguna responsabilidad cualquiera que sea la opción por la que se decante, habida cuenta de la claridad del precepto aplicable.



2.2.- La reinternalización frente a un procedimiento de adjudicación contractual aún no formalizado.

Un supuesto diferente se produce cuando la entidad local ha considerado, inicialmente, que la forma óptima de prestación del servicio es la gestión indirecta a través del contrato de concesión de servicios públicos, pero antes de su proceder a su adjudicación renuncia a ésta “por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente” en los términos previstos por la Ley 9/2017 (art. 152)³¹⁰. En otros términos, se realiza una nueva valoración de las distintas formas de gestión a la luz de los principios de sostenibilidad y eficiencia y se decante por la gestión directa antes de la adjudicación del contrato. Se requiere aquí acreditar la existencia de razones de interés público debidamente justificadas que avalen el cambio en la forma de gestión. Este cambio de posición, que se produce normalmente ante un cambio en el equipo de gobierno, debe fundamentarse en criterios económicos. Si las causas de la decisión de iniciar un proceso de externalización se encuentran en las dificultades económicas para la adecuada prestación del servicio

³¹⁰ La Ley permite al órgano de contratación adoptar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del procedimiento contractual. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En tal caso, no podrá promoverse una nueva licitación sobre el mismo objeto mientras subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión. A su vez, el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa, pudiendo iniciarse inmediatamente una nueva licitación.



(falta de fondos, permitiendo la concesión obtener fondos suplementarios en concepto de canon concesional), la posibilidad de la entidad local de disponer por otras vías del capital necesario para atender a esa prestación justifica tal renuncia a la adjudicación del contrato.

Este es el caso, por ejemplo, de la decisión del Ayuntamiento de Inca (Mallorca) de renunciar a la adjudicación del contrato para la prestación indirecta del servicio de abastecimiento de agua de suministro de agua potable, saneamiento y pluviales incoado en 2013, acordándose en 2014 renunciar a su adjudicación y mantener la gestión directa³¹¹. La motivación de la externalización se encontraba en la necesidad de obtener financiación para reducir la carga financiera del mantenimiento del servicio y obtener una cantidad adicional para invertir en otras infraestructuras de la ciudad -el teatro municipal-, además, contener un sustancial beneficio económico. En el momento de iniciar la tramitación del procedimiento contractual, el superávit municipal sólo podía destinarse a la reducción de la deuda municipal, conforme a la Ley Orgánica 2/2012, de 17 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Posteriormente, tanto la Ley 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial del sector público, como el Real Decreto-Ley 2/2014, de 21 de febrero, permitieron destinar el superávit a otros fines, por lo que decayó la necesidad de externalizar la prestación del servicio.

³¹¹ Decisión considerada ajustada a Derecho por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 5 de octubre de 2016 (Recurso de Apelación núm. 200/2016; ECLI: ES: TSJBAL: 2016:766).



2.3.- La reinternalización frente a una prestación indirecta sin cobertura contractual previa.

La práctica también muestra un tercer tipo de internalización del servicio. Se trata de aquellos supuestos donde la entidad local no prestaba hasta el momento el servicio en régimen de monopolio, a pesar de la exigencia legal, y simplemente "tolera" su prestación por empresas privadas³¹². La explicación de esta situación es, fundamentalmente, histórica. En el siglo XIX, la prestación del servicio público de abastecimiento de agua por particulares se mantuvo incluso aunque la legislación lo declaró de competencia municipal, ya que muchos ayuntamientos no lo municipalizaron. La competencia municipal se plasmó, esencialmente, en ejercer una función de inspección sobre su calidad, especialmente por imposición la legislación sanitaria desde el Reglamento de Sanidad Municipal, aprobado por Real Decreto de 9 de febrero de 1925 (Gaceta núm. 48, de 17 de febrero), donde se recomendó a los Ayuntamientos "hacer lo posible para municipalizar el servicio de aguas potables"³¹³. Pero el

³¹² Ello ocurre en los dos supuestos analizados por la Autoridad Catalana de Competencia anteriormente citados. En el caso del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en Santa María d'Oló servicio se presta en régimen de actividad empresarial privada por una comunidad de bienes denominada "Servei d'aigües potables de Santa Maria d'Oló". En el caso del Ayuntamiento de Vidreres, respecto de unas determinadas urbanizaciones el servicio se presta por empresas privadas (Rec Madral Companyia d'Aigües, SA y Riera de Cabanyes Companyia d'Aigües, SA) que no disponen de ningún vínculo contractual con el Ayuntamiento, existiendo así un monopolio privado, en el que estas dos empresas no compiten entre sí.

³¹³ Muñoz Machado (2018: 8).

servicio se prestaba por sujetos privados, titulares de una red privada de canalizaciones (implantada previa autorización municipal) que obtenían el derecho al uso del agua mediante concesiones estatales o procedentes de aguas privadas conforme a la legislación decimonónica. Se articula ahí una situación materialmente similar a la de un contrato de concesión de servicios (gestión de servicios públicos) pero sin haberse seguido su tramitación³¹⁴. Incluso en algunas ocasiones se otorga la correspondiente concesión sin haber asumido formalmente el municipio la titularidad del servicio. En ambos casos, la posterior decisión de declarar la competencia municipal sobre el servicio, puede acordar la municipalización del servicio en régimen de monopolio, a través del correspondiente expediente, no lleva aparejado ninguna obligación indemnizatoria por la extinción del contrato con la empresa privada que realizaba aquella prestación³¹⁵.

Este es el caso del Ayuntamiento de Ribarroja del Turia, donde da por resuelto el contrato suscrito por la Junta de Compensación de un ámbito urbanístico con la empresa Aguas de Valencia relativo a la prestación del servicio de suministro de agua potable en el Polígono Industrial, subrogándose el Ayuntamiento en el servicio. Ante la solicitud de la correspondiente indemnización, el órgano jurisdiccional afirma que si bien ha existido un consentimiento tácito del Ayuntamiento “que no debe ser confundido en modo alguno con la aceptación o reconocimiento de una concesión administrativa porque si... las formalidades y requisitos que reglamentariamente se establecen como condición de validez de la misma, obligan a la

³¹⁴ ESTEVE PARDO (2017a: 316); ALEMANY GARCÍAS (2018: 108).

³¹⁵ TORNOS MAS (2016: 38).



suministradora y a la Junta de Compensación, no es menos su obligatoriedad respecto a la Administración Pública, sometida igualmente a las mismas y bajo la misma pena de nulidad...(por lo que se puede) reconocer derecho alguno a indemnización respecto a un contrato que ha gozado de exclusividad durante su vigencia real superior a 22 años”³¹⁶

Pero sí puede exigirse una indemnización si la municipalización se proyecta sobre redes de titularidad privada, como consecuencia de su necesaria expropiación³¹⁷.

¿Qué puede hacer un consistorio en el cual empresas privadas prestan el servicio de agua potable al margen de una concesión formal por títulos privativos? ¿A caso, dichas empresas, no tienen una relación directa con los usuarios del servicio al aprobar las tarifas del coste del agua, o en su caso conectarse a la red viaria principal si es necesario? No podemos ignorar que en la aprobación de los precios de las tarifas, y en su cobro, se dan situaciones jurídicas que deben ser valoradas por el derecho administrativo pero, sobre todo, debe ser contemplada la actitud de pasividad de la administración concedente, respecto a una realidad

³¹⁶ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2017 (Recurso de Apelación núm. 405/2014; ECLI: ES: TSJCV:2017:2137).

³¹⁷ Esta es la situación derivada de la municipalización del servicio de abastecimiento en el municipio de Montserrat (Valencia), donde junto a la red municipal coexistían dos redes privadas que daban servicio a distintas zonas del municipio. Vid. el Informe de 11 de enero de 2018 (7/2017) de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Generalitat Valenciana sobre la municipalización de las redes privadas de abastecimiento de agua potable del municipio de Montserrat.



fáctica con contenido normativo como es el suministro de agua potable al margen de una concesión formal y, por lo tanto, susceptible de ser regulado por el derecho positivo. Si la administración en su comportamiento de dejar hacer no ha extinguido la concesión o no la ha rescatado para licitar nuevamente la gestión, en el caso de suministro de agua potable, significa que tácitamente consiente la situación material de actividades de la propia concesionaria y, a la vez, produce confianza del empresario-concesionario que, aunque no tenga un título formal, sigue prestando el servicio con apariencia de legalidad. De todas maneras, lo que nos preocupa a nosotros en estos momentos, no es tanto la naturaleza de la concesión fáctica y su fuerza normativa, sino determinar en qué punto se puede extinguir la concesión de hecho a efecto de recuperar la gestión pública directa. La Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo ha recogido el concepto moderno de precario elaborado por la jurisprudencia civil y considera que "también configuran situaciones jurídicas de precario"³¹⁸, las

³¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, Sección 4ª, de 8 de abril de 2003 (rec. 8789/1997) delibera en torno a un surtidor de carburante instalado sobre la vía pública. esta instalación sucede a otra primitiva que fue autorizada en virtud de contrato entre el Estado y el concesionario aprobado por Real Decreto Ley de 10 de enero de 1928 con arreglo al art. 17 del Real Decreto de 28 de junio de 1927. Sin embargo, por cuestiones urbanísticas este surtidor fue desmantelado y se instaló en otra ubicación al margen de cualquier título expreso. Siete décadas más tarde el ayuntamiento, al amparo del art. 120 RBEL, acuerda poner fin a la situación de precario, de manera que la Sentencia en su Fundamento Jurídico Undécimo acude a la figura del precario tolerado para confirmar la legalidad de la extinción: "Como se desprende de los hechos admitidos por la sentencia



utilizaciones u ocupaciones de los bienes públicos que no apoyan en título jurídico alguno, bien porque éste nunca ha existido o bien porque el que existía se ha extinguido. De esta forma, se entiende que están en situación de precario aquellos que habiendo dispuesto de una autorización o concesión que legitimaba su utilización o aprovechamiento del dominio público, tras extinguirse dicho título, por las razones que sea, continúan utilizando, de forma ilegítima y contra la voluntad de la administración, los bienes de dominio público. A ello no obsta, en modo alguno, la continuación en el pago de la tasa o canon correspondiente". En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso administrativo, de 15 de marzo de 1990, afirma que *la extinción de la realización jurídico-administrativa*

impugnada, la estación de servicio afectada pasó a la propiedad de Campsa desde la constitución del monopolio de petróleos y durante los largos años que transcurren hasta el inicio del expediente administrativo de recuperación, transformado luego en expediente de desahucio administrativo, fue, cuando menos, tolerada por el ayuntamiento. Esta Sala ha declarado con reiteración (sentencias de 7 de mayo de 1999, 11 de diciembre de 2000, 11 de mayo de 2001 y 25 de julio de 2001, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2179/1993, 7061/1993, 3485/1994 y 6324/1994) a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público y, con más evidencia, cuando la ocupación del demanio se ha producido en virtud de una autorización en precario (tanto más en el presente caso, en que la autorización no expresa, sino que se infiere del transcurso del tiempo y de la falta de oposición de la administración municipal), que la administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público".



producida por el cumplimiento del plazo de vigencia de cinco años establecido en la autorización administrativa y la comunicación por la administración al interesado de la necesidad de demoler las obras por haber caducado el plazo de la autorización, determina que la continuación en la ocupación del dominio público no pueda considerarse más que una situación jurídica de precario sin que el hecho de haber seguido pagando el canon exigido para la utilización del dominio público, "implique una prórroga de la autorización por "Tácita reconducción" sólo aplicable a la figura del arrendamiento". El abono del canon no tiene otro alcance jurídico que el de impedir la producción de un enriquecimiento injusto por parte del autorizado que ha incumplido el plazo de la autorización excediéndose abusivamente en el disfrute de la misma". Hemos de señalar que en los casos en los que la concesión no exista título concesional pero se da validez a la fuerza normativa de lo fáctico, es decir, por ejemplo en los casos comentados de suministro de agua potable, en las que pese a no existir un título formal, se dan por la vía de hecho, toda una serie de condiciones de índole jurídico que hay que valorar por ser, precisamente consentidas por la administración, refiriéndonos específicamente a que el concesionario, a través de los actos vicarios, sin título prestacional que los ampare, pueden cobrar tarifas a los usuarios del servicio, y puede establecer condiciones al régimen jurídico del servicio, o simplemente pueden dejar de suministrar a los particulares el agua potable.

3.- CONCLUSIONES

Primera.- El debate sobre la remunicipalización de servicios no puede llevarse a cabo de forma general sin



atender a las diversas realidades de los diferentes servicios públicos. Por ello hay que formularse una serie de preguntas ¿De qué servicio estamos hablando? ¿Es un servicio económico? ¿Es un servicio personal? ¿Es un servicio que requiere contar con una gran intensidad de personal para su prestación? ¿Es un servicio donde hay una fuerte carga de conocimiento técnico?

Segunda.- En relación a las concesiones existentes que queramos plantearnos la reinternalización, en primer lugar, tendremos que ver la duración de ese contrato concesional ¿Va a extinguirse, cuándo? ¿Se ha extinguido? Es muy diferente reinternalizar con la concesión ya extinguida o reinternalizar el servicio cuando la concesión todavía está vigente, como hemos analizado a lo largo del presente artículo. También hemos estudiado en el presente artículo, de manera pormenorizada, qué ocurre con las concesiones fácticas que han nacido al margen de la ley pero que funcionan como títulos privativos cuando nos queramos plantear el fenómeno de la reinternalización. En estos casos, la dificultad es todavía mayor, ya que el régimen concesional que se está prestando, ha nacido al margen de cualquier procedimiento de licitación pública.

4.- BIBLIOGRAFÍA

Alemany Garcías, J. *La recuperación de los servicios públicos locales*. Ed. Thomson-Reuters-Civitas, Navarra 2018.

Esteve Pardo, J. *El movimiento remunicipalizador. Experiencia y expectativas*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Iustel, 2017.

Marcou, G. "La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos", en Ruiz



Ojeda y Goh, J. (dirs.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid 2000.

Mestre Delgado, J. F., *La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°. 74, 2018

Muñoz Machado, S. *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites al principio de neutralidad*, en Pérez moreno, A. (coord.): *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, volumen II, Ed. Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid 1994.

Pimentel Siles, M. (2017), Prólogo al libro colectivo *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Feijóo Rey-Pimentel siles (eds.). Ed. Almuzara, 2017.

Torno Mas, J. - *La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*. En *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, Madrid 2017.

- *Estudio sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*. Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. Monográfico, 2017.



**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 *Verdana*³¹⁹. 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

³¹⁹ 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.

uso 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 un 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 nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

