

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 II

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 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., "Aciertos, 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 VI:
COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA**



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019

<http://gabilex.castillalamancha.es>

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP2017.

José Luis Arístegui Carreiro

Director General en España de VORTAL Connecting
Business

Ingeniero Informático experto en contratación pública
electrónica y comercio electrónico

RESUMEN: La necesidad de disponer para España de un modelo regulatorio de colaboración público privada, para la implementación efectiva de la contratación pública electrónica. Una regulación que permita convivir en un marco de igualdad y respeto, basado en una competencia en igualdad de condiciones, a las soluciones de contratación electrónica (públicas y privadas), y con un cumplimiento normativo en aspectos tan importantes como la seguridad informática, interoperabilidad y su adecuación al derecho nacional y europeo.

ABSTRACT: The necessity to have for Spain, a regulatory model of public-private collaboration for the effective implementation of electronic public procurement. A regulation that allows to coexist in a framework of equality and respect, based on a competence in equal conditions, to electronic contracting solutions (public and private), and with regulatory compliance in such important aspects as computer



security, interoperability and its adaptation to national and European law.

PALABRAS CLAVE: Licitación Electrónica, Contratación Electrónica, Seguridad, Interoperabilidad, Regulación, Compras Públicas.

KEYWORDS: Electronic Tender, Electronic Contracting, Security, Interoperability, Regulation, Public Purchases.

Por todos es sabido la importancia de la adopción como país de la contratación pública electrónica para nuestras administraciones públicas y operadores económicos, los datos en términos de mayor eficiencia en la gestión pública, reducción del gasto público, aumento de la transparencia y concurrencia de los países que la implementaron con una clara **estrategia nacional**, así lo demuestran (Libro Verde Contratación Pública Electrónica Unión Europea 2010).

España hizo una apuesta muy importante y valiente en la aprobada Ley 9/2017 en adelante LCSP, para imponer desde su entrada en vigor como obligatoria la licitación pública electrónica en los procedimientos de contratación, quizá merecía un capítulo, pues la regulación necesaria da para escribir y varios..., consensado en su contenido con el mercado (público y privado), que una simple disposición adicional como es la decimosexta, pero fue una decisión valiente sin pensar en las consecuencias de su aplicación, y los importantes impactos que ha sufrido el mercado, como el parón producido en los órganos de contratación y por tanto el

impacto sufrido en la economía, no hay que olvidar que la compra pública representa un 18% de nuestro PIB, y es el sustento de miles de empresas en este país, como la nulidad de procedimientos de contratación realizados en papel, que ha tenido para las administraciones públicas durante el pasado año 2018 y la dificultad para algunos gestores públicos, de qué modelo implementar.

La mayoría de administraciones por cierto a fecha de la redacción de este artículo siguen incumpliendo la LCSP y no exigiendo, ni permitiendo la recepción de ofertas por medios electrónicos, sólo hay que hacer un análisis de las licitaciones publicadas en la plataforma de contratos del sector público, en adelante PLCSP, para darse cuenta que no superamos ni el 52% de procedimientos electrónicos en los últimos meses. Con lo fácil que hubiera sido declarar la nulidad de un procedimiento de contratación pública si no se realiza por medios electrónicos en la misma ley, una simple frase como esta puede cambiar el comportamiento de nuestras administraciones, al igual que se hizo con la obligación de la publicación en la PLCSP, que no tuvo ningún éxito tras la entrada en vigor de la ley de garantía de unidad de mercado, y sólo ahora cuando en la nueva LCSP2017 se amenaza con la nulidad del procedimiento, ha visto incrementado su uso de forma muy notable. Aquí han tenido que ser los tribunales de contratos los que han determinado que el medio electrónico es obligatorio por falta de contundencia del legislador. Por tanto, tras casi un año de la entrada en vigor de la LCSP, en lo que respecta a lo electrónico, la situación en la que nos encontramos es mala o muy mala, ya que el incumplimiento es masivo y nadie quiere asumir la responsabilidad de liderar la transformación digital de los órganos de contratación de la administración pública a nivel nacional.



Quizá la LCSP podía ser más electrónica como comentábamos, siendo más contundente en sus afirmaciones y evitando utilizar el “podrá” que a nuestros legisladores les gusta tanto, pero no debe darse la oportunidad a interpretación en un tema tan importante y que deriva de una obligación comunitaria como es éste.

Anuncios de licitación publicados en el periodo de 01/10/18 a 29/01/19.							
Entidades	Publicados en PLACSP	Presentación electrónica de ofertas				EN PAPEL	%Licitación PAPEL
		PLACSP	Sistemas Externos	TOTAL Lic. electrónica	%Licitación electrónica		
Todos los Organismos Públicos	23.938	9.285	3.122	12.407	51,83%	11.531	48,17%
AGE	2.678	1.784	145	1.929	72,03%	749	27,97%
CC.AA. (*)	2.149	1.461	9	1.470	68,40%	679	31,60%
Administración Local	12.766	4.230	1.677	5.907	46,27%	6.859	53,73%
Otras Entidades del Sector Público	6.345	1.810	1.291	3.101	48,87%	3.244	51,13%

(*) Castilla-La Mancha, Catilla y León, Valencia, Islas Baleares, Islas Canarias, Extremadura, Cantabria, Aragón y Melilla

*Fuente PLACSP

Varios a mi juicio son los factores que han influido en los pobres resultados que ha obtenido España en la implementación de la licitación electrónica, pero quizá el más importante que determina otros aspectos más técnicos, sea una **total ausencia de modelo y falta de liderazgo técnico-político**, mezclado con una interpretación de la LCSP que algunos siempre utilizan de modo partidista, que no ajusta al interés general.

En Europa que por cercanía y por ser socios es donde tenemos que mirarnos, existen diferentes modelos para la implementación de la contratación electrónica, pero aquellos países más avanzados en la materia desde ya hace años como son el caso de Portugal, Holanda, Alemania, Reino Unido y los países nórdicos, tienen todos algo que común, **existen estrategias nacionales de colaboración público privada para la implementación de la contratación electrónica**, y es

además el modelo que se prefiera desde la comisión, huyendo de grandes inversiones y monopolios públicos, con un marco regulatorio claro y que permite a operadores privados y públicos prestar servicios al mercado en igualdad de condiciones, y con unas normas claras de respeto y respecto a la prestación de los servicios, en aspectos técnicos tan importantes como la seguridad e interoperabilidad. Pero en ninguno caso en Europa pasa lo que está sucediendo en España, donde la iniciativa privada lideró esta transformación digital de los órganos de contratación desde 2009, y ahora pretenden ser apartados por plataformas públicas, que no están habilitadas normativamente para prestar este tipo de servicios, y carecen de la funcionalidad necesaria para cumplir con el marco regulatorio nacional (imposibilidad de utilizar nuevas herramientas para la racionalización de la contratación como los SDA) y europeo (impidiendo presentarse a empresas de estados miembros de la UE a expedientes de licitación contraviniendo el tratado fundacional de la UE, y la normativa EIDAS), perjudicando de forma notable a los órganos de contratación e imponiendo un modelo burocrático que no dista en nada del tradicional en papel, justo lo contrario a lo perseguido en las directivas del 2014 de la UE para la profesionalización de la compra pública.

La comisión europea ya lo solicitaba en la comunicación UE 26/06/2013 **“La Contratación pública electrónica de extremo a extremo (Licitación Electrónica + Factura Electrónica), no consiste en implementar un proyecto informático que sea una simple réplica de los procesos burocráticos actuales, es una oportunidad para replantearse de manera fundamental el modo en que se organiza la administración pública”**. Y ahora es momento de hacer una pequeña reflexión sobre las plataformas que para lo único que sirven es para subir, bajar y firmar

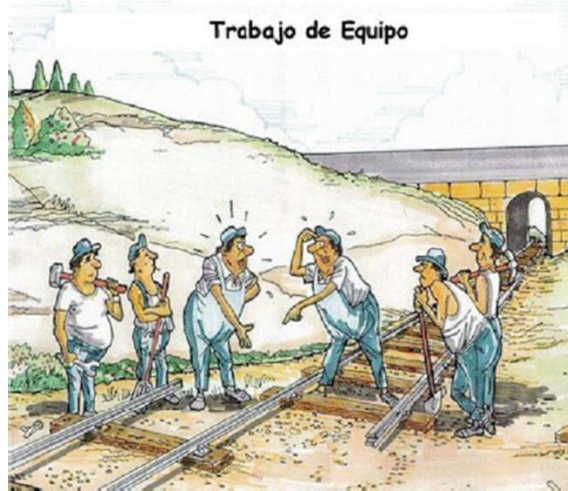


documentos. Esto no es licitación electrónica ni administración electrónica, ni aporta ningún valor a la administración o las empresas-ciudadanos, el esfuerzo de implementación y gestión del cambio es mucho mayor, ya que rápido no se ven resultados y cunde la decepción achacando el problema a la contratación pública electrónica, que tampoco es tan maravillosa, cuando es el modelo de algunas plataformas el que no funciona, no aportan nada. Para esto como dicen algunos, nos quedamos como estábamos en papel, y no les falta razón.

Aquí en España en este momento y ante la ausencia de modelo, cada administración pública está haciendo "la guerra por su lado", desarrollando plataformas a medida con medios externos a la administración, tratando de prestar otros servicios como la licitación electrónica que ya existen previamente a estas plataformas públicas en el mercado impulsadas por la iniciativa privada, o contratando plataformas privadas, que ni siquiera cumplen un mínimo de calidad, ni tienen recursos humanos suficientes para una adecuada prestación del servicio, o cumplen estándares en materia de seguridad e interoperabilidad, y que luego repercuten en la calidad de nuestros servicios públicos y el trabajo de nuestros funcionarios. Ahora mismo cualquier plataforma puede venir a España y empezar a operar, sin ningún tipo de garantía, ni de cumplimiento de leyes tan elementales como la de firma electrónica, o con una buena adecuación del sistema a la LCSP, ya existen varios ejemplos en nuestro país.

En la LCSP el comité de cooperación nacional, liderado por la dirección general de patrimonio y las comunidades autónomas, es el encargado de definir el modelo y la estrategia de contratación electrónica nacional para España, comité que no se reúne con la frecuencia que

sería necesaria y deseable. Me sorprende además que se excluya de este comité a la iniciativa privada, impulsora de la utilización de medios electrónicos en la contratación pública y principal actor en el mercado público actual, con una gran experiencia, que estoy seguro algo podría aportar, veo con preocupación durante los últimos años, la falta de entendimiento y respeto entre los mundos privado-público. Este no es un tema menor, y gran parte de la actual situación de confusión entre utilización de plataformas públicas o privadas, la interoperabilidad necesaria del dato, la relación con nuestros socios europeos (mercado único) y la seguridad de la información para garantizar la custodia del expediente de contratación, se debe a la ausencia de modelo alguno, algo que le pone muy difícil a los gestores públicos su tarea diaria y a los operadores económicos les genera una gran desconfianza en el sistema. De hecho, ahora mismo estamos todos sufriendo las consecuencias de no haber regulado ni trabajado previamente como país en algo que sabíamos todos que llegaría, ya que desde el 2002 la unión europea en distintos foros y por supuesto en el seno de la comisión que es el parlamento europeo, venían advirtiéndolo. Pero ahora con la actual legislación europea y nacional, se acabó el tiempo, ya no se puede mirar para otro lado, y toca trabajar en equipo, colaborando sector público y privado para una correcta implementación de la contratación electrónica, ya que de lo contrario no será posible, y la imagen que vemos en líneas inferiores es hoy ya una realidad, como lo fue en el ámbito de la sanidad, la interoperabilidad entre plataformas tecnológicas, con las tarjetas sanitarias de las CCAA o los expedientes médicos de pacientes, ambos casos siguen sin solución a día de hoy.



Fuente: [http:// humor12.com](http://humor12.com)

En España nos guste más o menos tenemos una situación bastante distinta a la de nuestros socios europeos, nuestros niveles de administración AGE, CCAA, entidades locales, no favorece en nada a la deriva de intentar implementar modelos centralizados, ya que además de por la gran inversión que sería necesaria para una plena satisfacción del servicio, serían inviables económicamente en la actualidad y poco justificables teniendo soluciones privadas ya en el mercado operando.

Nos encanta inventar la rueda en este país, y en vez de ayudar y contribuir al desarrollo de nuestras empresas, a exportar conocimiento y tecnología a otros países, además de crear empleo y mejorar la riqueza del nuestro, les ponemos todas las trabas posibles para su adecuado funcionamiento y evolución, siendo en ocasiones perjudicadas frente a competidores de ámbito europeo, que al tener marcos regulatorios claros en sus países en lo que respecta a la contratación electrónica, les permite arriesgar y realizar inversiones en sus

productos y servicios que luego se traducen en una posición de ventaja aquí en el mercado español, haciendo a las nuestras menos competitivas.

La existencia de proyectos de implementación de la licitación pública electrónica en España en nuestras administraciones públicas, no es para nada reciente, ya que en el año 2004 el gobierno vasco con Jaime Domínguez Macaya liderando el proyecto, ya estaban realizando sus primeras licitaciones electrónicas, recibiendo premios de la unión europea como pioneros a nivel comunitario, y diseñando lo que a día de hoy es un proyecto de éxito ya consolidado. Pero no es **hasta 2010** donde crece y se generaliza en España considerablemente su utilización, **cuando la iniciativa privada democratiza la posibilidad de disponer de soluciones de compra electrónica con precios altamente competitivos huyendo de los modelos de grandes de inversión informáticos**, y decide apostar para proveer a las administraciones públicas españolas de plataformas para la gestión por medios electrónicos de la contratación pública, y crear un mercado que hasta aquel momento era inexistente y que algunos gestores de lo público, decidieron apostar para mejorar su gestión diaria. La situación que tenemos ahora mismo en el sector de la contratación electrónica en España, es similar a lo que ocurrió con el nacimiento de la ley 11/2007 donde numerosas empresas privadas apostaron por crear programas informáticos para dar soporte a las exigencias de dicha ley, adelantándose a los servicios comunes que desde el ministerio se pusieron a disposición de la administración, y que en la actualidad muchas han desaparecido y otras que han tenido más suerte han podido o sabido reinventarse.

De todos modos y por ver los aspectos positivos en el actual escenario nacional, esto no acaba nada más que comenzar y será un reto para todos, que nuestras



administraciones públicas y operadores económicos, tengan un marco regulatorio claro, sin intervención de terceras partes en las decisiones técnicas en cuanto al modelo a utilizar. **Las plataformas públicas no son obligatorias, ni van a ser obligatorias**, están ahí y al contrario de lo que promueven o comunican, **no son gratuitas**, porque al final las administraciones que las utilizan asumen costosos costes de su mal funcionamiento, con personal propio en algunos casos reasignado a tareas de soporte, o subcontratando servicios de formación y soporte a empresas privadas especializadas que han visto una oportunidad de negocio en la carencia de dichas plataformas públicas, costes que en muchas ocasiones, superan a los de las actuales plataformas privadas para la gestión de la contratación electrónica.

Por concluir, España precisa un modelo regulatorio claro para la implementación de la contratación pública electrónica, y esto pasa por la colaboración pública privada, en un marco de entendimiento y respeto mutuo, que aproveche los conocimientos de ambos mundos para una mejor prestación de los servicios, y conforme a la estrategia definidas por la UE.

Debemos de huir de grandes inversiones en proyectos tecnológicos, con modelos obsoletos por los que ningún país avanzado de nuestro entorno cree, que precisan de una fuerte inversión para su evolución y mantenimiento, y que han demostrado ser más eficientes y efectivos siendo prestados por el sector privado de plataformas electrónicas de contratación, a unos precios altamente competitivos que no justifica en medida alguna plataformas públicas centralizadas, lo que nos hace falta en España es más regulación y menos inversión.

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

THE DEUC AND ITS FRAMEWORK OF USE IN THE CONTRACTING PROCEDURES.

Jaime Pintos Santiago

Abogado-Consultor especializado en contratación
pública

Profesor del Máster en Derecho de la Contratación
Pública de la UCLM (España)

Funcionario de carrera en excedencia

www.jaimepintos.com

Abogado y Consultor especialista en contratación pública. Doctor en Derecho. Funcionario de carrera en excedencia. Miembro del Consejo de Redacción y del Comité Científico de distintas publicaciones científicas. Autor, director y coordinador de distintos monográficos dedicados al Derecho de la contratación pública, también desde su vertiente comparada. Es autor de decenas de publicaciones entre colaboraciones en libros y artículos de revistas jurídicas y editoriales de impacto, tanto de España como de otros países. Su Tesis doctoral fue la seleccionada en el año 2016 para su publicación por el INAP. Ha sido ponente en el Congreso de los Diputados tras la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, ha participado como miembro del Comité Científico, del Comité de Programa o del Comité



Organizador en distintos Congresos nacionales e internacionales. Conferenciante y ponente invitado en eventos nacionales e internacionales, dentro y fuera de España y colaborador habitual de las principales Escuelas de Administración Pública y Escuelas de Negocios.

RESUMEN: La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), supone una generalización normativa del uso del DEUC que ya había venido siendo impuesta también en virtud del efecto directo de las Directivas al transponer el Reino de España tardíamente las mismas. Pero, tras un año de la nueva norma ¿a qué procedimientos de contratación se aplica y cómo? A ello pretende dar respuesta este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Documento europeo único de contratación; licitación pública electrónica; procedimientos contratación; umbrales económicos.

ABSTRACT: Law 9/2017, on Public Sector Contracts (LCSP), supposes a normative generalization of the use of the DEUC that had already been imposed also by virtue of the direct effect of the Directives when transposing the Kingdom of Spain belatedly. But, after a year of the new standard, what recruitment procedures are applied and how? This is the answer to this work.

KEYWORDS: European single contracting document; electronic public tender; contracting procedures; economic thresholds.

SUMARIO: I. ¿Dónde viene regulado el DEUC en la Ley exactamente? II. ¿En qué procedimientos es exigible y según qué cuantías. III. Concluyendo.

I. ¿DÓNDE VIENE REGULADO EL DEUC EXACTAMENTE?

El 6 de enero de 2016 se publicó en el DOUE el REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2016/7 DE LA COMISIÓN, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC, en adelante) que dispone en su artículo primero que

"a partir del momento en que entren en vigor las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y, a más tardar, a partir del 18 de abril de 2016, se utilizará para los fines de la elaboración del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del presente Reglamento."

Por tanto, este Reglamento recoge el modelo normalizado del DEUC para toda la UE², tratándose ésta de una obligación imperativa impuesta por un Reglamento de la UE que es directamente aplicable desde el momento de su entrada en vigor, que según su segundo y también último artículo, se produjo a los 20 días de su publicación en el DOUE, si bien en este caso para España y resto de Estados miembros que no transpusieron se pospuso la efectividad de la medida al momento de finalización del plazo de transposición de las

² MEDINA ARNÁIZ, T., "El Documento Único Europeo de Contratación: un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública", en AAVV, *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Civitas, Cizur Menor, 2016.



Directivas, esto es, el 18 de abril de 2016 que es cuando tomó plenos efectos³.

El artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE⁴, establece en su punto primero que en el momento de la presentación

³ *"La utilización de una declaración responsable para la acreditación inicial de los requisitos previos para contratar no es nueva en nuestro ordenamiento, pues ya por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización se añadió un apartado 4 al artículo 146 TRLCSP, admitiendo como hemos visto su utilización en contratos por debajo de determinado umbral y facultando al órgano de contratación para permitir en el resto de los casos su presentación previéndolo en los pliegos".* Así se recoge expresamente en AA.VV., (dir. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel), Contratación del Sector Público Local. 4ª Edición (Tomo I), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017, pág. 755.

⁴ Respecto del artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE el Documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, *"Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público"*, presentado y aprobado en reunión de 1 de marzo de 2016 (pág. 39), determinaba que

"Los apartados 1, 2, 3, 4 y 6 de este precepto tendrán efecto directo por ser claros, precisos e incondicionados. El apartado 2, aunque finaliza su plazo de transposición el día 18 de abril de 2018 (artículo 90.3 de la directiva), es un mandato a la Comisión que ésta ya ha cumplido mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación; dicho Reglamento, como se especifica en sus artículos 1 y 2 "será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" a partir del 18 de abril del 2016. Finalmente, el apartado

de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el DEUC, consistente en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen que el operador económico cumple las condiciones requeridas para la licitación, de forma que posteriormente este precepto establece, como regla general a salvo de alguna excepción que contempla el propio artículo, que antes de la adjudicación del contrato el poder adjudicador exigirá al licitador al que haya decidido adjudicar el contrato que presente los correspondientes documentos justificativos.

Finalmente e importante también es saber que los órganos de contratación deberán reconocer expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares el derecho de las entidades licitadoras a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso que enumera el artículo 59.1 Directiva 2014/24/UE mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del DEUC. Sobre la utilización del DEUC en los pliegos, resulta aconsejable acudir a consultar la Recomendación 2/2016, de 21 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón⁵.

5 termina su plazo de transposición el 18 de octubre de 2018 (artículo 90.4 de la Directiva).

El efecto directo implica que el artículo 146 TRLCSP queda desplazado en lo relativo al carácter potestativo de la posibilidad que contempla, que pasa a ser la regla general.”

⁵ Disponible en este enlace:
<http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosCo>



Por otro lado, hay que decir al margen de lo anterior que se contemplaba un periodo de transición en el coexistirán el DEUC “en papel” y el DEUC electrónico, concretamente hasta el 18 de abril de 2018, por lo que hoy en día el DEUC ya debe ser íntegramente en formato electrónico.

Hasta aquí, la regulación contenida a nivel europeo, su aplicación directa desde el pasado 18 de abril de 2016⁶.

[nultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_ Informes Actuaciones/22016B.pdf](#) [fecha de consulta: 21-octubre-2018].

⁶ Respecto de los efectos que tenía en el TRLCSP de 2011, hoy derogado, el BOE nº 85 del 8 de abril de 2016 publicó la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública.

De esta recomendación se deducían claramente, una vez resumidas, varias cuestiones: en cualquier caso el DEUC era conceptualmente la declaración responsable del artículo 146.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), estableciéndose un nuevo contenido para la misma, si bien el DEUC sólo desplazaba al artículo 146.4 en aquellos contratos en los que era de aplicación, esto es, en los contratos de obras, servicios y suministros sujetos a regulación armonizada que se tramitaran por procedimiento abierto, restringido, negociado con publicidad o diálogo competitivo. Para los procedimientos negociados sin publicidad se aplicaría únicamente el DEUC cuando en alguno de los tipos contractuales enumerados (obras, servicios y suministros SARA) se incardinaba en alguno de los supuestos previstos en los artículos 170.c), 173.b) y 174.d) del TRLCSP.

Si atendemos ahora a la regulación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) el régimen jurídico aplicable es el siguiente:

1. En la LCSP 2017, en la regulación de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas destaca especialmente la regulación de la declaración responsable, cuyo contenido recoge lo establecido en la nueva Directiva de Contratación y guarda coherencia con el formulario del documento europeo único de contratación establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. De forma que con el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas, se mantiene el uso de la declaración responsable, pero **se amplía el espectro de casos en los que se utiliza** y se regula pormenorizadamente su contenido según lo establecido en la nueva Directiva de Contratación y de forma coherente con el formulario del Documento europeo único de contratación aprobado por la Comisión Europea.
2. **El artículo 140 de la LCSP**, ubicado en el Libro II de la Ley referido a los contratos de las Administraciones Públicas, dentro del Título I que se refiere a las disposiciones generales aplicables a estos contratos, y del Capítulo I, Sección 2ª que recoge las normas de preparación y adjudicación de estos contratos, lleva por título la *"presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos"* y dispone en su apartado primero que en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas



establecidas a continuación [la negrita y el subrayado son añadidos]:

a) *"Las proposiciones en el procedimiento abierto **deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación** de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:*

[...]

b) *En el caso de solicitudes de participación en los procedimientos restringido, de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en el de asociación para la innovación, **la declaración responsable a que se refiere la letra a) anterior** pondrá de manifiesto adicionalmente que se cumple con los requisitos objetivos que se hayan establecido de acuerdo con el artículo 162 de la presente Ley, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.*

c) *En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, cada una de ellas también deberá presentar una **declaración responsable** en la que figure la información pertinente para estos casos **con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación** a que se refiere el artículo siguiente.*

La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de



conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo.

d) [...]

e) *En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante **en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación** a que se refiere el artículo siguiente.*

[...]

f) **Además de la declaración responsable a que se refiere la letra a) anterior, las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, deberán aportar una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.**

g) *Cuando el pliego prevea la división en lotes del objeto del contrato, si los requisitos de solvencia económica y financiera o técnica y profesional exigidos variaran de un lote a otro, **se aportará una declaración responsable por cada lote o grupo de lotes al que se apliquen los mismos requisitos de solvencia.***

3. También el artículo 140 recoge en su punto segundo que cuando de conformidad con la LCSP, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el



formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación. Recogiendo en sus apartados tercero y cuarto otros mandamientos que a efectos de la resolución de la consulta planteada no resultan de interés.

Por su parte el artículo 141 dedicado a la “declaración responsable y otra documentación”, dispone expresamente que:

1. *“Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. **El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación** aprobado en el seno de la Unión Europea, **sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.**”*

2. [...]”

Así, el artículo 159.4 c) recoge parte del procedimiento abierto simplificado y expresamente establece:

“Las proposiciones deberán presentarse necesaria y únicamente en el registro indicado en el anuncio de licitación.

La presentación de la oferta exigirá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta; a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad; a no estar incurso en prohibición de contratar alguna; y se pronunciará sobre la existencia del compromiso a que se refiere el artículo

75.2. A tales efectos, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable.

Adicionalmente, en el caso de que la empresa fuera extranjera, la declaración responsable incluirá el sometimiento al fuero español.

En el supuesto de que la oferta se presentara por una unión temporal de empresarios, deberá acompañar a aquella el compromiso de constitución de la unión.”

Con lo anterior completamos la regulación normativa principal sobre el DEUC en la Unión Europea y en la LCSP, añadiendo a la misma lo previsto a continuación.

II. ¿EN QUÉ PROCEDIMIENTOS ES EXIGIBLE?

Para dar respuesta a la segunda cuestión planteada, cabe decir que todo lo anterior nos lleva a las siguientes conclusiones, **el DEUC es exigible en los procedimientos abierto, restringido, de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en el de asociación para la innovación.** Es necesario precisar que el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, precisa que en los procedimientos negociados sin publicidad solicitar el DEUC constituiría una carga administrativa innecesaria cuando hay un solo posible participante predeterminado o en situaciones de urgencia.

Por otro lado, no parece que sea obligatorio su uso en el procedimiento abierto simplificado y supersimplificado y nada dice el artículo 140 de la Ley sobre los sistemas dinámicos de adquisición y los acuerdos marco.



Pues bien, analicemos estas últimas cuestiones:

a. **Procedimiento abierto simplificado y supersimplificado:**

De acuerdo con el tenor literal del artículo 159 LCSP, los licitadores deben cumplimentar una declaración responsable que en principio parece diferente del DEUC. Esta salvedad en la exigencia del DEUC vendría justificada por la necesidad de simplificar estas variantes del procedimiento abierto.

El apartado 4.c) del artículo 159 LCSP indica que el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar:

- la representación de la sociedad que presenta la oferta;
- a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente;
- a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad;
- a no estar incurso en prohibición de contratar alguna;
- y se pronunciará sobre la existencia del compromiso a que se refiere el artículo 75.2 [referido al compromiso de acreditación de la solvencia externa].
- Adicionalmente, en el caso de que la empresa fuera extranjera, la declaración responsable incluirá el sometimiento al fuero español.

No se puede olvidar que esta declaración responsable en documento normalizado a nivel de la Unión Europea (DEUC), así como la prevista en el artículo 159 LCSP, no resuelve otras declaraciones responsables que se

puedan requerir, como es el caso particular de aquéllas que tengan que ver con los aspectos sociales o medioambientales. En esta misma línea, para SANMARTÍN MORA la declaración responsable recogida en el 159.4 c) no recoge y entiende sí se debería incluir en la declaración lo relativo a la pertenencia a un grupo empresarial a los efectos de la aplicación de los artículos 70 y 149.3 LCSP, que regulan las condiciones especiales de compatibilidad y las ofertas con valores anormales o desproporcionados, respectivamente⁷.

Además y según el propio artículo 159.4 c), a esta declaración deberá añadirse el compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresarios, en su caso.

Se trata pues a todas luces de una declaración responsable distinta del DEUC, como recordemos expresamente admite el anteriormente meritado artículo 141.1 LCSP.

Esto nos llevaría a la conclusión de que **las modalidades de procedimiento abierto simplificado no será exigible el DEUC, si bien la opción de exigir el DEUC en estos procedimiento quizás no pueda considerarse legalmente excluida, aunque** en opinión quién suscribe su exigencia carece de sentido y **no se recomienda**, entendiendo que según

⁷ MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA, en “Los procedimientos simplificados en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: algunas cuestiones prácticas que pueden poner en valor este procedimiento”, en la página del Observatorio de Contratación Pública, disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.348/relcategoria.208/relmenu.3/chk.042a7c831df53f06ff719751c9743085> [fecha de consulta: 22-octubre-2018]



el tenor literal de la LCSP debe valorarse solicitar una declaración más simple⁸.

b. Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición:

En lo referente a los acuerdos marco y a los sistemas dinámicos de adquisición habrá que estar a lo que dicen sus propias normas.

Así en el caso de los **acuerdos marco** el artículo 220 que recoge el procedimiento de celebración de acuerdos marco, precisa en un apartado primero que *"Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley."* Es decir, que expresamente remite a las normas que anteriormente mentábamos y entre las que se encuentran precisamente los artículos 140 y 141 que regulan la utilización del DEUC. Lo que sin lugar a dudas nos viene a determinar que **en las normas para la preparación y presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos en los acuerdos marco es exigible igualmente el DEUC.**

En cuanto a los **sistemas dinámicos de adquisición** (SDA) el artículo 224.1 LCSP establece que para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición los órganos de contratación seguirán las normas del procedimiento restringido (arts. 160 a 165),

⁸ Así lo entiende igualmente el Informe 7/2018, de 26 de febrero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su apartado IV.11).

con las especialidades que se establecen en la correspondiente Sección. **Siendo obvio así que a estos sistemas dinámicos de adquisición se les aplica la normativa propia de los procedimientos restringidos, entre la que hemos visto está la aplicabilidad y exigencia del DEUC.**

Pero es que además y a mayor abundamiento el propio régimen jurídico de los SDA recoge cuando regula la incorporación de empresas al sistema, en su artículo 225 apartado 5, que

*"Cuando los candidatos hubieran acreditado el cumplimiento de los criterios de selección **mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 de la presente Ley**, los órganos de contratación podrán exigirles en cualquier momento del período de vigencia del sistema dinámico de adquisición que presenten una nueva declaración responsable renovada y actualizada. La misma deberá ser aportada por el candidato dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que este fue requerido.*

Vemos pues que el propio régimen jurídico de los SDA refiere en el artículo 225.5 LCSP la utilización del DEUC expresamente en la regulación de la incorporación de empresas al sistema. Añadiendo el meritado apartado 5 que durante todo el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición será de aplicación el apartado 3 del artículo 140, apartado este que dispone:

"El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas



razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.”

III. CONCLUYENDO

La regulación del DEUC es la contenida en las referencias realizadas a lo largo de este estudio.

El DEUC es exigible en los procedimientos abierto, restringido, de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en el de asociación para la innovación. Considero que es igualmente exigible en los sistemas dinámicos de adquisición y los acuerdos marco, conforme a la normativa y previsiones indicadas en este trabajo.

Por su parte en las modalidades de procedimiento abierto simplificado no será exigible el DEUC, si bien la opción de exigir el DEUC en estos procedimientos no pueda considerarse legalmente excluida, aunque en opinión quien suscribe su exigencia carece de sentido y no se recomienda, entendiendo que según el tenor literal

de la LCSP debe valorarse solicitar una declaración más simple, precisamente en redundancia de la simplificación y también sumariada de estos procedimientos.

IV. RECOMENDACIÓN

No se puede dejar de recordar por otra parte, la recomendación realizada respecto de la posibilidad de no solicitar el DEUC por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, para los procedimientos negociados sin publicidad cuando haya un solo posible participante predeterminado o en situaciones de urgencia. Si bien esta es una recomendación que aunque entiendo como válida y aplicable, creo oportuno dejar la opción final al juicio del órgano de contratación atendiendo siempre a la situación del caso concreto.

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

Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica Consejería de Presidencia y
Justicia⁹
Gobierno de Cantabria

RESUMEN: Este trabajo nace con la finalidad de exponer algunas cuestiones legales y prácticas con relación a la firma electrónica, como instrumento o medio electrónico al servicio de la contratación pública, a través del examen de este medio electrónico desde diferentes ángulos y con una visión global e interrelacionada dado que estamos en presencia de diferentes sujetos que deben hacer uso de la misma en los procedimientos de contratación, así, en especial, se analizará tanto las características básicas de su configuración técnica como el marco normativo aplicable a los dos ámbitos que inciden en la implementación de la contratación pública y desarrollo de los procedimientos de contratación pública, uno interno (empleados públicos intervinientes en la gestión) y otro externo (la necesaria intervención de los licitadores).

⁹ Las opiniones manifestadas en este artículo son exclusivamente a título personal, y en ningún caso como representación del Gobierno de Cantabria.



ABSTRACT: This work was born with the purpose of exposing some legal and practical issues in relation to the electronic signature, as an instrument or electronic means at the service of public procurement, through the examination of this electronic medium from different angles and with a global and interrelated vision given that we are in the presence of different subjects that should make use of it in the contracting procedures, in particular, it will analyze both the basic characteristics of its technical configuration and the regulatory framework applicable to the two areas that affect the implementation of public procurement and development of public procurement procedures, one internal (public employees involved in the management) and the other external (the necessary intervention of the bidders).

PALABRAS CLAVE: firma electrónica, plataforma de contratación, licitación, prestadores de servicios de confianza, listas TSL.

SUMARIO: 1. Marco normativo básico estatal para la implementación de la firma electrónica. 2. Tipología de firmas electrónicas 3. Examen del diferente régimen legal de la firma electrónica en la e-contratación en función de su ámbito funcional de aplicación. 3.1. Una aproximación al régimen jurídico establecido en la LCSP sobre los requisitos técnico informáticos que pueden incidir en la implementación de los tipos de firma electrónica "ad intra". 3.2. Las previsiones de la LRJSP y la firma electrónica de los empleados públicos. 3.3. Examen del vigente régimen jurídico establecido en la LCSP sobre los sistemas de firma electrónica a utilizar "ad extram", en los procedimientos de contratación. 4. Conclusiones / Recomendaciones.

1. MARCO NORMATIVO BÁSICO ESTATAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

La determinación del tipo de firma electrónica que nuestras administraciones y licitadores deben utilizar en los procedimientos de contratación deben respetar necesariamente, en primer lugar las previsiones del REGLAMENTO (UE) nº 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (ReIDAS), y en segundo lugar, también las previsiones básicas estatales que vamos a exponer a continuación.

Debemos comenzar señalando que la política de firma electrónica y de certificados de la Administración tiene una misión esencial, en concreto, la determinación de las reglas y obligaciones de todos los actores involucrados en el proceso de firma, y su régimen legal se regula de forma fragmentaria mediante un variado conjunto de normas, lo que supone claramente otro ejemplo de mala técnica legislativa, de manera que es muy difícil delimitar de forma ordenada y precisa el marco normativo regulador de esta figura.

Así, en primer lugar, debemos remitirnos a las previsiones del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica (ENI) que regula dentro del concepto de interoperabilidad la firma electrónica y los certificados, en su capítulo IX, artículos 18 a 20, con una especial referencia a la denominada "política de firma electrónica y de certificados".

Dichos artículos suponen un desarrollo clave del régimen de uso de la firma electrónica en el procedimiento



administrativo electrónico, puesto que condicionan, para todas las Administraciones Públicas y de forma absolutamente esencial, el uso de este instrumento de identificación y autenticación, regulado en su momento en la LAE y que sigue resultando de aplicación en estos momentos a las previsiones de la LPACP y LRJSP, dentro del marco general de uso de la firma electrónica previsto en el ReIDAS, y en lo que no contradiga a este en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Así, el ENI también establece una definición de política de firma electrónica y de certificados de la Administración en su anexo, en concreto, señala: *"conjunto de normas de seguridad, de organización, técnicas y legales para determinar cómo se generan, verifican y gestionan firmas electrónicas, incluyendo las características exigibles a los certificados de firma"*.

Por otro lado, el ENI determina que la política de firma electrónica y de certificados de la Administración General del Estado, servirá de marco general de interoperabilidad para la autenticación y el reconocimiento mutuo de firmas electrónicas dentro de su ámbito de actuación. También establece que dicha política podrá ser utilizada como referencia por otras Administraciones Públicas para definir las políticas de certificados y firmas a reconocer dentro de sus ámbitos competenciales.

Finalmente, debemos recordar que el ENI tiene como finalidad la creación de las condiciones necesarias para garantizar el adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones públicas, que permitan el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través del acceso electrónico a los servicios públicos.

En segundo lugar, y también con carácter general, prevé el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se

regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (ENS) diversas reglas sobre firma electrónica, sustancialmente en su artículo 33 y epígrafe 5.7.4 del anexo II que le acompaña.

Así, el art. 33 del (ENS), establece que los mecanismos de firma electrónica se aplicarán en los términos indicados en el Anexo II de esa norma y de acuerdo con lo preceptuado en la política de firma electrónica y de certificados, según se establece en el Esquema Nacional de Interoperabilidad.

El número 2 de este art. 33 ENS dice que la política de firma electrónica y de certificados concretará:

- Los procesos de generación, validación y conservación de firmas electrónicas.
- Las características y requisitos exigibles a los sistemas de firma electrónica.
- Los certificados.
- Los servicios de sellado de tiempo
- Otros elementos de soporte de las firmas, sin perjuicio de lo previsto en el Anexo II, que deberá adaptarse a cada circunstancia.

En tercer lugar, debemos mencionar la existencia de diversas Normas Técnicas de Interoperabilidad, dictadas en desarrollo del ENI, que se refieren a la firma electrónica, en especial:

- Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico (BOE núm. 182, de 30/07/2011).
- Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma



Electrónica y de certificados de la Administración (BOE núm. 182, de 30/07/2011).

En cuanto al régimen legal de los usos de la firma electrónica estos se mencionan en el subapartado 11.4 de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma Electrónica y de certificados de la Administración (NTI) publicada en la Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE del 30), de la Secretaría de Estado para la Función Pública. De acuerdo con lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta las aclaraciones que da el ENI en su Guía de Aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad, se entiende, tal y como afirma dicha guía, que la firma electrónica, considerada como mecanismo para la seguridad de la información, puede aplicarse con diferentes propósitos y a diferentes niveles, conllevando distintos tratamientos e implicaciones. Por lo tanto, el desarrollo de cualquier política de firma debe recoger los usos que es necesario contemplar según el ámbito de aplicación y alcance de ésta, especificando condiciones para cada uno de los usos que corresponda.

Conforme a lo expuesto el desarrollo de una política de firma electrónica definirá los usos de la firma en su alcance o ámbito de aplicación atendiendo a las necesidades de la organización que la desarrolla.

2. TIPOLOGÍA DE FIRMAS ELECTRÓNICAS¹⁰.

¹⁰ Con relación a esta cuestión nos remitimos a otro trabajo donde examinamos de forma amplia y detallada la misma, en concreto, FONDEVILA ANTOLIN, J., (2016), "El Procedimiento Administrativo Común: Novedades en el Régimen jurídico de los principales instrumentos de la e-Administración", en Gallardo Castillo (Coord.): *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: Reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, pp. 356 y ss.; y en especial, del mismo autor, (2017/b) La

Lógicamente este trabajo no estaría completo si no examináramos aunque de forma muy breve, dada la limitación de extensión asignada al mismo, la tipología de firmas electrónicas, para ello, vamos a seguir el marco desarrollado por el REGLAMENTO (UE) nº 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (ReIDAS), del que podemos examinar básicamente tres categorías o clases dentro del concepto general de firma electrónica:

a) *Firma Electrónica simple.*

Es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados a ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

En este caso se puede identificar al firmante, pero no es posible detectar una alteración en los datos firmados. El certificado que se utiliza para realizar esa firma no está emitido por una entidad oficial de certificación, puede estar generado con un software cualquiera (creado por una empresa de informática o una comunidad de software libre), y no existe un alto grado de confianza en que los medios empleados para usar ese certificado estén bajo exclusivo control del firmante. Este tipo de firma carece de las garantías legales necesarias para que la misma pueda sustituir la firma manuscrita y por lo tanto desplegar ante la Administración alguna eficacia.

Administración Electrónica en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en Director: Jaime Pintos, "*La Implantación de la Administración electrónica y de la e-factura en las Entidades Locales*", Editorial LA LEY - Wolters Kluwer, pp. 170 y ss.



b) Firma Electrónica Avanzada.

Es la que permite identificar al firmante y comprobar la integridad de los datos firmados por estar vinculada al firmante de manera exclusiva y a los datos a que se refiere y por haber sido creada por medios que éste puede mantener bajo su exclusivo control. Esta utiliza un certificado digital simple emitido por una entidad oficial prestadora de servicios de certificación, si bien, con diferente alcance que en el caso de la firma reconocida o cualificada.

Por lo tanto, esta firma debe cumplir los siguientes requisitos:

1.- Estar vinculada al firmante de manera única. Así pues, dos personas distintas no pueden tener una misma firma electrónica.

2.- Permitir la identificación del firmante. Luego tras la firma electrónica avanzada ha de haber una persona física o jurídica identificable, pero esa identificación no precisa más que la mera comprobación de la firma electrónica (en la firma electrónica simple, la averiguación requiere indagaciones adicionales).

3.- Haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo.

4.- Estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable.

c) Firma Electrónica avanzada reconocida o cualificada.

Es una firma electrónica avanzada, pero a diferencia de esta, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, y por ello, a esta se la reconoce igual valor jurídico que a la firma manuscrita.

Dos son las claves que diferencia este tipo de firma de las anteriores:

1. Esta sea creada mediante un dispositivo seguro cualificado de creación de firmas electrónicas, de carácter externo y personal (tarjeta criptográfica, DNI-e, Token), o conforme el Reglamento eIDAS también es posible el uso de certificados cualificados centralizados y custodiados (a distancia o en la nube) por entidades prestadoras de servicios de confianza cualificada.

2. En el caso de que la firma cualificada sea rechazada como auténtica, la carga de la prueba de su impugnación corresponde al titular de la misma, es decir, se aplica el principio de "no repudio", y ello, supone que el firmante es al que le corresponde probar que esa firma no es suya, a diferencia de la firma avanzada donde la carga de la prueba es al contrario, es decir, el firmante puede rechazar la firma y será la otra parte la que tendrá que demostrar que la firma fue emitida válidamente por la persona que aparece como firmante.

3. EXAMEN DEL DIFERENTE RÉGIMEN LEGAL DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA E-CONTRATACIÓN EN FUNCIÓN DE SU ÁMBITO FUNCIONAL DE APLICACIÓN.

Es preciso tener en cuenta que el uso de la firma electrónica en los procedimientos de licitación alcanza claramente dos ámbitos diferentes, el primero "ad intra", es decir, los tipos de firma exigibles a los empleados públicos que intervengan a lo largo del procedimiento, y un segundo ámbito "ad extram", que es el referido al tipo de firma electrónica que se le va a exigir a los licitadores para su intervención en el procedimiento, y ello, porque no necesariamente deben coincidir, y es más, nos



encontramos ante un marco normativo estatal diferente para cada uno de ellos.

3.1. Una aproximación al régimen jurídico establecido en la LCSP sobre los requisitos técnico informáticos que pueden incidir en la implementación de los tipos de firma electrónica "ad intra".

Pues bien, con relación a la utilización de firma electrónica por los empleados públicos en su intervención en la gestión de los procedimientos de contratación "ad intra", resulta importante examinar las previsiones del apartado segundo de la disposición adicional 16ª de la LCSP, en teoría una cláusula de cierre por la cual el Estado Central: "*Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del Sector Público*", no podemos evitar nuestra desconfianza sobre la finalidad que puede ocultar esta previsión, a la vista de las modificaciones normativas operadas en los últimos años (LPAC¹¹, LRJSP, entre otras), si bien, también debemos indicar que esta regulación tan sumamente ambigua y poco precisa abre camino a otras interpretaciones más benevolentes como ya indicamos en otro trabajo y en especial, la formulada por Martínez Gutiérrez¹², dicho lo anterior, debemos reiterar que a

¹¹ Con relación a esta norma destaca la STC 55/2018, y su crítica a algunas regulaciones de la misma y su colisión con el ámbito competencial autonómico.

¹² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2017), "Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas económicas.", en Directores Eduardo Gamero Casado - Isabel Gallego Córcoles: *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1920 y ss., así este autor considera que también es posible

nuestro juicio, esta previsión merece una clara crítica, y ello, en primer lugar, por cuanto puede suponer un intento de recentralización o mutación constitucional que está caracterizando la actuación del Estado Central, a este respecto nos remitimos a otro trabajo donde analizamos esta cuestión con detalle,¹³ dado que por vía de una simple Orden Ministerial se quiere proceder a uniformar todos los sistemas informáticos de las administraciones públicas, y esta consideración surge como consecuencia del contenido que define su alcance; en segundo lugar, su contenido resulta de muy difícil comprensión e interpretación dado que este resulta manifiestamente ambiguo, de manera que podemos calificar la expresión clave del mismo "especificaciones técnicas", como un concepto en blanco que otorga al Estado Central una libertad absoluta sin control alguno para imponer todos los requisitos técnicos que le apetezca¹⁴, y así, nos podemos encontrar con que se fijen hasta los tipos de pantalla a utilizar en los ordenadores o el modelo de ratón, pues con la actual

entender esta previsión como un reenvío a las determinaciones sobre especificaciones técnicas de la Directiva 2014/24/UE.

¹³ FONDEVILA ANTOLIN, J., (2016), "Estado de Derecho o el Imperium de la deslealtad institucional: Breves consideraciones sobre la imposición por el Estado Central a las Comunidades Autónomas de su adhesión a sistemas y plataformas electrónicas estatales", *Revista Actualidad Administrativa*, nº 9, pp. 79 y ss.

¹⁴ Para un examen más detallado sobre esta cuestión me remito a FONDEVILA ANTOLIN, J. (2017), "La Subasta Electrónica", en Directores Eduardo Gamero Casado - Isabel Gallego Córcoles: *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2030 y ss.



redacción del precepto absolutamente en blanco es posible cualquier posibilidad.

A lo anteriormente expuesto debemos añadir otra preocupación, ya que, las previsiones de la Disposición final cuarta de la LCSP, establece una habilitación general al Ministerio de Hacienda y Función Pública para desarrollar normativamente las previsiones de esta disposición adicional, lo que supone la utilización general del instrumento normativo de la Orden Ministerial para desarrollar previsiones de naturaleza básica, lo que como ya hemos señalado en otro trabajo¹⁵ supone una clara violación de las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional al respecto, es decir, parece que estamos ante la implantación de la uniformidad y no de la interoperabilidad.

Esto supone que una aplicación extrema por parte del Estado Central podría determinar las especificaciones de los sistemas de firma electrónica que deseen utilizar para sus empleados públicos las administraciones (CC.AA. y EE.LL.), y que queden estas directamente condicionadas por una decisión estatal, que afectaría al núcleo de la potestad de autoorganización, de forma que las políticas de firma electrónica y seguridad de la información quedarían totalmente condicionadas.

3.2. Las previsiones de la LRJSP y la firma electrónica de los empleados públicos.

Tras realizar un breve examen aproximativo de la institución de la firma electrónica y del marco normativo básico contractual aplicable al respecto, estimamos que en estos momentos debemos continuar con el examen más detallado del marco normativo aplicable para la implementación de la firma electrónica para los

¹⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2017), *op. cit.*, pp. 598 y ss.

empleados públicos, en tanto en cuanto el Estado Central no adopte decisión sobre posibles "especificaciones técnicas" al respecto que condicionen las decisiones organizativas del resto de las administraciones.

La norma de referencia a este respecto la encontramos en las previsiones del artículo 43 de la Ley 40/2015 LRJSP¹⁶, de cuya regulación vamos a destacar lo más importante a los efectos de este trabajo

A) A diferencia de las previsiones contenidas en el artículo 19.2 de la LAE, la utilización de firma electrónica por los empleados públicos en la LRJSP, pasa a ser obligatoria para las administraciones públicas, ya que, el artículo 43.2 es preciso al respecto "*determinará*". Desde luego esta previsión resulta coherente con la línea legislativa que incorpora la LPACAP y LRJSP, es decir, la opción definitiva y completa por el expediente administrativo electrónico y la desaparición del expediente clásico en soporte de papel, y en este caso la licitación electrónica obligatoria.

¹⁶ *"Firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*

1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 38, 41 y 42, la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del titular del órgano o empleado público.

2. Cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, los cuales podrán identificar de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios. Por razones de seguridad pública los sistemas de firma electrónica podrán referirse sólo el número de identificación profesional del empleado público."



B) También, es importante destacar la desaparición de las previsiones del artículo 19.3 de la LAE, que regulaba la posibilidad de utilización del DNI-e como instrumento de firma electrónica de empleados públicos, como ya hemos manifestado anteriormente, a nuestro juicio, no era posible legalmente obligar a estos a utilizar un instrumento de identificación y autenticación personal para el desarrollo de sus funciones administrativas o profesionales, afortunadamente en estos momentos el artículo 43 de la LRJSP, al regular de forma específica y especializada los sistemas de firma de los empleados públicos, ha eliminado cualquier referencia a la posibilidad de utilización voluntaria y menos impuesta del DNI-e por empleados públicos y ello, nos parece adecuado y lógico, pues a las razones que ya hemos expuesto anteriormente, debe recordarse que el DNI-e, no incorpora la identificación de la administración u órgano en el que presta sus servicios el empleado público, previsión que exige de forma específica el artículo 43.2 de la LRJSP, por ello, nos ratificamos en que la utilización del DNI-e en estos casos no es posible legalmente.

C) Asimismo, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 43.2 de la LRJSP, cuando establece que las administraciones públicas: *"... determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal"*, de entrada resulta criticable que no establezca en concordancia con lo anteriormente expuesto sobre la Política de firma de cada administración pública, cuál es el procedimiento y el instrumento adecuado para su regulación, es decir, deja totalmente abierto el tema, pero ello, no significa que no podamos establecer algunas pautas o referencias esenciales al respecto¹⁷:

¹⁷ Con relación a esta cuestión nos remitimos a otro trabajo donde examinamos de forma amplia y detallada la misma, en

1. Entendemos que no hay duda de que gran parte de los contenidos de las previsiones reguladoras sobre el uso de la firma electrónica de los empleados públicos, tienen un contenido que debe ser necesariamente regulado por medio de una disposición de carácter general, por ello, debemos reiterar nuestra consideración de la necesidad de aprobación de una ordenanza municipal sobre la Política micro de firma electrónica, y dentro de la misma debería incluirse el régimen de uso de la misma para los empleados públicos, y en el caso de que se hubiera optado por una adhesión a la Política estatal, no podría evitarse una regulación normativa específica con relación a sus empleados. Lo mismo resultaría de aplicación a las Comunidades Autónomas, si bien, los instrumentos de aprobación dependerían de su propia normativa de régimen jurídico.

2. La otra cuestión esencial a examinar es la delimitación de algunos de los contenidos mínimos que deberían incluir estas disposiciones de carácter general a este respecto, que por sus consecuencias y efectos jurídicos no hay duda alguna de la necesidad de que las mismas se encuentren amparadas por una norma legal, así:

a) Delimitación de los ámbitos organizativos donde se deberá utilizar la firma electrónica.

b) Regulación de los tipos de firma que van a utilizarse por los empleados públicos en sus actuaciones

concreto, FONDEVILA ANTOLIN, J., (2017/b), pp. 201 y ss., y por otro lado, debemos remitirnos como ejemplo de buena práctica administrativa a este respecto al Decreto 42/2017, de 22 de junio, por el que se regula el Régimen Jurídico de la Autorización y Uso de la firma electrónica de autoridades y empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y su Sector Público.



(clave de usuario, firma simple, avanzada o cualificada, etc.) y la vigencia temporal de los certificados.

c) Determinación de las actuaciones y actos administrativos que serán firmados electrónicamente en el desempeño de competencias y funciones públicas del cargo, en su condición de empleado público, pudiendo especificar como ejemplos claros con relación a la tramitación de los expedientes de contratación, en concreto, la firma de actos y actuaciones administrativas, como por ejemplo, (informes jurídicos, técnicos y de la intervención, actas de la mesa de contratación, resoluciones de aprobación de pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, etc.).

D) Finalmente, otra cuestión a tomar en consideración es que la exigencia y uso de firma electrónica no puede predicarse de toda intervención o actuación en una plataforma electrónica de gestión de expedientes de contratación, sino que en muchos casos estaríamos en presencia de la exigencia de una simple identificación para el acceso en la condición de usuario, conforme las previsiones contenidas en los apartados c), d) y e) de la disposición adicional 17ª de la LCSP. Es preciso destacar la ausencia de una regulación en la disposición de un régimen legal del tipo de identificación a utilizar por las personas que accedan a las ofertas y sus requisitos legales, pues ante la ausencia de una remisión específica el ENS y la ausencia de unas determinaciones técnicas sobre los concretos sistemas de identificación que pueden ser admitidos legalmente nos encontramos ante un vacío que solo puede generar una fuente permanente de conflictos e inseguridades tanto fácticas como jurídicas. Es cierto, que podría reclamarse la aplicación supletoria a este respecto de las previsiones tanto de la Ley 39/2015 LPAC, en sus artículos 9 y ss., con relación a las "personas", y en cuanto a los funcionarios públicos lo establecido en los artículos 40 y 43 de la Ley 40/2015

LRJSP, y quizás este sea el único camino razonable a utilizar ante las ausencias normativas.

Por último, de forma concurrente con todo lo señalado también en estos casos resulta de aplicación a las plataformas o aplicaciones todo lo señalado sobre el "sello de tiempo o time stamping", dado que este tipo de instrumento técnico se estructura de forma necesaria y complementaria con la trazabilidad, de manera que se acredite técnicamente y con las mayores garantías quien accede o lo ha intentado y además en que momento temporal exacto lo ha realizado.

Desde luego, todas estas exigencias legales no se pueden considerar cumplimentadas solo por medio de la puesta en funcionamiento de una plataforma o aplicación que incorpore estos instrumentos técnicos (sello de tiempo y trazabilidad) aunque cumplan las exigencias del ENS, sino que es absolutamente necesario la aprobación de un marco normativo propio que regule la Política de Seguridad de cada administración, y asimismo, otro grupo de normas que determinen el régimen legal de uso y autorización de sistemas de identificación y firma electrónica de los empleados públicos y también de las "personas" autorizadas para el acceso, en este último caso sería posible una regulación específica referida exclusivamente al ámbito de la contratación pública, lo que estimamos más adecuado, y no tener que acudir de forma supletoria al régimen general de la LPAC.

3.3. Examen del vigente régimen jurídico establecido en la LCSP sobre los sistemas de firma electrónica a utilizar "ad extram", en los procedimientos de contratación.

Pues bien, el segundo ámbito "ad extram" de desarrollo de la firma electrónica se encuentra regulado en la



Disposición Adicional 16ª de la LCSP, regulación que resulta muy conflictiva, y ello, porque de inicio, estamos en presencia de un proceso de deslegalización del régimen jurídico de determinación de la tipología de firma electrónica a utilizar por los licitadores, en concreto, el párrafo segundo del apartado f) establece que las condiciones de utilización serán establecidas por el Estado Central por medio de una simple Orden ministerial lo que genera varios problemas y debe ser objeto de obligada crítica:

En primer lugar, debemos comenzar destacando que a diferencia de la anterior regulación en el RDL 3/2011 (TRLCSF), donde se establecía expresamente la obligación de utilización de firma electrónica avanzada reconocida, en esta nueva regulación se remite a una decisión del Ministerio correspondiente, lo que resulta de muy dudosa constitucionalidad al tener un carácter básico su regulación, este tipo de regulaciones básicas por medios e instrumentos legales inadecuados o ilegales se ha constituido en una práctica habitual por parte del Estado Central, como ya hemos indicado en el apartado anterior, de todas maneras sobre esta cuestión me remito a otro trabajo donde desarrollo esta cuestión con más detalle¹⁸.

En segundo lugar, otra cuestión conflictiva es la imposición unilateral de un tipo de firma electrónica por el Estado, pues esa decisión genera unas consecuencias jurídicas muy diferentes según se haya optado por la utilización de una clase u otra de firma. Efectivamente, debemos recordar que conforme determina el ReIDAS en el caso de que una firma cualificada sea rechazada como auténtica, la carga de la prueba de su impugnación corresponde al titular de la misma, es decir, se aplica el principio de "no repudio", y ello, supone que el firmante

¹⁸ FONDEVILA ANTOLIN, J., (2017), *op. cit.*, pp. 619 y ss

es al que le corresponde probar que esa firma no es suya, a diferencia de la firma avanzada donde la carga de la prueba es al contrario, es decir, el firmante puede rechazar la firma y será la otra parte la que tendrá que demostrar que la firma fue emitida válidamente por la persona que aparece como firmante. Lógicamente este cambio de la carga de la prueba condiciona la seguridad jurídica de la licitación, pues no puede considerarse que las garantías son las mismas si la oferta se formaliza mediante una firma electrónica avanzada simple o avanzada cualificada, y menos aún si se termina utilizando claves de acceso, pues entonces estaríamos ante una "firma electrónica simple", con mínimas garantías jurídicas.

En tercer lugar, además esta decisión estatal por medio de instrumento normativo inadecuado como hemos señalado, incide directamente en el sistema organizativo y la política de firma electrónica de cada administración pública, y a este respecto debemos recordar que la aprobación y regulación de la política de firma e identificación a utilizar por los ciudadanos en su relación con la administración forma parte de su potestad de autoorganización derivada del principio de autonomía atribuido constitucionalmente (artículos 148.1.1. y 140 C.E.), con lo cual la determinación de los tipos de firma a utilizar en los procedimientos de licitación por medio de una simple Orden Ministerial presenta serías dudas de constitucionalidad, además de los problemas ya señalados de seguridad jurídica.

Dicho lo anterior, seguimos pasado un año a la espera de que por parte del Estado Central se tome una decisión a este respecto, lo que supone que nos podemos encontrar en el momento en que se adopte una decisión estatal con una colisión frontal con las decisiones organizativas que haya tomado cada administración a este respecto, con un grave perjuicio organizativo y



económico para el resto de las administraciones. Esperamos que las decisiones que se adopten en desarrollo de esta disposición adicional sigan un camino de rigor y seriedad en la seguridad informática, de manera que las exigencias legales y técnicas en cuanto al uso de firma electrónica no generen graves problemas de seguridad con relación a la presentación de ofertas, implementando sistemas de firma electrónica que puedan ser calificadas como de máxima seguridad, es decir, "cualificadas", lo que a nuestro juicio, resulta esencial en temas tan delicados como la presentación de ofertas, a este respecto nos remitimos a título ilustrativo a un trabajo sobre la seguridad de las firmas electrónicas y sus vulnerabilidades¹⁹.

Finalmente, resulta muy importante tomar en consideración dos cuestiones de obligada exigencia en la funcionalidad de las Plataformas electrónicas de licitación a este respecto, en concreto:

a) La exigencia normativa de que las mismas respeten en su funcionamiento el principio de no discriminación y uso general de los medios electrónicos, así, recordemos que este principio no es ajeno a nuestro ordenamiento estatal pues ha tenido un reconocimiento expreso hasta el año 2015 en las previsiones del artículo 4. i) de la Ley 11/2007 LAE, ahora bien, en el caso de la licitación

¹⁹ HERNÁNDEZ-ARDIETA, J.L., GONZÁLEZ-TABLAS, A.I. y RAMOS, B., (2008) "Repudio de firmas electrónicas en Infraestructuras de Clave Pública", *Actas de la X Reunión sobre Criptología y Seguridad Informática*, Madrid, 2008, y en el mismo sentido, pero ampliado de también de estos autores (2013), "A Taxonomy and Survey of Attacks on Digital Signatures", *Revista Computers & Security*, núm.34, pp. 67-112.

pública es esencial examinar la legislación comunitaria²⁰, pues ésta ante el riesgo de que se generen situaciones de desigualdad entre los operadores económicos que vayan a presentarse a los procedimientos de licitación, por dificultad en el acceso a determinados dispositivos o herramientas electrónicas, ha establecido en el apartado 5º del artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública (DCPUE) una serie de garantías tendentes a asegurar el acceso a las comunicaciones electrónicas cuando las condiciones técnicas supongan una barrera para participar en los procedimientos de licitación, en este sentido también se señala: “los poderes adjudicadores deben utilizar, salvo en determinadas situaciones específicas, medios de comunicación electrónicos que deben ser no discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser interoperables con los productos de las TIC de uso general, y no deben restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación” (Considerando 53 de la DCPUE).

Como destaca Martínez²¹ el artículo 22, apartado 5º, de la Directiva también se centra en garantizar normativamente el acceso a las comunicaciones electrónicas cuando las herramientas y dispositivos que deban emplearse en el procedimiento de contratación no estén disponibles de forma general, supuesto en el cual los poderes adjudicadores deben ofrecer a los operadores económicos los medios de comunicación electrónica alternativos que permitan mantener la regla

²⁰ En esta materia resulta recomendable la consulta general de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2015), “*La contratación pública electrónica*”, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 55 y ss.

²¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2015), *op. cit.*, pp. 140 y ss.



general. Este principio también se encuentra recogido en las previsiones de los apartados a), b) y c) de la disposición adicional 16ª de la LCSP.

b) Las exigencias del REGLAMENTO (UE) nº 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (ReIDAS), en cuanto a la incorporación de la figura de las denominadas listas de confianza (TSL), estas están recogidas en el artículo 22 del Reglamento y consisten en listas elaboradas en cada Estado Miembro con información relativa a los Prestadores Cualificados de Servicios de Confianza y los servicios de confianza cualificados prestados por ellos (es decir, la emisión de certificados de firma electrónica). Dichas listas deberán ser públicas, renovadas de forma periódica y susceptible de tratamiento automatizado; de manera que los consumidores de la Unión Europea y todos los Estados Miembros tengan acceso a las mismas, y lo más importante este reconocimiento conlleva el cumplimiento de la obligación de reconocimiento mutuo de certificados cualificados por parte de las administraciones públicas de todos los Estados Miembros.

Las anteriores exigencias constituyen un eje esencial y básico que no todas las plataformas de contratación cumplen, ya que alguna no permite el reconocimiento de la firma electrónica de los licitadores en sus ofertas, aunque provengan de prestadores de servicios legales y reconocidos en las listas TSL de los miembros de la Unión Europea, lo que supone la directa violación del principio de no discriminación y uso general de los medios electrónicos y de las previsiones específicas del ReIDAS. Esto supone que las administraciones públicas deben

reflexionar seriamente a este respecto y adoptar alguna clase de medida; quizás la primera decisión podría ser la de rechazar la utilización de esta clase de plataformas por resultar incompatibles con el vigente ordenamiento jurídico, pero también nos consta que muchas administraciones se encuentran en situaciones fácticas o políticas que dificultan en demasía poder adoptar una decisión de esas características, de forma que estimo que puede resultar de interés en estos casos la fórmula utilizada por la Comunidad Autónoma de Cantabria que ha incorporado a sus pliegos.²²

²² "4. *Requisitos para la manifestación de voluntad de los licitadores.*

Todos los actos y manifestaciones de voluntad de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato se realizarán mediante una firma electrónica avanzada cualificada que es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido (válidamente emitida por un Prestador de Servicios de Certificación, incluido en la correspondiente TSL y reconocidos por cualquier estado europeo) y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

La plataforma de contratación del sector público, solo permite firmar documentos y sobres con aquellos certificados electrónicos emitidos por proveedores de servicios de certificación reconocidos por la plataforma @firma, por ello, los licitadores deberán de comprobar de forma inmediata si sus certificados se encuentran entre los admitidos por la citada plataforma.

En el caso de que un licitador no dispusiera de un certificado compatible con la plataforma, deberá ponerse en contacto con el Servicio de Contratación y Compras del Gobierno de Cantabria en el teléfono xxxxxxxx o en la dirección de correo electrónico....., para que de forma gratuita y previa a la finalización del plazo de presentación de ofertas, esta



Como puede apreciarse esta medida necesita de la colaboración de un prestador de servicios nacional que sea compatible con la plataforma de firma electrónica utilizada, desde luego, esta fórmula permite garantizar la inexistencia de discriminación entre los licitadores, ya que, la administración asume el coste económico de la obtención de un nuevo certificado, y con ello, no existen, en principio, obstáculos, con lo cual desde un criterio jurídico formal podría en gran medida solventar los inconvenientes legales. Ahora bien, existen también problemas logísticos que no se pueden olvidar y que resultan más difíciles de implementar, me refiero al hecho de que un licitador puede reclamar su derecho a tener un amplio espacio de tiempo para preparar la oferta y no estar pendiente de problemas operativos cuándo cuenta en su poder con un certificado de firma electrónica perfectamente legal en la Unión Europea. Pero el problema no finaliza aquí, ya que, también nos podemos encontrar con que los plazos mínimos para otorgar el certificado de firma electrónica nuevo por el prestador de servicios contratado por la administración no cuente con suficiente tiempo para poder formalizar el mismo, desde luego, no hay que olvidar que no se puede poner un plazo obligatorio a los licitadores para que presenten su solicitud de firma electrónica nueva, cuando ellos cuentan con una propia perfectamente legal. Por todo ello, nos encontramos ante alternativas razonables y muy elaboradas, pero que no pueden solucionar con total garantía problemas esenciales y radicales originados por esa clase de plataformas.

administración les facilite un certificado de firma compatible con los admitidos por la plataforma @firma.”.

4. CONCLUSIONES / RECOMENDACIONES.

Debido a las limitaciones de extensión lógicamente establecidas por la dirección de la revista procedo de forma muy sucinta a formular las siguientes conclusiones/recomendaciones:

Primera. La firma electrónica se configura como uno de los medios más importantes para garantizar la seguridad jurídica tanto en las actuaciones administrativas como para las de los licitadores dentro de los procedimientos de contratación.

Segunda. Es preciso tener en cuenta conforme las determinaciones del ReIDAS que existen diferentes tipos de firma electrónica, si bien, su eficacia jurídica y consecuencias procesales probatorias no son iguales, de manera que podemos afirmar que solo la firma electrónica avanzada cualificada en sus diferentes modalidades presenta el mayor grado de seguridad a todos los efectos.

Tercera. El vigente marco legal no establece un concreto tipo de firma a utilizar por los empleados públicos en los procedimientos de contratación o clave de acceso como simple usuario de una plataforma de contratación, por ello, las administraciones deberían incorporar a su régimen legal la correspondiente norma (ordenanza municipal o Decreto u Orden autonómica) que regule el régimen legal de autorización y uso de firma electrónica por parte de los empleados públicos.

Cuarta. En cuanto al tipo de firma electrónica exigible a los licitadores en estos momentos todavía se encuentra pendiente de cumplimiento por parte del Estado Central las previsiones de la Disposición Adicional 16ª, por ello, ante el vacío legal, la recomendación es exigir el tipo de



firma electrónica que aporta mayor seguridad jurídica, en concreto, la firma electrónica avanzada cualificada en sus diferentes modalidades.

Quinta. Las plataformas de contratación están obligadas al cumplimiento de las exigencias del ReIDAS, y, por lo tanto, a admitir cualquier firma electrónica emitida por un prestador de servicios incluidos en cualquier lista TSL de cualquier país de la Unión Europea. Ahora bien, dado que en nuestro país opera alguna plataforma que no cumple estas exigencias resulta recomendable tomar precauciones al respecto, incorporando medidas alternativas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de forma que atenúen los incumplimientos citados.

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

Luis S. Moll Fernández-Fígares

Letrado de la Comunidad de Madrid (Exc.).
Director de los Servicios Jurídicos de la Agencia para la
Administración Digital de la Comunidad de Madrid.
Vocal de la sección de Derecho de las Tecnologías de la
Información y la Comunicación de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación.
Doctor en Derecho.

RESUMEN: La comercialización de los nombres de dominio de internet genéricos de primer nivel exige, según el sistema diseñado por la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, la realización de varios tipos de contratos. Uno entre la Corporación y el operador de registro, para la delegación; otro entre el operador de registro y los registradores; y un tercero entre estos y los destinatarios finales. Cuando el operador de registro es una administración pública española, el primero de estos contratos debe calificarse, necesariamente, como un contrato privado, a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público, mientras que el segundo es uno de los negocios excluidos de la misma.



PALABRAS CLAVE: Internet, nombre de dominio, contratos públicos, precio público, precio privado.

ABSTRACT: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers laid down system, for registration and use of internet domain names, requires three types of contracts: a registry agreement between the California Corporation ("ICANN"), and the registry operator; the registrar agreement and, finally, contracts between registrars and final recipients. When the registry authority is the Spanish public administration, first agreement is categorized as a private contract, while second one is a special agreement excluded from the public contracts Spanish law.

KEY WORDS: internet, domain name, public contracts, public price, market private price.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El contrato de registro.- III. El contrato con los agentes registradores.- IV. Conclusiones.- V. Recomendaciones

I. INTRODUCCIÓN

La gestión y comercialización de los nombres de dominio genéricos de internet de primer nivel, desde el punto de vista jurídico, dejando aparte consideraciones técnicas se realiza, en la actualidad, mediante la participación de tres agentes principales: la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), los operadores o autoridades de registro y los registradores. Estos últimos constituyen las empresas del sector que, a la postre, contratan con los potenciales titulares de un nombre de dominio.

Las entidades mencionadas se relacionan entre sí, para el tema que nos ocupa, a través de tres tipos de negocios jurídicos.

Por un lado, el contrato celebrado, para la delegación por la ICANN, entre ésta y la Autoridad de registro de dominios. Por otro lado, los negocios jurídicos entre la Autoridad de registro y las empresas del sector, que son los Agentes registradores. Por último, los contratos realizados entre estos y los "clientes finales", esto es, las personas físicas o jurídicas que desean acceder al correspondiente nombre²³.

Nos proponemos, en el presente artículo, desarrollar los dos primeros pues, en los que se realizan entre las empresas del sector y los potenciales titulares de nombres de dominio, no intervienen las entidades del sector público y trascienden, por tanto a la Ley de Contratos del Sector Público²⁴ ex. art. 3 de la propia Ley, que determina su ámbito subjetivo de aplicación²⁵.

²³ A parte, también existe la posibilidad de transferir nombres de dominio, por sus titulares una vez registrado, el nombre. Vid. PEGUERA POCH, M. (Coord.) *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Ed. UOC, 2005, págs. 362 y ss.

²⁴ 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.

²⁵ Y que son mercantiles y de adhesión, pues recogen, por un lado el modelo establecido por la propia ICANN y, por otro, la "políticas" del propio registro, que no son sino cláusulas establecidas por este.



Este propósito exige que, al menos brevemente, sentemos algunos conceptos, de forma necesariamente simplificada. Hagamos, pues, una mención a continuación a la ICANN y a las clases de nombres de dominio, para acabar centrándonos en los tipos de relaciones contractuales que se dan entre los sujetos que intervienen para hacer posible la comercialización de los dominios de internet.

La ICANN es la entidad que gobierna el sistema de nombres de dominio en el mundo.

Como señala AGUSTINOY GUILAYN²⁶ : "En octubre de 1988 se crea la ICANN, en forma de entidad sin ánimo de lucro, con sede en California Estados Unidos reconocida, de facto, por los gobiernos y la comunidad de Internet como la entidad encargada de la gestión del DNS [Sistema de Nombres de Dominio]. El reconocimiento de facto no debe llevar a confundir la naturaleza jurídica de la ICANN, esta es una entidad sin ánimo de lucro, no una institución internacional expresamente creada a partir de un tratado internacional firmado por unos Estados. es decir la ICANN no es una institución en el sentido del derecho internacional público, sino una entidad privada encargada, por consenso, de la gestión del DNS pero que, más allá de sus competencias técnicas y contractuales, no tiene ningún poder especial, ni sobre los usuarios de Internet, ni sobre los Estados. De acuerdo con sus estatutos, la principal tarea de la ICANN es la coordinación de la explotación y desarrollo del DNS, tarea que comprende las funciones siguientes: a) asignación de las direcciones IP: teniendo en cuenta que la vinculación entre las

²⁶ PEGUERA POCH, M. (Coord.) *Derecho op. cit.* págs. 343 y ss.

direcciones IP y los nombres de dominio es un elemento fundamental para el DNS (...) b) gestión del sistema de registro de nombres de dominio (...) c) explotación del Root Server System [Sistema de servidores Raíz]: la asignación de direcciones numéricas vinculadas a los nombres de dominio requiere una constante actualización de las raíces (los listados de equivalencias entre direcciones numéricas IP y nombres de dominio). De esta tarea también se encarga la ICANN, la cual se sirve 13 servidores, que permiten a los prestadores de servicios de Internet obtener acceso, en todo momento a la última versión de las listas. Estos trece servidores se encuentran repartidos por todo el mundo con el fin de permitir un acceso más rápido”.

Profundizando en esta línea BARRIO ANDRÉS²⁷ apunta que: “La ICANN es una organización, sin fines de lucro, constituida al amparo de la legislación de California (su Nonprofit Public Benefit Corporation Law de 1978²⁸). Fue creada el 18 de septiembre de 1998 para hacer posible la gestión privada de la arquitectura técnica de Internet, y para ello asumió una serie de funciones técnicas que antes realizaban directamente, en nombre del gobierno norteamericano, otras organizaciones, en particular la citada IANA (...). De este modo, se configura como una peculiar organización privada o incluso, en nuestra opinión, como una auténtica Agencia cuasi-gubernamental, en la que los Estados solo desempeñan un papel consultivo en particular mediante el llamado

²⁷ BARRIO ANDRES, M: *Fundamentos del derecho de internet*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2017, págs. 169- 170.

²⁸ *Vid.* FRYER III, W.T. y R. HAGLUND, D.R. “New California Nonprofit Corporation Law: A Unique Approach” *Pepperdine Law Review*. Volume 7 | Issue 1, Article 1, 12-15-1979.



Comité Asesor Gubernamental (GAG), en el que participan representantes de los Estados. Ahora bien la ICANN adopta decisiones que, por su alcance, parecen propias del poder público o, en atención a su repercusión global, de organizaciones intergubernamentales. En particular, es la ICANN la que decide los criterios que determinarán qué categorías de nombres de dominio de primer nivel pueden existir y adopta las decisiones fundamentales sobre cómo se asignan”.

En todo caso, en ella participan, como se ha dicho, Gobiernos y organizaciones Internacionales, pero también empresas y personas físicas, en distintas posiciones y con diferentes funciones, ya sea por su especial especial cualificación técnica u otros motivos relacionados con el desenvolvimiento de internet²⁹.

²⁹ No podemos detenernos en la presente exposición sobre el nacimiento de internet, sobre el tema existen multitud de referencias. Véase BARRIO ANDRES, M: *Fundamentos del op. cit.* y bibliografía citada. LASTIRI SANTIAGO, M: *La comercialización del nombre de dominio*. Marcial Pons, 2014. Últimamente, GARCÍA MEXÍA, J.D “El derecho de acceso a internet”, en DE LA CUADRA SALCEDO, T. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, Ed. BOE, 2018. En la propia red puede verse: arpanet, en el Diccionario Español de Ingeniería, Real Academia de Ingeniería de España, Abbate, Janet. *Inventing the Internet* (MIT Press, Cambridge, 1999), Bolt, Beranek & Newman (BBN): *A History of the ARPANET: The First Decade* (1981), Ferreyra, Gonzalo C. *Internet paso a paso: hacia la autopista de la información*. (Alfa Omega, 1996 México.), Hafner, Katie. *Where Wizards Stay Up Late* (Simon and Schuster, 1996), Norberg, Arthur & Judy E. O'Neill. *Transforming Computer Technology: Information Processing for the Pentagon, 1962-1982* (Johns Hopkins University, 1996) pp. 153-196, Salus, Peter H. *Casting the Net: from ARPANET to Internet and Beyond* (Addison-Wesley, 1995), Waldrop, M. Mitchell. *The Dream Machine: J.C.R. Licklider and the Revolution That Made Computing Personal*

El representante de España en el “Comité Asesor Gubernamental”, es el Subdirector General de Servicios de la Sociedad de la Información, dependiente de la Secretaria de Estado para el Avance Digital del Ministerio de Economía y Empresa.

En segundo lugar, respecto de las clases de nombres de dominio, sin profundizar, y haciendo una explicación necesariamente parcial, en lo que ahora nos interesa, diremos que se distinguen tres niveles:

- Dominios de primer nivel, como el .com, .info, .edu, .net (y otros muchos). Dentro de ellos:

a) Los dominios territoriales: .es (España) o .fr (Francia) etc., denominados ccTLD (country code Top Level Domain). Estos dominios corresponden a cada país, que designa a sus gestores, públicos o privados. En España, la gestión del .es corresponde a la Entidad Pública Empresarial del Ministerio de Economía y Empresa Red.es³⁰.

Viking, N. York, 2001, citados en <https://es.wikipedia.org/wiki/ARPANET> ;. Romo Zamudio, José Fabián. «Breve historia de internet». Enter@te en línea. Entre nosotros, tradicionalmente v.g. AROCHE, S., «Historia de Internet», <http://www.maestrosdelweb.com/-editorial/internethis> [visita: 15 de mayo de 2008]. Para más información sobre esta transformación, véanse DELGADO KLOOS, C. y GARCÍA RUBIO, C., «Historia de Internet», en CREMADES, J.; FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A. e ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002; y DE MIGUEL ASECIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2001, p. 25.

³⁰ <https://www.red.es/redes/> vid. Real Decreto 164/2002, de 8 de Febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Red.es.



b) Los dominios genéricos o GTLD (Generic Top Domain Level), que son dominios “generales”, que a priori, no representan a ningún territorio geo-político u organización concreta, como son el .com (comercial), .net (red), .org (organisation), .info (información), y que eran un número limitado.

c) En principio los GTLD existentes eran .com,.org,.net, .int, .edu, .gov, .mil. Posteriormente, en 2000 y más tarde 2004, se amplió su número por ICANN. Últimamente la ICANN abrió la posibilidad, en 2011, de conseguir nuevas categorías de nombres de dominio. Así, candidaturas, públicas y privadas, pudieron optar a ser titulares de la delegación de un nombre de dominio genérico de primer nivel, de manera que accedieron nuevos nombres de personas, marcas, territorios...

Una vez finalizado este proceso, constituyen también un número limitado³¹. A este tipo de nombres de dominio es a los que nos referimos en el presente artículo. Entre ellos hay nombres de dominio de entidades en que participan Administraciones Públicas o directamente pertenecientes a de Administraciones Públicas (.madrid).

- Los SLD (Second Level Domains), que son los que dependen de uno de nivel superior. “Se encuentran bajo la autoridad del administrador del dominio de primer nivel, que es quien los regula (...)”³².

- Los nombres de dominio de tercer nivel que, a su vez, los establece la persona o empresa que tiene el dominio

³¹ La lista puede consultarse en:

<https://www.icann.org/resources/pages/tlds-2012-02-25-en>

³² LASTIRI SANTIAGO, M. *La comercialización del nombre de dominio. Régimen.... op. cit.* . pág. 27.

de segundo nivel, en función de los criterios que crea conveniente.

Como hemos tenido oportunidad de explicar³³, con independencia de los dominios territoriales, como el .es (España) o .fr (Francia), que tienen una explicación diferente³⁴, como consecuencia de la decisión de ICANN, a la que hicimos referencia, de “liberalizar” los dominios genéricos, en momentos temporales determinados, pudieron presentarse, candidaturas, públicas y privadas, para optar a constituirse en operador de registro.

En España, contamos con diversos ejemplos, como el .seat, el .mango etc. También las Administraciones Públicas participan o se han constituido en operadores de registro de estos dominios genéricos.

En ocasiones, ha sido la propia Administración Territorial la que ha ganado su candidatura, como la Comunidad de Madrid, con .madrid, gestionado a través de la entidad

³³ MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L.S. “El precio de los nombres de dominio en internet” en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 09/05/2018.

³⁴ “.es” se creó en abril de 1.988 – así lo indica el informe <http://www.iana.org/reports/2005/es-report-05aug2005.pdf> - ver “Factual and Procedural Background, realizado con motivo de la redelegación del “.es en la base de datos de IANA (Internet Assigned Numbers Authority, que es la predecesora en muchas de las funciones que hoy realiza ICANN) en 2.004, cuando el dominio .es dejó de figurar como gestionado por RedIRIS, y pasó a figurar como registro Red.es, que legalmente ya tenía esa competencia desde 2.000. Vid. SANZ, M.A. (entonces coordinador del Área de Red de RedIRIS), <http://www.rediris.es/rediris/boletin/28/enfoque1.html>.



pública Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid³⁵.

En otros casos, los entes públicos intervienen en las entidades constituidas como operadores de registro de

³⁵ "Artículo 10 de la *Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas*: "Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid. Uno. Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid. 1. La Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid pasa a denominarse Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid y se configura como ente público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, con personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar y autonomía de gestión. Once.- Patrimonio. 1. El Patrimonio de la Agencia está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual le hayan sido atribuidos. 2. El régimen jurídico del Patrimonio de la Agencia se regirá por la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid y por la Ley". Al tratarse de una Administración pública, y de acuerdo con el principio de legalidad, sus competencias en la materia aparecen reconocidas por Ley. Así conforme al artículo 10.Tres de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, Corresponden en exclusiva a la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid, las siguientes funciones: (...) k) La gestión y explotación de nombres de dominios de internet de la Comunidad de Madrid, con arreglo a los principios de calidad, eficacia, fiabilidad y accesibilidad y conforme al interés general, constituyéndose la Agencia en Autoridad de asignación, registro y resolución de disputas, respecto del dominio del primer nivel «.Madrid». El apartado cuatro de la de este artículo 10, Ley, señala que La Agencia se sujetará con carácter general al Derecho privado, sin perjuicio de su sujeción al Derecho público en el ejercicio de potestades administrativas.

forma, más o menos directa (muchas veces simplemente mediante participación del ente público televisivo autonómico etc....), a través de fundaciones, que gestionan estos nombres, como en los supuestos de .cat, .barcelona³⁶ o .eus³⁷, o asociaciones, como .gal³⁸.

Una vez sentado lo anterior, pasemos a centrar nuestro objeto de estudio en los contratos que realiza el operador de registro y sobre los que pivota jurídicamente la gestión y comercialización de los nombres de dominio.

II. EL CONTRATO DE REGISTRO

Derivado de la política de ampliación vista que hizo ICANN y del sistema establecido por la misma, la comercialización de los nombres de dominio GTLD se ha articulado, como se ha referido, a través dos tipos de negocios jurídicos: uno, el denominado GTLD REGISTRY AGREEMENT, entre la Corporación de California y el futuro registro, que es un contrato que tiene por objeto la "delegación y funcionamiento de dominios de nivel superior" de manera que, a partir de su fecha de vigencia y hasta el final del periodo, ICANN designa a la otra parte como operador de registro del GTLD, con el fin de delegar el dominio de nivel superior y la entrada en la zona raíz.

Este es, pues, un contrato que se realiza con una entidad privada extranjera (según lo apuntado).

³⁶ <http://fundacio.cat/es/patronato>

³⁷ <https://www.domeinuak.eus/es/quienes-somos/fundacion/>

³⁸ <http://nic.gal/>



El contrato, obviamente derivado del sistema jurídico anglosajón, incluye multitud de cláusulas, algunas técnicas: interoperabilidad, publicación de información de la zona raíz"; algunas mas propias del sector: "nombres reservados, obligación de contar con registradores acreditados"; algunas más generales: "custodia de datos del registro"; cláusulas de protección y cesión de datos³⁹, clausulas penales, limitaciones de responsabilidad, confidencialidad... y, también, de solución de conflictos, como la mediación y arbitraje⁴⁰.

Respecto de este contrato, cuando quien lo realiza como potencial operador de registro, es una Administración Pública (como es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, respecto del GTLD .madrid), no encontramos un fácil encaje en los negocios excluidos de la sección segunda, del capítulo primero del Título preliminar de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (no parece que se recojan tampoco en el artículo 7 de la Ley) con lo

³⁹ Debe llamarse la atención sobre las consecuencias que este tipo de contratos pueden tener en relación con el problema de la transferencia internacional de datos. Vid. Título VI. De la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los Derechos Digitales (Transferencias internacionales de datos). En relación con EEUU, vid. La Decisión (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016. 44 y ss. del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

⁴⁰ Medios de solución de conflictos que, en el ámbito de las Administraciones territoriales exigen previa autorización de los Gobiernos o Consejos de Gobierno. *Vid., Verbi gratia*, art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas o art. 10.3 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

que, necesariamente debe estudiarse la calificación como un contrato privado, al amparo del artículo 26⁴¹ de esta⁴².

Visto este negocio "originario", podríamos decir, entre la ICANN y la autoridad de dominios pasemos al que realiza esta última con las empresas del sector que son los Registradores.

⁴¹ Su régimen desde el punto de vista de la Ley de Contratos del sector Público es el recogido en el artículo 26 de la LCSP, en general: "1. Tendrán la consideración de contratos privados: a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior. 2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado".

⁴² No olvidamos lo señalado en la Disposición adicional primera de la LCSP. Contratación en el extranjero, que dispone reglas para los Los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, ahora bien puede percatarse el lector de la especial dificultad de aplicar la Ley de Contratos a estos casos de contratos que se formalizan a través de plataformas tecnológicas y de los que difícilmente puede decirse donde se ejecutan pues tienen efectos transnacionales.



III. EL CONTRATO CON LOS AGENTES REGISTRADORES

En el contrato que realiza el registro con los agentes registradores, en aquel, en esencia, se obliga a realizar los "Servicios de Registro", que son los que está autorizado a prestar en virtud del Contrato celebrado con la ICANN, y que incluyen: la recepción de datos procedentes de los registradores, en relación con los registros de nombres de dominio y servidores de nombres del Sistema de Registro; el funcionamiento de la base de datos del Sistema de Registro; el suministro, a los registradores, de información de estado relativa a los servidores de zona para el TLD; y el funcionamiento y la supervisión de los servidores de registro DNS utilizados para el TLD. Todo a cambio de una contraprestación pecuniaria.

Este contrato tiene multitud de cláusulas⁴³, así en él, el registrador declara no estar incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar establecidas en la propia

⁴³ Este acuerdo contiene otras cláusulas, así: como Operador concede al Registrador una licencia no exclusiva, internacional, gratuita y durante la vigencia de este Contrato para que el segundo utilice el nombre y el logo del Operador que con el fin de identificarse como Registrador acreditado; El Registrador se encargará de prestar el servicio de atención al cliente; Operador tb se compromete Asesorar a los solicitantes de nombre de dominio....etc. A parte dejamos cláusulas relativas a problemas mas complejos y específicos como la proteccion de datos, resolución de conflictos en materia de nombres de dominio, confidencialidad; Legislación y Jurisdicción aplicable, etc.

LCSP⁴⁴; acreditará disponer de la solvencia técnica y profesional necesaria para el desarrollo de las funciones objeto del contrato de acuerdo con las prescripciones de la ICANN⁴⁵.

Además, en parte, es un contrato de adhesión pues el registrador deberá cumplir y exigir, a los titulares de nombres de dominio, que suscriban y cumplan con las "Políticas de Registro" adoptadas por el Operador de Registro⁴⁶.

⁴⁴ A tal efecto, el Registrador, en el momento de la firma del presente Contrato, emite una declaración responsable de no estar incurso en dichas prohibiciones.

⁴⁵ Según el "RAA" (Registrar Accreditation agreement) o "Contrato de Acreditación de Registradores": Acuerdo de Acreditación de Registradores aprobado por el Comité de la ICANN el 27 de junio de 2013, disponible en <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/approved-with-specs-2013-10-31-es#raa>, o bien, en caso de haber sido modificado o sustituido, la versión del Contrato de Acreditación de Registradores de la ICANN más reciente, junto con sus modificaciones.

⁴⁶ En particular, el registrador deberá incluir, en el Contrato de Registro celebrado con los titulares de nombres de dominio, el texto o, al menos, un enlace a las "Políticas de Registro", que estos titulares deberán aceptar antes del registro (Así, verbi gratia, el registrador incluirá en su contrato de registro una disposición específica que prohíba a los distribuir malware, hacer un uso abusivo de botnets, recurrir al phishing, piratería, vulnerar los derechos de autor y de marca, realizar prácticas fraudulentas o engañosas, falsificar o, de cualquier otro modo, participar en una actividad que contravenga la legislación aplicable).



Como dijimos, cuando este contrato se celebra entre una autoridad de dominio que es una administración pública, vistas las prestaciones y características y objeto del mismo, no creo que estemos en presencia de un contrato administrativo sino ante meros contratos privados, eso sí complejos, recíprocos e innominados que incluyen multitud de prestaciones.

El carácter privado resulta de su propia naturaleza, pues desde el punto de vista de la LCSP, parece que debe estar excluido de su aplicación a la vista de que, para calificarlo, debe tenerse en cuenta que la prestación principal, cuando estamos ante el supuesto de que la autoridad de dominio es una administración pública, la realiza precisamente ésta y por ella se cobra como veremos, en la actualidad, un precio público. Así se deduciría, entonces, de lo dispuesto en el artículo 11.2 y

11.4⁴⁷ de la LCSP: “relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general”; “Asimismo, están excluidos los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato”. Ojo, el precio público, entre otras diferencias con la tasa, tal y como veremos a continuación deriva de la existencia de un contrato mientras la tasa se origina directamente en la Ley. (Así mismo como ya estudiamos en otro lugar⁴⁸, la administración, en teoría, podría optar por cobrar un precio privado, lo que aún justificaría la exclusión del artículo 11.4)

Dicho esto, como recordábamos antes, en lo que nos interesa destacar ahora (que es la intervención de administraciones públicas) este contrato también se ha celebrado por registros que son entidades “en que participan” administraciones públicas.

Hemos señalado el supuesto de las asociaciones y fundaciones. Nos encontramos, pues, en el caso de entidades de personalidad jurídica privada. Aquí conviene tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.1. e) y k) en su caso, para determinar si estamos ante entidades del sector público y poderes adjudicadores o no, con los consiguientes efectos a la hora de preparar y adjudicar contratos.

Parece que, en los casos que existen en la actualidad en España, no estamos ante entidades integrantes del sector público, con independencia de la participación



⁴⁷ Obviamos aquí consideraciones respecto de los contratos administrativos de naturaleza especial del artículo 25 de la LCSP, para el caso de que contratase la Administración. En relación a esta cuestión debe destacarse la STS de 20 de enero de 2004 que, partiendo de la jurisprudencia existente, destaca que la relación jurídica concreta ofrece la naturaleza administrativa cuando se determina por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en una forma amplia, que abarca cualquier actividad de la administración necesaria para satisfacer el interés general. En la misma línea, la STS de 21 de febrero de 2012 señala que la calificación del contrato como administrativo, en razón del interés público perseguido, depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato. Criterios estos que debieran aplicarse para determinar el carácter administrativo en su caso de este tipo de contratos. Pueden destacarse las siguientes ideas: como dice ALMONACID: "A pesar de todo ello, no debe fomentarse una interpretación extensiva de los criterios contenidos en el citado art. 19.1.b LSCP a fin de reconsiderar todos los contratos que celebre la Administración como "administrativos". Más bien al contrario, La necesidad de que concurren los requisitos que exige la ley (inmediatidad y satisfacción directa del interés público), interpretados por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido expuesto, nos obliga a formar un juicio interpretativo ad hoc, en cada caso concreto" (ALMONACID LAMELAS, V. en: "La frontera entre el contrato administrativo especial y el contrato privado celebrado por una Administración Pública. El criterio de la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública". <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4371-la-frontera-entre-el-contrato-administrativo-especial-y-el-contrato-privado-celebrado-por-una-administracion-publica-el-criterio-de-la-directa-o-inmediata-satisfaccion-de-una-finalidad-publica-/>). Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o

administrativa, pues debieran, para ello, cumplirse alguno de los supuestos descritos en el artículo 3.1.e 1º, 2º ó 3º bien, alternativamente, el señalado en el 3.1.k) de la LCSP.

Con independencia de lo anterior, en todo caso, los contratos tendrían naturaleza privada, o bien porque

visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987). Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017, en la calificación de un contrato es fundamental la causa del negocio como elemento delimitador. La identificación de la causa del contrato – elemento esencial del mismo- con un fin público, como sucede cuando la prestación esté directamente vinculada a la prestación de un servicio público, determinará la calificación como contrato administrativo. Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por otra parte, el carácter residual del contrato administrativo especial de ha acentuado incluso en la vigente LCSP, pudiendo calificarse como tales únicamente supuestos muy específicos. No parece que e la causa de estos contratos que tratamos aparezca inmanente un fin público, con independencia de que como cualquier actividad administrativa esta tenga siempre por objeto la persecución de los intereses generales.

⁴⁸ MOLL FER4NÁNDEZ-FIGARES, L.S. *"El precio de los nombres de dominio en internet"* op.cit.



estaríamos ante entes sujetos a derecho privado: fundaciones y asociaciones no pertenecientes al sector público ex. art. 3 de la LCSP o, en el caso de que se diesen los requisitos para hablar de entidades integrantes del sector público, por aplicación de lo dispuesto en el meritado artículo 11.4 de la LCSP⁴⁹.

Estas conclusiones se cohonestan, como apuntábamos, con el hecho de que cuando la administración realiza las actividades necesarias para el registro de uno de estos nombres de dominio cobra un precio en vez de una tasa.

No es lugar aquí de extendernos en discutir la diferencia entre tasa y precio público en nuestro escenario, o incluso la posibilidad de cobrar un precio privado, de lo que ya nos hemos ocupado en otra ocasión, baste señalar con MARTIN QUERALT que: "La tasa, al ser una de las categorías tributarias recogidas en el art. 2.2.a) LGT, se diferencia claramente del precio, al menos, por la concurrencia de dos notas: a) es una obligación ex lege, que no tiene causa en un contrato, a diferencia de lo que ocurre con los precios; b) la tasa es un típico ingreso de Derecho público, en el que concurren las notas que caracterizan a los ingresos tributarios, en tanto en el precio público –caracterizado también como recurso de Derecho público (art. 1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos)- no concurre la

⁴⁹ Como señala MARTÍN QUERALT: "Legalmente, se califican como precios públicos las contraprestaciones recibidas por un ente público (...)", MARTÍN QUERALT, J.M., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M., CASADO OLLERO, C. *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, 2016, pág. 90.

nota de coactividad propia de los tributos (art. 24 Ley 8/1989)”⁵⁰.

Así, cuando quien actué como autoridad de registro sea una empresa particular, e incluso una fundación privada, podrá cobrarse un precio privado. Si la autoridad de dominio es un ente público, como ocurre con Red.es, (aunque no es el caso de los ccTLD no es el que hemos tratado en este artículo si son trasladables las conclusiones en este punto) o la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, (-si un GTLD- en este caso, al amparo del Registry Agreement señalado y el artículo 10..k) de la *Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas*) en España, se ha evolucionado desde el cobro de una tasa a un precio público⁵¹.

IV.CONCLUSIONES

Cuando la Autoridad de nombres de dominio genéricos de internet (GTLD) es una Administración pública española, a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público, el negocio jurídico que se realiza con la Internet Corporation for Assigned Names and numbers, para la delegación, debe calificarse como un contrato privado. El

⁵⁰ MARTÍN QUERALT, J.M., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M., CASADO OLLERO, C. *Curso de derecho financiero... op. cit.*, págs. 90 y 91.

⁵¹ E, incluso, podría discutirse si un precio privado. *Vid.* MOLL FER4NÁNDEZ-FIGARES, L.S. "El precio de los nombres de dominio en internet" *op.cit.* y III Congreso del Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas. Derecho y nuevas tecnologías. 21 de septiembre de 2017, Campus Madrid-Princesa, Universidad Nebrija. <https://youtu.be/GE52SxrrnZ8>.



Contrato que realiza el operador de registro-administración pública con los agentes registradores debe considerarse dentro de los negocios excluidos de la Ley 9/2017, al amparo de lo señalado en el artículo 11.4 y, en su caso, 11.2. Estas conclusiones se cohonestan con la calificación de precio público o, eventualmente, precio privado de las contraprestaciones que recibe el operador-Administración por la realización de los servicios necesarios para el registro de los nombres de dominio.

V. RECOMENDACIONES

Ha de tenerse presente la naturaleza jurídica de los distintas entidades-operadores de registro en España, en que intervienen las administraciones públicas: Administración pública, entidades del sector público (incluidas fundaciones y asociaciones) ex. artículo 3 de la Ley de Contratos del sector Público, o meras entidades privadas, a la hora de calificar las relaciones jurídicas en que intervienen, necesarias para la comercialización de los nombres de dominio.

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

**BLOQUE 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.

M^a. Rosario Delgado Fernández

Técnico de Gestión-Supervisor de Proyectos
Universidad de Alcalá

RESUMEN: La aprobación y entrada en vigor de la Ley 9/2017, 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 - LCSP -, ha supuesto un desafío y una ventana de oportunidad. El desafío de abordar cambios importantes, incluso de mentalidad, y la oportunidad de conseguir que la contratación pueda ser, de una vez por todas, el instrumento estratégico más importante para la implantación de políticas públicas.

Pero para saber es si es posible enfrentar exitosamente el desafío, teniendo en cuenta los esfuerzos de planificación, a todos los niveles, que requiere.



ABSTRACT: The approval of the law 9/2017, 8 of November, -LCSP-, it poses a challenge and a window of opportunity. The challenge of addressing important changes including mentality and the opportunity to ensure that recruitment can once and for all be the most important strategic instrument for the implementation of public policies.

But the question is whether it is possible to face the challenge successfully, taking into account the planning efforts, at all levels, that it requires.

SUMARIO: 1.- Introducción. La gestación de la norma. 2.- Preámbulo. Los objetivos quedan fijados. 3.- Transparencia y planificación. Dos aspectos interconectados. 3.1 Anuncio de Información Previa. 3.2 Publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público Inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. 4.- Planificación y contratación estratégica. 5.- Planificación y procedimientos de contratación. 6.- Conclusiones. 7.- Recomendaciones

1.- INTRODUCCIÓN. LA GESTACIÓN DE LA NORMA

El 8 de noviembre del año 2017, después de una larguísima tramitación parlamentaria, a pesar de su calificación inicial como urgente, y un considerable retraso en su publicación, aparecía en el Boletín Oficial del Estado la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2017/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

La nueva Ley vino a transponer al ordenamiento jurídico español dos Directivas europeas (2014/23/UE y 2014/24/UE), debiéndole a esta circunstancia su largo nombre, cuya entrada en vigor en abril del 2016, con el consiguiente efecto directo, hubiera debido suponer cambios en la contratación pública. Sin embargo, dichos cambios no habían sido tan extensos como hubiera sido deseable y la falta de transposición estaba creando una notable inseguridad jurídica además de colocar al país en situación sancionable, circunstancias ambas que se esperaba corregir con la entrada en vigor de la nueva norma.

Así resulta, para empezar, que ya había existido una falta de planificación previa en la gestión de la elaboración de la norma, no justificable por los vaivenes políticos del periodo, porque desde el 2014 había habido tiempo para redactarla y aprobarla sin que las prisas de última hora, con la conciliación de unas nuevas mayorías parlamentarias, hiciesen que su redacción no fuese todo lo correcta y concreta que hubiese sido necesario.

Sin embargo, lo que debía haber sido parte del desastre se constituye en una ventaja inesperada. La ley se publica en un momento crucial: por un lado se estaba iniciando una salida aparente de la crisis económica, que iba a permitir cambios en las adjudicaciones de los contratos al aportar mayor flexibilidad a la hora de calcular los costes, y por otro lado era necesario prestar atención a la «Estrategia Europa 2020»⁵². Cuando cuatro meses después entra en vigor, se está consolidando la

⁵² En la "Estrategia Europa 2020" la contratación pública está destinada a desempeñar un papel clave como uno de los instrumentos 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*".



salida de la crisis económica y se incrementa la necesidad de prestar atención a otros aspectos además del precio.

Es pues el momento propicio para que entre en escena el carácter estratégico de la contratación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, era de esperar una ley distinta en sus objetivos y en la forma de conseguirlos, y desde su preámbulo, la LCSP, deja ver el abandono del concepto economicista que había sido prevalente durante la crisis económica en favor del concepto de mejor calidad-precio, y el propio concepto de calidad se ve ampliado incluyéndose en el mismo aspectos relativos a las adecuadas condiciones laborales y medioambientales e incluso de innovación⁵³. Es el momento intentar superar las inercias tradicionales para hacer de la contratación una herramienta estratégica, poniendo en valor otros aspectos que pueden actuar como motor para la consecución de una estrategia social y medioambientalmente responsable, y que permita o incluso fomente la innovación.

Dada la orientación de la LCSP, el principio de transparencia adquiere una enorme importancia, tanto por el aumento de publicaciones en los perfiles de contratante – esta vez sin olvidarse del contrato menor – como por la puesta en valor de la Plataforma de Contratación del Sector Público, que debe servir de punto unificador donde los interesados puedan encontrar la información relativa a todos los contratos públicos.

⁵³ De hecho, se produce una verdadera redefinición del concepto de "calidad" de forma que incluye la calidad de las prestaciones en sí mismas y la calidad medioambiental y social asociada a dichas prestaciones, así como el posible alcance innovador de las mismas o de la forma de obtenerlas.

Asimismo, esta plataforma ofrece servicios de licitación electrónica (que la Ley hace obligatoria) de forma gratuita para todos los interesados.

Asimismo, de nuevo positivando el principio de transparencia, la LCSP trata de garantizar una mayor concurrencia en la adjudicación de los contratos públicos intentando minimizar la importancia, tanto cualitativa como cuantitativa, del contrato menor a la vez que endurece las condiciones para los procedimientos negociados sin publicidad.

No obstante, teniendo en cuenta que el cambio que se presentaba y se continuaba gestionando un año después es sustancial, resulta inevitable que nos preguntemos si, desde el principio, era posible afrontar el desafío o, lo que hubiera sido mejor, considerar el cambio como una ventana de oportunidad teniendo en cuenta que requería, para tener una mínima garantía de éxito, una planificación previa por parte de todos los intervinientes en varios aspectos:

- 1) Del legislador, sin perder de vista los objetivos, para crear una ley solvente, coherente, entendible y razonablemente fácil de aplicar.
- 2) De la Administración Pública en general, dotando de los medios adecuados a los organismos que iban a resultar encargados de la gestión de alguna de sus novedades.
- 3) De cada administración pública, tanto para la implantación de la norma en sí como para dar cumplimiento a las obligaciones al respecto que dicha norma establece
- 4) De las empresas, para poder dar una respuesta adecuada al desafío que les presentamos.



2.- PREÁMBULO. LOS OBJETIVOS QUEDAN FIJADOS

Teniendo en cuenta que los preámbulos de las leyes o sus exposiciones de motivos, son parte de la propia norma, constituyendo la memoria del texto, es decir, que presentan la norma, su estructura y sobre todo sus principios generales u objetivos determinando los parámetros para la interpretación correcta de la misma y que en el caso particular de la LCSP su preámbulo expone los principales cambios estructurales y transversales en la materia, resulta adecuado partir del mismo para analizar cómo debían haberse planteado las actuaciones de planificación a todos los niveles.

El preámbulo de la LCSP declara:

"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."

Por lo tanto, como hemos visto, la LCSP pretende una amplificación de la transparencia. Se trata tanto de garantizar el derecho de todos los ciudadanos a saber cómo se utilizan los fondos públicos, de los que son dueños, y a conocer, no solo qué servicios se prestan, sino cómo se prestan esos servicios como el derecho de las empresas a tener la información que garantice la libertad de acceso a las licitaciones (principio general) dado que la transparencia en la información es un puntal importante de la igualdad de trato (otro principio general).

Más adelante insiste el preámbulo:

"El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como

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. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.”

Por lo tanto, queda abierta la puerta al uso estratégico de la contratación pública, es decir, al uso de la contratación para la consecución tanto de los objetivos directos que se pretenden en cada contrato, como de los objetivos transversales determinados por las políticas públicas.

Y por último los procedimientos:

“En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación 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. Sus trámites se simplifican al máximo, (...)”

Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios (..)”

De nuevo los procedimientos proponen un aumento de la transparencia al endurecer los requisitos del negociado sin publicidad.



Se crea un procedimiento abierto simplificado – con una variedad especialmente sencilla en su trámite – que debe poder adjudicarse rápidamente. Curiosamente el preámbulo no menciona en ningún sitio los cambios que se introducen en la contratación menor, a pesar de que han sido, con diferencia, los que más controversia han creado⁵⁴, pero no es necesario. Todos sabemos que este procedimiento se crea con el fin de dar solución a determinados contratos que habían venido tramitándose como menores sin reunir los requisitos para serlo (los contratos que se repiten año tras año con una baja cuantía anual, por ejemplo).

3.- TRANSPARENCIA Y PLANIFICACIÓN. DOS ASPECTOS INTERCONECTADOS.

Tradicionalmente todos los esfuerzos de transparencia se han realizado en torno al proceso de licitación y la LCSP continua con la misma tendencia⁵⁵. Sin embargo sí que

⁵⁴ La contratación menor, en concreto el artículo 118, y más concretamente aún su apartado 3 ha sido objeto de interpretación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en varias ocasiones, por la de Madrid, Aragón, Galicia, Cataluña, Valencia, Andalucía, el País Vasco... Nunca un solo artículo había sido objeto de tantas interpretaciones, y lo que es peor, ninguna es exactamente igual a otra creando la mayor inseguridad jurídica que se haya producido nunca en un tema relativo a la contratación pública.

⁵⁵ Posiblemente esto no sea un acierto. En el Foro OCDE 2004, previa consulta a los gestores de contratación se reivindicó la atención específica a zonas oscuras, que están menos sujetas a los requisitos de transparencia y, por lo tanto, son potencialmente más vulnerables a la corrupción. Estas zonas oscuras se situaban en las fases previa y posterior a la licitación, desde la evaluación de las necesidades a la gestión

se incluye una obligación de planificación (el anuncio de información previa) que debe ser publicitado. Asimismo todos los anuncios deben publicarse en la Plataforma de Contratación del Sector Público de forma que sirva de punto único de información contractual.

3.1 Anuncio de Información Previa

La obligación de planificación en la contratación se plasma, dentro del articulado de la LCSP en el apartado 4 del artículo 28, en que se establece la doble obligación de programar y de dar publicidad a la programación mediante el Anuncio de información previa pero, desafortunadamente, la LCSP es, no queda más remedio que reconocerlo, muy confusa en este aspecto, favoreciendo la aparición de algunas interpretaciones cuestionables y en este caso y transformando la anécdota en categoría se ha pretendido evitar la programación, y por lo tanto la planificación que conlleva, interpretando que la publicidad de dicha publicación no es obligatoria.

Para empezar, el artículo 28.4 establece un mandato claro: *“Las entidades del sector público **programarán** la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y **darán a conocer** su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”*.

del contrato y el pago y en las excepciones a los procedimientos competitivos, es decir, las circunstancias especiales, tales como los procedimientos sin publicidad, entre los que destacan los contratos de valor reducido.



La orden de **programar** la contratación pública no ofrece duda alguna, no hay contradicción en ninguna parte de la LCSP, no existe ninguna posibilidad de encontrar ningún precepto que permita no realizar dicha programación. Debemos entender como programar la contratación la planificación de la misma que permita priorizar, programar y distribuir de forma temporal la contratación en función de las necesidades y con mejor aprovechamiento de los recursos

No obstante, el art. 134, establece que *"Los órganos de contratación podrán publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo."* La referencia al apartado 5 debe entenderse hecha al apartado 6 (se trata de un error) que aclara *"El periodo cubierto por el anuncio de información previa será de un máximo de 12 meses a contar desde la fecha de envío del citado anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o, en su caso, a partir de la fecha de envío también a esta última, del anuncio de publicación en el perfil de contratante a que se refiere el apartado cuarto anterior."*

Sin embargo, en el caso de los contratos de servicios que tengan por objeto alguno de los servicios especiales del Anexo IV, el anuncio de información previa podrá abarcar un plazo superior a 12 meses."

Por otra parte, refiriéndose a los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, el Art 135 LCSP obliga a que la convocatoria de licitación se realice, en todo caso, mediante el anuncio de información previa a que se refiere la Disposición adicional trigésima sexta, que, por su parte indica que *"Los órganos de contratación que celebren contratos de concesiones de servicios especiales del anexo IV utilizarán como medio*

de convocatoria de licitación un anuncio de información previa que deberá tener el contenido establecido en el anexo III.B. Sección 3. Estos anuncios se publicarán en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y en el perfil de contratante”

Por último, respecto a la reducción de los plazos de presentación de proposiciones, el art. 156.3 a) LCSP indica que, si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a quince días, aunque aclara que esta reducción solo será admisible cuando el anuncio *voluntario* de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de doce meses y mínima de treinta y cinco días a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este.

A través de una lectura cuidadosa (y nada fácil) de los preceptos citados en los párrafos anteriores, se deduce lo siguiente:

- Es obligatorio publicar un anuncio de información previa, para dar publicidad a la programación, que refleje, al menos, los contratos de todos los tipos que estén sujetos a regulación armonizada y que puede abarcar un plazo máximo de doce meses, salvo en el caso de los servicios especiales del Anexo IV, en que dicho plazo podrá ser superior.
- En el caso de concesión de servicios del Anexo IV, el medio de convocatoria de licitación será obligatoriamente un anuncio de información previa publicado en el DOUE y el Perfil de Contratante.



Resumiendo, existen varios tipos de anuncios:

- Los obligatorios establecidos en el art. 28.4 LCSP, que dan publicidad a la programación de la contratación.
- Los voluntarios, que son individuales y deben incluir toda la información que esté disponible, con modelos distintos si son servicios generales o servicios especiales del anexo IV.
- Los de información previa que serán a su vez anuncio de licitación para el caso de concesiones de servicios especiales del anexo IV.

Los únicos anuncios obligatorios, además de los de licitación, son los de información previa, establecidos en el artículo 28.4, los encargados de dar publicidad a la programación de la contratación, incluyendo, al menos, los contratos sujetos a regulación armonizada.

La obligatoriedad de estos anuncios no ofrece dudas, dado que tampoco ofrece duda alguna la obligatoriedad de programar. Los anuncios solo son los encargados de ofrecer la necesaria transparencia de las programaciones de contratación constituyéndose como una manifestación más del principio de transparencia, informando sobre dicha planificación.

La planificación desde dentro de la administración no sirve de mucho si no se le da la oportuna difusión, de forma que las empresas puedan, a su vez, planificar su participación en las licitaciones con el tiempo necesario para conocer qué aspectos de los que piensa contratar cada administración son adecuados para su negocio.

3.2 Publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público Inscripción en el Registro Oficial

de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público

De nuevo en relación con la transparencia, se incrementan las obligaciones de publicación en el Perfil de Contratante y se pone en valor a la Plataforma de Contratación del Sector Público, incluyendo como causa de nulidad el hecho de no publicar un anuncio de licitación en la misma o en las correspondientes a nivel autonómico, además de indicar que la publicación de anuncios y otra información solo surtirá efectos cuando dichos perfiles estén alojados en dicha plataforma.

En este sentido, el aumento exponencial de la información contenida en la plataforma⁵⁶ está causando problemas de gestión y mantenimiento de la misma.

Y si tenemos en cuenta que en la actualidad hay 14.900 órganos de contratación incluidos en la plataforma, estimándose en, al menos, 22.000 los órganos de contratación existentes en el total de las administraciones⁵⁷, y que por lo tanto aún no utilizan PLACSP, al menos, un 33 % de los órganos de contratación, sí resulta preocupante la posibilidad de que pudieran continuar o incluso aumentar los problemas aparecidos causando un grave perjuicio a la contratación del todo el Sector Público.

Es fácil entender que eso se deriva de una falta de planificación por parte de las autoridades de las que

⁵⁶ En el año 2017 se hicieron 69.260 publicaciones, entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2018 ya se habían realizado 98.652 publicaciones, de las cuales 84.700 a partir del 8 de marzo

⁵⁷ Solo en la administración local son 17.944 entidades, según la Base de Datos General de Entidades Locales de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, dependiente de la Secretaría de Estado de Hacienda



depende PLACSP, que no han apreciado en toda su dimensión la sobrecarga de trabajo causaría la entrada en vigor de la LCSP y no la han dotado de los medios precisos para afrontarla.

Un caso más grave es el ocurrido con la gestión del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECSP), regulado en los art. 337 y sucesivos de la LCSP. Adicionalmente a la simplificación en la gestión de la contratación que supone el registro en el ROLECSP, para poder participar en el procedimiento abierto regulado en el artículo 159, los potenciales licitadores deberán obligatoriamente estar inscritos en el mismo, o, cuando proceda, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas. Esta obligación entraba en vigor a los 10 meses de la publicación de la LCSP en el Boletín Oficial del Estado. Es decir, el 9 de septiembre de 2018.

A pesar del aplazamiento de su entrada en vigor (6 meses después de la entrada general en vigor de la ley), el ROLECSP no ha podido hacer frente al incremento de la demanda de inscripciones por parte de las empresas, incluso los licitadores diligentes que hubieran intentado la inscripción con tiempo suficiente no podrían participar en estos procedimientos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón se ha pronunciado al respecto indicando que se trata de una obligación legal respecto de la que no cabe decisión alguna a los órganos de contratación. Asimismo aclara que *"El inciso final del artículo 159.4.a) que establece -siempre que no se vea limitada la concurrencia -, no debe interpretarse como una potestad o en el sentido de que no sea obligatoria esta inscripción."*

Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sostiene exactamente lo contrario⁵⁸. Tras reconocer que el vencimiento del plazo señalado en la Disposición Transitoria Tercera *convierte el requisito de inscripción en obligatorio en todos los procedimientos simplificados que tramiten las entidades del sector público*, se indica que se ha producido una circunstancia que está impidiendo o ralentizando las inscripciones, aclarando que *tal circunstancia estriba en el ingente número de solicitudes que se han producido en los últimos meses, las cuales no han podido ser atendidas en su integridad hasta el momento presente*.

Es obvio que también se ha producido un fallo en la planificación de las necesidades del ROLECE, de forma que se ha visto desbordado por el volumen de trabajo generado por la entrada en vigor de la LCSP y esta falta de planificación se ha traducido en un incumplimiento por parte y a instancia de la Administración de la misma LCSP.

4.- PLANIFICACIÓN Y CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA

Como se ha dicho ya la LCSP se aprueba en un momento que parece particularmente idóneo para que la contratación pública pueda utilizarse no solo para que la administración consiga sus suministros, obras y servicios sino también como palanca para implementar las políticas públicas referentes a cuestiones sociales y medioambientales. La importancia económica de la

⁵⁸ *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los Órganos de Contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*



contratación pública⁵⁹ hace que su impacto en las políticas anteriormente mencionadas pueda ser significativo.

No obstante, para que el uso estratégico de la contratación pública sea una realidad es necesario que se tenga en cuenta que no se pueden abordar todos sus aspectos a la vez. De hecho es necesario que se analice, por ejemplo cuales entre los contratos del organismo tendrán mayor éxito en colaborar en las políticas sociales (de forma general serán aquellos servicios y obras que requieran la utilización intensiva de mano de obra) y cuales podrán ser utilizados para intentar implantar conciencia medioambiental (aquellos que utilizan materias primas, que producen residuos, en los que se generan emisiones de productos contaminantes...).

Para ello es también necesario que se analice la situación actual en los aspectos sobre los que se pretende actuar, con el fin de que sea posible la evaluación de los resultados obtenidos⁶⁰.

Por lo tanto para hacer realidad la utilización estratégica de la contratación pública es necesario un importante esfuerzo de planificación que permita:

⁵⁹ Se maneja habitualmente el dato de que la contratación pública constituye del 14 al 18% o incluso al 20% del PIB en cualquiera de las naciones que forman parte de la Unión Europea. No obstante se entiende con más facilidad el hecho de que si se descuentan los gastos de personal, la práctica totalidad de los presupuestos de los organismos públicos se gestionan mediante los procedimientos de contratación.

⁶⁰ No podemos olvidar que no son objetivos directos de los contratos, fáciles de medir en función de la satisfacción de las necesidades de la administración a las que se da cobertura, sino objetivos transversales que requieren de un análisis distinto.

- Determinar en qué aspectos el organismo contratante tiene más posibilidad de impacto.
- Establecer a través de que contratos se van a intentar alcanzar objetivos transversales.
- Establecer que mecanismos se utilizaran dentro de los procedimientos de contratación para lograr los objetivos fijados (obligaciones, solvencia, criterios de valoración, condiciones especiales de ejecución...).
- Determinar cuál es la situación de partida, si se pretenden evaluar los objetivos conseguidos⁶¹.

Y, en la medida de lo posible debe darse publicidad a todo lo anterior (mediante comunicaciones, instrucciones o cualquier otro tipo de documento hecho público) para que las empresas puedan adaptarse a las exigencias de la administración en este sentido y/o evaluar qué cambios son necesarios en sus políticas para poder ser los adjudicatarios de los contratos a que liciten.

5.- PLANIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Como se ha dicho la LCSP persigue que la contratación menor tenga el menor volumen posible tanto económico como en número de contratos, de forma que su uso se restrinja a las necesidades puntuales, no repetitivas y de poco importe.

No obstante es una realidad que el contrato menor se estaba usando, por su agilidad fundamentalmente, mucho más allá de lo recomendable. Para evitar que la agilidad distraiga del hecho de que se trata de un procedimiento excepcional que no cuenta con los

⁶¹ Hay que tener en cuenta que sin evaluación no existe mejora.



requisitos de transparencia y garantía de concurrencia que se dan en los contratos mayores, se le dota de un expediente reducido pero que requiere una mayor pausa en su tramitación.

Pero lo cierto es que la única forma de poder afrontar las necesidades tradicionalmente cubiertas por la contratación menor mediante los nuevos procedimientos incluidos en la LCSP o mediante los sistemas de racionalización de la contratación, lo primero que es necesario es un análisis de las necesidades aparecidas, de su importancia cuantitativa (cuanto volumen tienen, cuánto cuestan en total), de su entorno temporal (se agrupan en determinados momentos, se distribuyen por igual a lo largo del ejercicio, se prolongan durante varios ejercicios), de su distribución en el organismo (lo utilizan todas las unidades, es específica solo de algunas) y una vez hecho este análisis y con sus resultados es necesario establecer la mejor forma de abordar su contratación (determinando el procedimiento adecuado) y priorizarlas y ordenarlas temporalmente. Es decir, es necesario planificar y programar la contratación de cada organismo.

Una vez hecho esto los procedimientos establecidos en la LCSP conseguirán que se cubran las necesidades de forma adecuada.

Si no se hace esta planificación y se establecen los procedimientos adecuados para cada caso el resultado inevitable será el colapso del organismo implicado o el incumplimiento por el mismo de las normas de contratación.

6.- CONCLUSIONES

1) La obligación de planificación en la contratación queda plasmada, dentro del articulado de la LCSP, en el artículo 28.4, donde se establece la doble obligación de

programar y de dar publicidad a la programación mediante un anuncio de información previa.

La orden de programar la contratación pública no ofrece duda alguna, no hay contradicción en ninguna parte de la LCSP, no existe ninguna posibilidad de encontrar ningún precepto que permita no realizar dicha programación.

2) Los anuncios de información previa solo son los encargados de ofrecer la necesaria transparencia de las programaciones de contratación, es decir, son una manifestación más del principio de transparencia.

La planificación desde dentro de la administración no sirve de mucho si no se le da la oportuna difusión, de forma que las empresas puedan, a su vez, planificar su participación en las licitaciones con el tiempo necesario para conocer qué aspectos de los que piensa contratar cada administración son adecuados para su negocio.

3) En la entrada en vigor de la LCSP y, a consecuencia de la falta de planificación por parte de la Administración se han producido disfunciones en el funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. No se ha sabido apreciar en toda su dimensión la sobrecarga de trabajo que tendrían que afrontar con la entrada en vigor de la LCSP y no se ha procurado que cuenten con los medios precisos para afrontarlo. Esta falta de planificación ha tenido como consecuencia, en el caso del ROLECS, un incumplimiento por parte y a instancia de la Administración de la misma LCSP.

4) Para que el uso estratégico de la contratación pública sea una realidad es necesario que se tenga en cuenta que no se pueden abordar todos sus aspectos a la vez. Debe realizarse un análisis sobre cuales contratos



tendrán mayor éxito en colaborar cada tipo de política (social, ambiental o de otro tipo).

5) La LCSP persigue que la contratación menor tenga el menor volumen posible tanto económico como en número de contratos, de forma que su uso se restrinja a las necesidades puntuales, no repetitivas y de poco importe.

La única forma dar respuesta a las necesidades tradicionalmente cubiertas por la contratación menor mediante los nuevos procedimientos incluidos en la LCSP o mediante los sistemas de racionalización de la contratación es planificar y programar la contratación de cada organismo.

7.- RECOMENDACIONES

1) Debe respetarse lo establecido en el artículo 28.4 de la LCSP planificando y programando la contratación y dando publicidad a dicha publicación a través del anuncio de información previa según los requisitos del artículo 134.

2) Deben tomarse medidas para que los organismos que soportan una especial carga de trabajo cuenten con todos los medios adecuados. No resulta admisible que por parte de la propia administración, se permita o incluso se avale un incumplimiento de la ley

3) Es necesario abordar el uso estratégico de la contratación pública después de un análisis que determine en que aspectos y mediante que tipos de contrato se tiene mayor impacto, así como que mecanismos utilizar (establecer obligaciones, requisitos de solvencia, criterios de valoración etc.)

4) Dentro de cada organismo debe planificarse la contratación agrupando y centralizando los gastos que venían siendo cubiertos por contratación menor, para que se puedan usar los nuevos procedimientos establecidos en el LCSP, particularmente el procedimiento abierto simplificado y supersimplificado y los sistemas de racionalización de la contratación, ya sean acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición.



Castilla-La Mancha

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

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

Juan Carlos Gómez Guzmán

Consultor/auditor de costes y precios de contratos
públicos

RESUMEN: El objetivo de este documento es proporcionar un significado para el término «precio general de mercado», que ahora es indeterminado en el artículo 102.3 de la Ley 9/2017. Asimismo, tratará de explicar el concepto y significado de «valor razonable» y definirá las características de la admisibilidad de los costes en los contratos públicos y la forma de calcular el beneficio del contratista.

Como punto de inicio debe ser considerado el «precio» del contrato como la suma del coste admisible y el beneficio del contratista.

PALABRAS CLAVE: Contrato público, precio, coste, beneficio, precio general de mercado, valor razonable.

ABSTRACT: The purpose of this document is to provide a meaning for the term "general market price", now it is undetermined in article 102.3 of Law 9/2017. It will also try to explain the concept and meaning of "reasonable



value" and define the characteristics of the eligibility of costs in public contracts and the way to calculate the contractor's earnings.

As starting point, "price" of the contract should be considered as by the addition of the eligible cost and the contractor's profit.

KEY WORDS: Public contract, pricing, cost, profit, general market price, reasonable value.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL VALOR «RAZONABLE» DE LOS BIENES Y SERVICIOS. 3. LOS COSTES ADMISIBLES DE LOS CONTRATOS. 4. EL BENEFICIO DEL CONTRATISTA. 5. CONCLUSIÓN. 6. RECOMENDACIONES

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de «precio» en la contratación pública es más complejo de lo que a simple vista pueda parecer. Por ello, no creemos que el «precio», en la forma en la que tradicionalmente nos ha sido presentado en la contratación pública, se refiera únicamente al valor pecuniario de la contraprestación del contrato, pues ya sea su valor estimado, o el que se fije como definitivo, la nueva Ley 9/2017, en su artículo 102.3, determina que debe tener la cualidad de ser: "*el general del mercado*".

Dicha cualidad tiene importantes implicaciones, como por ejemplo a la hora de determinar correctamente el «presupuesto base de licitación» o en su utilización como criterio objetivo para evaluar la mejor oferta posible de entre las recibidas por los contratistas, y las que, en su caso, pudieran ser consideradas anormales o desproporcionadas.

Así pues que el significado del «precio» en la contratación pública trasciende al meramente jurídico del Código Civil (artículo 1.445), es decir, va más allá del hecho de ser la mera contraprestación dineraria, o signo que lo represente, que se obliga a pagar uno de los contratantes al recibir del otro un bien o un servicio determinado.

No obstante, no podemos sustraernos al hecho intrínsecamente económico de la transacción que se produce entre las partes, ya que comprador y vendedor establecen el «precio» definitivo en virtud de un equilibrio que se realiza por la comparación de los respectivos «valores» percibidos –que no debemos olvidar que son percepciones subjetivas– de la cosa que se entrega y de la que se recibe o de la entrada en juego de las leyes económicas de la oferta y la demanda del mercado y de la utilidad.

2. EL VALOR «RAZONABLE» DE LOS BIENES Y SERVICIOS

El «valor», en sentido económico, es un concepto que denota «utilidad» –o grado de satisfacción y felicidad a al que se llega a través de factores inmateriales–, y el «precio» es la monetización de esa «utilidad».

Entonces ¿qué es el «precio general de mercado» con el que el órgano de contratación debe procurar hacer sus adquisiciones?, o dicho de otra manera ¿cuál es el «valor» correcto que debe estimar respecto de la «utilidad» (o grado de satisfacción) que reporta la prestación del contrato y que le permitirá monetizar y determinar su «precio»? Para responder estas preguntas debemos considerar que el debate sobre el



concepto «precio general de mercado», que tradicionalmente se recoge en la norma reguladora de la contratación pública, no se resuelve solo con un enfoque puramente jurídico, sino que es una combinación de dos conceptos: el jurídico y el económico.

Como el concepto de «precio» parece estar bien acotado en el ámbito jurídico, ahondaremos en el concepto del «valor» económico y en algunas de sus diferentes facetas, así como en la repercusión que este va a tener en la concepción jurídica del «precio» de los contratos públicos, tal y como está configurada en la vigente ley.

Así, parece que la Ley 9/2017 previene al órgano de contratación para que no pague ni de más ni de menos por las obras, suministros y servicios que adquiera, sino un «precio» que no sea diferente a lo que normalmente se valora en el mercado entre partes que son independientes. Y ¿cuál es ese precio?: el que pagaría un consumidor racional que opera en el mercado y que pretende maximizar su utilidad o satisfacción optimizando la combinación de bienes que puede adquirir dado su nivel de renta.

No es intención de este artículo abordar el comportamiento del órgano de contratación como si fuera el del consumidor típico que enseña la Teoría Económica Neoclásica, ni en la «ley de la utilidad marginal decreciente», porque las entidades públicas no se comportan típicamente como él ya que tienen otros condicionamientos que van más allá de la obtención de la satisfacción que tienen los consumidores particulares en los mercados. Una entidad pública selecciona sus adquisiciones y paga un precio por ellas para dar satisfacción a otras necesidades derivadas de las responsabilidades para la que ha sido creada y de las funciones que debe cumplir en orden al interés general.

No actúa, por tanto, para valorarlo, con arreglo a un determinado nivel de saciedad que vaya alcanzando mediante el consumo de ese bien o servicio, sino que utiliza otros criterios entre los que también se incluyen factores sociales, medioambientales o de otra índole, por los que determina cuál es la propuesta más ventajosa que satisfaga mejor las necesidades públicas, eligiendo la que proporciona la más alta relación calidad-precio o coste-eficacia –si utiliza el criterio del «coste del ciclo de vida»– y que no está tan influenciada por el nivel de la demanda y del precio del mercado.

Así pues, descartada la Teoría Económica para encontrar la respuesta que buscamos, tendremos que ver y deducir, por otro camino, qué es eso del «valor» o «precio general de mercado» al que quiere referirse la ley, porque no creemos que sea un concepto hueco, sino al que debe dirigirse el órgano de contratación para orientar su actuación de compra en sus adquisiciones.

Según las Normas Internacionales de Valoración el «valor de mercado» es definido como *“la cantidad estimada por la cuál una propiedad podría ser intercambiada, en la fecha de valoración, entre un comprador y un vendedor en una transacción en condiciones de plena competencia dónde las partes actúan con conocimiento y sin coacción”*.

No obstante lo anterior, no podemos ignorar el RDL 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que establece, en su artículo 16.4, las pautas sobre cómo se determina el «valor de mercado». Entre las que figuran las siguientes:

“1.º Para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos:



a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

b) Método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.”.

Sin embargo, la determinación del «valor de mercado», como acabamos de exponer, no se compadece ni está en completa consonancia con el «precio general de mercado» que expresa la Ley 9/2017, en su artículo 102.3, porque en esta norma el «precio» representa el monto dinerario por el que se realizarán las transacciones en los contratos públicos. De tal manera que el «valor de mercado», calculado conforme a las metodologías propuestas por la LIS, viene a ser una

especie de «valor subyacente» (o de referencia por comparación) que no tiene por qué coincidir ni ser igual, ni siquiera parecerse –en nuestra opinión– al «precio general del mercado» al que nos aboca el precepto de la contratación pública.

El concepto de «valor de mercado» se basa en la percepción subjetiva del comprador y del vendedor – aunque la LIS trate de establecer una metodología de cálculo para objetivarlo que una referencia de partida para los fines de la propia norma fiscal– y es utilizado, por ejemplo, en mercados ineficientes o en situaciones de desequilibrio en los que hay una posición dominante de una de las partes que impone el precio final de la transacción en las que ese precio no refleja el subyacente «valor de mercado» o «real» en condiciones competitivas. Y como esto es lo que precisamente sucede en las compras públicas, donde la posición dominante la ostenta normalmente la entidad pública contratante porque es quien establece las reglas de la adquisición en los pliegos, es por lo que el órgano de contratación debe procurar alcanzar una equiparación entre el «precio general de mercado» y el «valor de mercado» subyacente, pero esta vez de otra forma o con una metodología diferente. Estos últimos métodos deben hacer desaparecer la asimetría en la información económica que hay sobre el coste de producción entre el contratista y el poder adjudicador, es decir en las valoraciones de las transacciones internas de los factores productivos que componen las prestaciones y, en definitiva, en el «precio».

En las contrataciones de «precio fijo», desarrolladas en procedimientos de adjudicación abiertos y restringidos, se puede presumir que en situaciones de competitividad el juego de la libre competencia hará su trabajo para igualar el «valor de mercado» subyacente y el del



«precio general de mercado». Pero cuando esto no suceda, se debe determinar el coste admisible de los bienes y servicios adquiridos que sea «reembolsable» y acordar una metodología para calcular el «beneficio» del contratista.

Por otra parte, el «valor de mercado» también es diferente al «valor contable», porque este está sujeto a las normas y criterios de valoración del Plan General Contable y, según este, el valor de los bienes varía con el tiempo, como sucede –por ejemplo– con la aplicación de la depreciación de los activos fijos, circunstancia que no ocurre con el «valor de mercado».

El «valor de mercado», por último, tampoco tiene por qué coincidir con lo que denominamos «**valor razonable**», pues este depende de los acuerdos alcanzados entre las dos partes involucradas en una transacción –en un contrato público, por ejemplo– y también de las disposiciones legales de obligado cumplimiento –es decir, la ley y de las cláusulas específicas del contrato, como serían por ejemplo las de tipo social–, mientras que aquel, es decir el «valor de mercado», en sentido estricto, lo es tan solo a los efectos fiscales de la LIS. Y como en el segundo párrafo del artículo 102.3 de la Ley 9/2017 se establece el mandato de que *“en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”*, es por lo que entra en juego este concepto de «**valor razonable**» que es aplicable a tanto a las contrataciones de «precio fijo», adjudicadas en procedimientos ordinarios, como a las de «coste reembolsable», en cualquiera de los procedimientos de adjudicación que se utilicen, pero especialmente los que

requieren negociaciones –es decir, negociados con publicidad, diálogo competitivo y asociación para la innovación–.

Así, definiremos el concepto del «valor razonable» en los contratos públicos como: *“el «precio general de mercado» acordado entre las partes que tiene en cuenta los incentivos (beneficio) que el agente económico podrá ganar con la transacción y que atiende a los costes de producción efectivos que son «rembolsables», e incluye los de tipo social y medioambiental, o de otra índole, en los que incurra el contratista, y a los que la ley o los pliegos del contrato le exijan acreditar haber incurrido”*.

Por tanto, el «precio» –ese «precio general de mercado» referido en la Ley 9/2017– debería ser entendido en términos de comparación entre un «valor» (el precio que deba pagarse) y otro «valor» (la utilidad que proporciona el objeto del contrato). Y entre ellos debe ser establecida, responsablemente, una equivalencia que tenga en cuenta los factores (medioambientales, sociales, o de otra índole) que se satisfacen con la compra pública y que el órgano de contratación debe cumplir.

En estas condiciones el «precio» de los contratos públicos –el «precio general de mercado» debería ser entendido como el «**valor razonable**»– tiene que ser capaz de compensar los costes de producción admisibles del contratista y de proporcionarle un beneficio adecuado que retribuya el esfuerzo y el riesgo que asume. Es decir, ese «precio» (costes admisibles más beneficio) debe ser «natural» y ser «remunerador» de su esfuerzo, esto comprensivo del valor de los costes del producto o servicio al salir de las manos del contratista y su retribución. Solo así debería entenderse el significado de



«precio general de mercado» como una equivalencia del «**valor razonable**».

3. LOS COSTES ADMISIBLES DE LOS CONTRATOS

Como ya lo hicieron el TRLCSP (artículo 87.5) y la Ley 30/2007 (artículo 75.5), el artículo 102.7 de la Ley 9/2017 establece la posibilidad –aunque entendemos que no está únicamente restringida en contrataciones cuya adjudicación se realice en procedimientos negociados, diálogo competitivo y la asociación para la innovación– de que la determinación del «precio definitivo» del contrato –que sería en todo caso razonable– se realice mediante el valor «natural» de las prestaciones, esto es, los costes admisibles efectivos de producción, y el valor de la «remuneración», o beneficio del contratista, sea calculada con arreglo a una metodología acordada. Además, este precepto permite al órgano de contratación la comprobación de la consistencia de ese valor «razonable» toda vez que el adjudicatario debe cumplir las reglas contables establecidas por aquél y queda sometido a los controles documentales y sobre el proceso de producción mediante la aplicación de la «auditoría de contratos».

La ley no define qué es coste admisible del contrato. Ni siquiera define lo que es considerado como «coste» de los contratos, si bien utiliza este término (en singular o plural) en un centenar de ocasiones. A lo sumo, se limita a listar unos elementos de coste, al igual que lo hace el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Este, en sus artículos 130 y 131, también se limita a enunciar algunos elementos de costes (directos e indirectos), como son la mano de obra directa, los materiales y los gastos

generales de estructura, que habitualmente son utilizados para la determinación del coste de producción.

Entonces, ¿debemos suponer que el término «coste» de los contratos públicos es el mismo que utiliza la Teoría Contable?. Entendemos que sí, que se trata de *“la valoración, en términos monetarios, del conjunto de las transacciones internas y del consumo de factores aplicados en la producción de bienes y servicios”* que pueden constituir el objeto de un contrato público.

Si bien ya hemos definido lo que es el «coste» de un contrato, ahora nos podemos preguntar: ¿todo vale?, o ¿qué debería ser considerado –o qué es– «coste» imputable a un contrato público y qué no?

Las normas relacionadas con la contratación pública nos hablan, por ejemplo, del *“componente de coste de la prestación contratada”* –en este caso referido al ámbito de la revisión de precios (RD 55/2017)– o de los elementos que componen el *“cálculo del coste del ciclo de vida”* –en la propia Ley 9/2017– y, en esta última, también se dice de los *“costes en que hubiera incurrido”* el concesionario, esto es los que debería recuperar con la explotación de las obras o el servicio de la concesión sin que por ello deba dejar de asumir el riesgo operacional. Sin embargo, en ningún momento se establece cuáles son los costes admisibles de los contratos públicos.

Como el *“Marco Conceptual del Coste de los contratos públicos”* no ha sido establecido formalmente en España, corresponde al órgano de contratación –en virtud del artículo 102.7 b) de la Ley 9/2017– establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las normas de costes que afectan al contrato, ya sea su utilidad, por ejemplo, para determinar el coste de



producción de las prestaciones en orden a establecer el precio definitivo del contrato, para calcular el «coste del ciclo de vida», o los costes que sean admisibles para calcular el «presupuesto base de licitación».

La consideración básica que el órgano de contratación debe tener siempre presente, pues debe aprobar la norma de costes del contrato, es que solo se pueden reputar como costes admisibles e imputables los consumos de factores que crean utilidad o aquellos otros elementos que aumenten el valor de uso de la prestación que se contrata.

A los anteriores efectos, el coste de un contrato público debería estar constituido solo por los costes admisibles (directos e indirectos) que le sean afectables o imputables.

Las características que determinan la admisibilidad de los costes en los contratos públicos son:

- ✓ La necesidad de los factores incorporados al producto o servicio.
- ✓ La razonabilidad técnica (cantidad y calidad empleadas) y económica (valor razonable de los factores utilizados).
- ✓ La afectabilidad o imputabilidad (existencia de una relación de causalidad o utilidad entre los factores consumidos y el objeto del contrato).
- ✓ La adecuación a las normas y criterios de cálculo de costes generalmente establecidos y/o a las normas aprobadas por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- ✓ La concordancia con las disposiciones del contrato y no estar expresamente prohibidos para su imputación.

4. EL BENEFICIO DEL CONTRATISTA

El «precio» del contrato se compone de dos elementos: el coste admisible y el beneficio del contratista. El «beneficio» es la retribución que obtiene el adjudicatario de un contrato público por la realización satisfactoria de su prestación. El órgano de contratación deberá tenerlo en cuenta a la hora de estimar el «presupuesto base de licitación», pues el beneficio del contratista es un componente más del mismo.

Para hacer una estimación razonable del beneficio con el que se retribuirá al adjudicatario, el órgano de contratación debería orientarse por la ratio del *Resultado económico bruto / Cifra de negocio* de las empresas del sector según su tamaño –por volumen de ventas– referenciado a la cifra de negocio exigida para la acreditación de la solvencia económica y financiera. Ese porcentaje⁶² de beneficio bruto sobre las ventas globales de las empresas del sector es el que se debería considerar como estimación razonable del beneficio para el contrato.

⁶² Esta ratio puede obtenerse de una fuente solvente e independiente, como es el Banco de España. La Central de Balances del Banco de España (CenBal) pone a disposición de los usuarios, de manera completamente libre, los informes que elabora y que forman una base de datos con un conjunto de 29 Ratios Sectoriales de las sociedades no financieras (RSE) y facilita información para el análisis comparado de empresas individuales con agregados de sociedades no financieras, permitiendo situar a las empresas (potencialmente contratistas) en el cruce de sector de actividad y tamaño en el que se encuadran. Se puede consultar en la dirección electrónica: http://app.bde.es/rss_www/Ratios



Sin embargo, en aquellas contrataciones en las que, debido a su complejidad, deban desarrollarse negociaciones, así como las que estén afectadas por alguna de las circunstancias referidas en el artículo 102.7 de la Ley 9/2017, en las que el precio definitivo deba ser determinado con arreglo al coste admisible «reembolsable» y a la metodología acordada para el cálculo del beneficio, esta deberá ser negociada expresamente en la licitación con los aspirantes a la adjudicación. A este respecto debemos advertir que el beneficio reflejado en el «presupuesto base de licitación» no deja de ser una mera estimación con la que establecer, junto a los costes (también estimados), el límite de gasto máximo que podrá comprometerse, por lo que el porcentaje del beneficio definitivo puede ser diferente.

La metodología que recomienda GÓMEZ GUZMÁN (2018)⁶³ utilizar para negociar el beneficio en estos casos, debería girar en torno a los factores contables que influyen en la obtención del Flujo de Caja Libre (FCL) de las empresas. La negociación del beneficio versará sobre el nivel de fondos que a la tesorería del contratista debería aportar el contrato adjudicado para contribuir al mantenimiento del FCL general de la empresa, una vez pagados todos los costes incurridos admisibles del contrato. Y ello sin olvidar que la retribución del contratista, mediante el beneficio, tiene que ser acorde al riesgo técnico y financiero asumido y al valor aportado.

⁶³ GÓMEZ GUZMÁN, Juan Carlos (2018). «La determinación del precio de los contratos públicos con base en el coste». El consultor de los Ayuntamientos – Ed. Wolters Kluwer. Véase el “Capítulo 7: Negociación del beneficio. Enfoque financiero”, págs. 185 - 213.

En los contratos de coste «reembolsable», en los que el precio se determinará por el coste incurrido, todos los gastos del contratista que este pretenda imputar al objeto del contrato debería tenerlos registrados en su Cuenta de Resultados. Sin embargo, debe conocer que por el simple hecho de estar registrados en su contabilidad no todos ellos son admisibles de imputación, porque no algunos crean utilidad para el contrato, los gastos y pérdidas derivadas relacionados con la capacidad ociosa o los gastos financieros –aunque sí pueda resultar admisible la imputación de un determinado coste financiero considerado, en este caso, como un «coste de oportunidad»–. Sin embargo, el beneficio contable, que es la última línea de la Cuenta de Resultados, no refleja la capacidad de generar recursos de efectivo, ya que, además del cobro de las ventas y el pago de los gastos, hay otros factores que influyen en la capacidad de generar tesorería en los que tiene un protagonismo importante el contrato adjudicado, como puede ser la puntualidad de la entidad pública en hacer efectivo los pagos parciales del contrato. En este caso, las facturas pendientes de pago del órgano contratante forman parte de la inversión del contratista en su activo circulante, haciendo disminuir la posibilidad de obtener flujos de caja libre positivos. Pero también tiene incidencia en el FCL cómo sea la gestión del contratista en sus operaciones productivas, es decir si acumula o no existencias de materiales, o el volumen de sus cuentas a pagar con los subcontratistas y suministradores –es decir, si cumple o no los plazos de pago en sus acuerdos comerciales con ellos–. Asimismo, también influyen en el FCL las inversiones y las desinversiones en capital fijo (maquinaria e instalaciones) que tenga que acometer el contratista para la adecuada ejecución del contrato, porque de ellas se derivan los pagos que debe realizar



por las compras de inmovilizado y los cobros que obtenga de las ventas.

En nivel de beneficio negociado debería condicionarse al modo en que el órgano de contratación autorice el pago a tiempo de las facturas derivadas de la ejecución del contrato, de la eficiencia del contratista en sus operaciones de producción y comerciales y de las exigencias de las condiciones específicas del contrato para acometer nuevas inversiones en activos fijos o el acopio de materiales y de las operaciones preparatorias de la ejecución del objeto del contrato. Y ello porque el beneficio del contratista no debe determinarse de manera estructurada aplicando un porcentaje fijo sobre el coste incurrido, o por analogía a la rentabilidad de la empresa o la que obtienen otras empresas del sector, ni por una inferencia o proyección de beneficios obtenidos en el pasado.

Además, en la negociación del beneficio hay otros factores que debe considerar el órgano de contratación, que modularán, al alza o a la baja, el porcentaje inicial obtenido conforme a la metodología del "enfoque financiero". Dichas factores, sin ser una lista exhaustiva, serían:

- ✓ Factores técnicos: Las incertidumbres técnicas de la ejecución del objeto del contrato y del control de los costes (el esfuerzo del contratista la gestión y control interno)
- ✓ Factores financieros: El factor de riesgo financiero para el contratista pone su acento en las consecuencias del aumento de sus necesidades operativas de financiación por la aceptación de la adjudicación, la duración del contrato y la evolución del coste de capital para la financiación

que requiera en sus inversiones de capital fijo y circulante.

- ✓ Factores de eficiencia en la ejecución del contrato:
La posibilidad de premiar con un incentivo la reducción de costes en la ejecución del contrato sin merma de la calidad y rendimiento.

5. CONCLUSIÓN

El «precio general de mercado», que, en nuestra opinión, debería haber sido definido por la Ley 9/2017 con precisión, resulta ser un concepto jurídico indeterminado para el que no se establece con exactitud sus límites, sino que estos son acotados por el órgano de contratación en cada caso concreto a la hora de estimar el «presupuesto base de licitación». Toda estimación puede incluir elementos subjetivos que no respondan con certeza a realidades sobre las que se proyecten valoraciones en el futuro. Sin embargo, el órgano de contratación debe obtener una valoración del «precio» del contrato que sea «razonable» y que comprenda los costes admisibles y el beneficio del contratista.

Los costes admisibles imputables al contrato deben responder a una norma de costes aprobada por el órgano de contratación que contemple las características de su admisibilidad y la metodología para su valoración y cálculo.

Por último, el beneficio del contratista, que es el otro elemento del «precio» del contrato, debe ser determinado con referencia al habitual resultado económico bruto de las empresas del sector y, cuando proceda, ser negociada la metodología de cálculo de acuerdo con el *“enfoque financiero”*.



6. RECOMENDACIONES

La determinación del «precio base de licitación» y la desagregación de su estructura de costes y el beneficio requieren un esfuerzo en la preparación de la licitación. El lugar y momento adecuado para realizar dicho empeño es durante la fase de investigación o consultas del mercado, que deberían ser efectuadas habitualmente en la contratación. Esto conducirá al órgano de contratación a poder determinar el «valor razonable» del contrato como equivalente del «precio general del mercado».

Siempre que sea posible, porque las circunstancias lo aconsejen, deberían desarrollarse procedimientos de adjudicación que requieran negociaciones. Y, dentro de estas, deberían ser elementos de la negociación del contrato la metodología para el cálculo del beneficio y los factores que modulan su porcentaje, al alza o a la baja, sobre el coste de producción.

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

CONSIDERATIONS REGARDING STANDING CONDITIONS OF ECONOMIC OPERATORS.

Aitana P. Domingo Gracia

Abogada. Departamento Legal de everis (España)

RESUMEN: En el día a día de los procedimientos de licitación, y más tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, los operadores económicos deben tener en cuenta una serie de premisas que se han destacado en el presente artículo para intentar facilitar las interacciones de los mismos con los órganos de contratación. Este artículo pretende poner en contexto aquellos puntos que más preocupan a los licitadores e intenta ofrecerles respuestas para que puedan consultarlas en su operativa diaria.

PALABRAS CLAVE: solvencia, empresa de nueva creación, procedimiento abierto simplificado, Registro de Licitadores, principio de proporcionalidad, subsanación, acumulación, UTE, medios externos.



ABSTRACT: On the day-to-day of tender procedures, and further after the new Public Sector Contracts Law came into force, Economic Operators must consider a series of assumptions that have been highlighted in this paper in order to enable their interactions with the Contracting Authorities. This paper aims to put into context the issues that most concern bidders and tries to offer answers so they can consult those on their daily dealings.

KEY WORDS: standing conditions, Start-up Company, simplified open procedure, Register of Bidders, principle of proportionality, correction, combination, consortium (UTE), external means.

SUMARIO: I. LA SOLVENCIA COMO CONDICIÓN DE APTITUD. 1. REGULACIÓN NORMATIVA. 2. LOS OPERADORES ECONÓMICOS DE NUEVA CREACIÓN. EXCEPCIONES A LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA. 3. EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE LICITADORES. II. LA CONCRECIÓN DE LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA. 1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 2. LA SUBSANACIÓN DE LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA. III. LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA. 1. LA ACUMULACIÓN DE LA SOLVENCIA. 2. POSIBILIDAD DE ACREDITACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS. IV. CONCLUSIONES

I. LA SOLVENCIA COMO CONDICIÓN DE APTITUD.

1. REGULACIÓN NORMATIVA.

Para que los operadores económicos puedan licitar en los procedimientos de contratación del Sector Público deben reunir todas las condiciones de aptitud requeridas para ello según se establecen en el artículo 65 LCSP⁶⁴. Es decir, deben tener plena capacidad de obrar, no deben estar incurso en causas de prohibición de contratar, y, deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, deben acreditar estar debidamente clasificados.

Lo que variará entre un procedimiento de licitación y otro es que el órgano de contratación exigirá al operador económico una solvencia distinta en función del objeto del contrato, si bien dicho órgano de contratación a la hora de determinar la solvencia, deberá tener en cuenta que las condiciones mínimas que exija tendrán que estar vinculadas al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

Las condiciones mínimas de solvencia, tal y como indica el art. 74 LCSP, se determinarán por el órgano de contratación y se indicarán en el anuncio de licitación y los pliegos reguladores de la adjudicación del contrato⁶⁵,

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Al incluirlos en el anuncio y pliegos, en primer lugar, tal y como indica el art. 116 LCSP, se habrán debido justificar los



debiendo el correspondiente órgano de contratación concretar⁶⁶ las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos⁶⁷.

En esa línea, la propia LCSP viene a establecer los medios a través de los cuales los operadores económicos podrán acreditar su solvencia y asimismo, prevé en el art. 92 la posibilidad de que el empresario aporte la clasificación pertinente como modo de acreditación de la solvencia exigida por el órgano de contratación.

En ese sentido, por un lado, el art. 87 LCSP establece los requisitos para acreditación de la solvencia económica y financiera, que deberá ser proporcional al objeto del contrato, como ya hemos indicado, y no deberá suponer un obstáculo a la participación de las PYMES y, por otro lado, la solvencia técnica o profesional se regula en distintos artículos en función del tipo de contrato del que se trate. Así, el art. 88 LCSP se refiere a la solvencia técnica requerida en los contratos de obras, el art. 89 LCSP a los contratos de suministros, el art. 90 LCSP a los contratos de servicios y en el art. 91 LCSP se regulan el resto de contratos, si bien dicho artículo remite la regulación de la solvencia a la propia de los contratos de servicios.

Adicionalmente a estos criterios, los órganos de contratación pueden exigir dentro de la solvencia técnica la acreditación del cumplimiento de las normas de

criterios de solvencia adecuadamente en la tramitación del correspondiente expediente.

⁶⁶ Si el órgano de contratación no concreta los mismos, para cada tipo de contrato serán de aplicación los establecidos en los arts. 87 a 90 LCSP.

⁶⁷ art. 92 LCSP.

garantía de la calidad y de normas de gestión medioambiental (arts. 93 y 94 LCSP). En dichos casos es importante que el órgano de contratación, además de hacer referencia a los medios exigibles para acreditarlos, acepte otras pruebas de medidas equivalentes que presenten los empresarios, siempre que puedan demostrar tal equivalencia. Esta exigencia ha sido objeto de diversos análisis por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), como, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución núm. 627/2018.

De igual manera, con la entrada en vigor de la LCSP, ahora los órganos de contratación podrán incorporar como requisitos de solvencia criterios o cláusulas sociales o medioambientales siempre que el objeto del contrato requiera que para su correcta ejecución el adjudicatario tenga aptitudes específicas o experiencia en materia social y/o medioambiental.

Y, de la misma forma, y como ya analicé anteriormente⁶⁸, siguiendo lo regulado por el TRLCSP⁶⁹, la LCSP ha establecido la posibilidad de exigir dentro de los criterios de solvencia técnica o profesional la indicación del personal que los licitadores adscribirán al

⁶⁸ “Los medios personales de los operadores económicos y las posibilidades de valoración de los mismos en los procedimientos de licitación” fue publicado en el nº 16 - Cuarto trimestre 2018 - de esta misma Revista (Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha) que puede consultarse en:

http://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/aitana_p_domingo_gracia.pdf

⁶⁹ “Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”



contrato y, adicionalmente, en los contratos de obras y servicios, la acreditación de los títulos académicos y profesionales de cierto personal, si bien, la LCSP ha matizado que ello podrá realizarse "*siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación*", posibilidad que puede entenderse transpuesta directamente del Anexo XII de la DCP⁷⁰.

2. LOS OPERADORES ECONÓMICOS DE NUEVA CREACIÓN. EXCEPCIONES A LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA.

Con independencia de lo anterior, en la nueva LCSP existe una excepción con respecto a los modos de acreditar la solvencia técnica para los denominados operadores económicos de nueva creación, que son aquellos con una antigüedad inferior a cinco años. Así, ahora, en contratos de obra cuyo valor estimado sea menor a 500.000 euros y en contratos de suministro o servicios no sujetos a regulación armonizada no será exigible a dichos operadores económicos la acreditación de la relación de trabajos similares⁷¹.

Con independencia de la juventud de la LCSP, ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta excepción el TACRC en la Resolución núm. 1153/2018 y, asimismo, la JCCPE⁷² en la Recomendación emitida "a los Órganos de Contratación en relación con diversos aspectos

⁷⁰ 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.

⁷¹ Se exige en los contratos de obra la realización de trabajos similares durante los últimos cinco años y en los de suministros y servicios durante los últimos tres años.

⁷² Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público”.

A este respecto, la JCCPE ha indicado que la razón de ser de dicha excepción *“[...] no es otra que estas empresas, que se habrán constituido en un plazo inferior a cinco años, no podrán acreditar fácilmente su solvencia técnica mediante la relación de las principales obras, servicios o trabajos realizados en el curso de, como máximo, los cinco o tres últimos años y que tengan igual o similar naturaleza de los que constituyen el objeto del contrato”*.

La JCCPE en dicha Recomendación ha llamado la atención sobre el hecho de que el legislador español habría ido más allá de lo establecido por el Derecho comunitario ya que *“la Directiva 2014/24/UE admite medios alternativos de acreditación de la solvencia económica y financiera pero no de la solvencia técnica o profesional, que se ha de acreditar estrictamente por uno o varios de los medios enumerados en la norma”* pero, ha indicado que aun habiendo quedado fuera *“del ámbito de la Directiva es perfectamente posible que el legislador español haya recogido una norma más flexible y amplia, que facilite el acceso a las licitaciones de empresas de nueva creación, dinamizando la actividad económica y facilitando el emprendimiento empresarial”*.

Y, así ha terminado indicando que aunque la LCSP refiere dicha exención a los contratos de obra cuyo valor estimado sea menor de 500.000 euros y contratos de suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá no aplicar dicho requisito *“[...] incluso en los contratos sujetos a regulación armonizada [...] si no es indispensable para acreditar la solvencia técnica”*.



3. EL PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE LICITADORES.

Entre las novedades de la LCSP, nos parece reseñable destacar que se ha regulado entre los tipos de procedimientos de licitación el denominado procedimiento abierto simplificado⁷³, con una serie de especificidades con respecto al resto de procedimientos de licitación⁷⁴.

La principal especificidad es que en dicho procedimiento los licitadores acreditarán su solvencia mediante la inscripción en alguno de los Registros de Licitadores⁷⁵, estipulándose como obligatoria dicha inscripción y eximiéndose a los pertinentes licitadores de la acreditación de la solvencia.

Sin embargo, y a pesar del tenor literal de la obligatoriedad estipulada en la LCSP, el 24 de

⁷³ art. 159 LCSP.

⁷⁴ El contrato tendrá un valor estimado igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y de 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios y entre los criterios de adjudicación no habrá ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total (con la excepción de los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total).

⁷⁵ La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) o en los Registros de Licitadores de una Comunidad Autónoma, acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario (art. 96 LCSP).

septiembre de 2018 y debido al “colapso” de solicitudes de inscripción en el ROLECE por la entrada en vigor de la obligatoriedad de estar inscrito en el mismo⁷⁶, la JCCPE emitió una Recomendación *“en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”* donde tras resaltar el mencionado “colapso”, recomendaba que se eximiese a los licitadores de cumplir con la inscripción en el ROLECE para no contravenir el principio de concurrencia hasta que la situación quedase “solventada oportunamente”⁷⁷.

II. LA CONCRECIÓN DE LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

A la hora de concretar los requisitos de solvencia, los órganos de contratación, deben respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad.

Dicho principio ha sido examinado por los TARC en numerosas ocasiones, entre las que podemos encontrar recientemente la Resolución TACRC núm. 237/2018.

En dicha Resolución, el TACRC indicaba que *“Corresponde [...] al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con*

⁷⁶ La entrada en vigor de dicha exigencia se había demorado por el legislador (DT 3ª LCSP).

⁷⁷ Indicaba la JCCPE en la Recomendación que dicha exención no debía ser indefinida.



la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia.

Esta decisión del órgano de contratación no puede ser, sin embargo, una decisión arbitraria, sino que está sujeta a requisitos de legalidad y proporcionalidad”.

Dentro de dicha Resolución aludía el TACRC al Informe 36/07 de 5 de julio de 2007 de la JCCAE⁷⁸ que enumeraba las cinco condiciones que deben cumplir los criterios de solvencia y que, por tanto, todos los órganos de contratación y operadores económicos deben tener en cuenta: *“que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, -que sean criterios determinados, -que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato, -que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate -y que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio”.*

Dichas condiciones establecidas por la JCCAE han venido a ser completadas por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) (entre otros, Acuerdos TACPA núm. 42/2013 y 70/2013), el cual ha añadido a lo señalado por la JCCAE que no pueden establecerse requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido.

De igual manera y, en la línea de interpretación de este principio de proporcionalidad, el propio TACRC, en su muy reciente Resolución núm. 1159/2018 ha indicado

⁷⁸ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Se corresponde con la actual Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

que dicho principio debe estar relacionado con los restantes principios comunitarios, destacando entre ellos el principio de libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad y resaltando que *"La necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto "Succhi di Frutta" puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios comunitarios, entre los que se reconoce la libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad. Este requisito de proporcionalidad no trata sino de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato"*.

2. LA SUBSANACIÓN DE LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA

Si bien ya ha quedado esquemáticamente desglosada la manera de establecer los criterios de solvencia por los órganos de contratación, es importante poder aclarar a los operadores económicos si la acreditación de la solvencia por parte de los licitadores es un acto que puede ser objeto de subsanación o no.

El propio TACRC en la Resolución núm. 1157/2015, detallaba la doctrina de dicho Tribunal, la cual desde las Resoluciones núm. 625/2013, 586/2013, o 617/2015 admitía la subsanación de la documentación referida a la solvencia del licitador y, por ello, el TACRC ha venido



manteniendo que debe otorgarse a los licitadores la posibilidad de subsanar defectos y demostrar que se dispone de solvencia técnica antes de la finalización del plazo de licitación.

De hecho, la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la documentación presentada está contemplada con carácter general en el art. 81.2 del RGLCAP⁷⁹ y en el art. 68.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que resulta de aplicación subsidiaria a los procedimientos tramitados conforme a la LCSP.

Y, adicionalmente a lo anterior es importante tener en cuenta que ahora, con la entrada en vigor de la LCSP, el no otorgar dicho plazo al licitador o la inadmisión del mismo se han convertido en actos recurribles⁸⁰ al tratarse de actos de trámite que deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o pueden producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

III. LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA.

1. LA ACUMULACIÓN DE LA SOLVENCIA.

La posibilidad de acumular la solvencia por parte de los licitadores y, hasta qué punto o de qué manera pueden

⁷⁹ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁸⁰ art. 44.2.b).

realizarlo, ha sido objeto de un intenso debate en la jurisprudencia.

El principal debate⁸¹ se ha venido centrando en la posibilidad de que la solvencia se acumule entre los miembros de una UTE, habiéndose creado un clamor mayoritario que ha venido entendiendo que si bien existe la regla de acumulación, la misma exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que puedan acumularse las solvencias de cada uno. Esto iría alineado con el art. 24 RGLCAP que establece que *"En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma [...]"*.

El debate ha continuado a lo largo de los años, habiendo recogido recientemente el TACRC en su Resolución núm. 1029/2018 la doctrina de dicho Tribunal acerca de la posibilidad de acumular la acreditación de los requisitos de solvencia técnica entre los miembros de una UTE indicando que *"[...] es indudable que legalmente no solo es admisible sino preceptiva la acumulación de la solvencia de las empresas integrantes de la UTE licitadora por expresa determinación legal, sin excepción alguna"*.

En esa línea, se ha considerado por el TACRC que la acumulación de la solvencia entre miembros de una UTE es una variante de la propia integración de solvencia con

⁸¹<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1103/chk.f6fb24c7aace41931536e8bf646c3542> [Fecha última de consulta: 27 de enero de 2019].



medios ajenos que autorizan las Directivas Comunitarias y la LCSP pero con una particularidad, y es que en la UTE se produciría *"una colaboración entre las empresas que las lleva a participar en el procedimiento a través de una figura colaborativa, mientras que en la integración de la solvencia con medios ajenos, la colaboradora prestadora de medio externos no participa directamente en la relación contractual con el ente adjudicador; pero ambas son formas o mecanismos legales de completar los medios necesarios para que las empresas puedan participar en una licitación determinada y obtener la adjudicación del contrato, incrementando la concurrencia y la competencia."*

Adicionalmente, y dentro del debate de la regla de acumulación de solvencia, la postura principal de la doctrina y la jurisprudencia se ha centrado en que la solvencia en una UTE era acumulativa, si bien no podía acumularse la solvencia relativa a la acreditación de poseer certificaciones acreditativas del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental.

Pues bien, el TACRC recientemente ha abierto dicha posibilidad en la mencionada Resolución núm. 1029/2018 indicando que no puede entenderse *"por qué se afirma que el poseer una determinada certificación acreditativa del cumplimiento de unas determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental por su titular en las prestaciones que ejecute, no se pueda aplicar a otra prestación que se realice conjuntamente por los agrupados en la UTE, ni qué pueda impedir que los métodos, controles, prácticas, etc. aplicados por la empresa que posee ese certificado acreditativo de una determinada forma de realizar sus prestaciones de servicio no se puedan aplicar a la prestación realizada conjuntamente por los integrantes"*

de la UTE, si la poseedora de la certificación aplica sus métodos y sistemas de medidas para asegurar la calidad de la prestación contratada, o en este caso, para alcanzar los niveles adecuados de seguridad y salud en la ejecución de la prestación contratada.

De lo expuesto, resulta que no se puede negar la procedencia y la admisión legales de la acumulación de las características técnicas y capacidades de cada una de las integrantes de la UTE para determinar la solvencia de ésta, en la que se incluyen legalmente el cumplimiento de determinadas normas o aspectos de la garantía de la calidad. Pero es que, además, nada impide, aunque no se concurriese en UTE, que una empresa licitadora integre su solvencia en lo relativo al cumplimiento de requisitos y normas de garantía de la calidad acudiendo a los medios y capacidades de un tercero”.

No obstante lo anterior, al ser dicha Resolución de fecha tan reciente, los licitadores y los órganos de contratación deberán revisar la jurisprudencia que se vaya creando al respecto de dicha posibilidad planteada por el TACRC y, así, poder ir comprobando los pronunciamientos acerca de su aplicación y los casos concretos en los que se admita la misma.

2. POSIBILIDAD DE ACREDITACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS EXTERNOS.

Adicionalmente a la posibilidad de acumular solvencia, existe la posibilidad de que los licitadores se refieran a capacidades de otras sociedades para completar las suyas propias.

Dicha posibilidad ha sido reconocida desde hace años por la jurisprudencia europea tal y como destacaba el Informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación



Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018. Así, indicaba esta Junta Consultiva que la Sentencia más emblemática en este sentido fue la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-176-1998), Host Italia, donde se manifestó al respecto que “[...] *un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.*”

Al respecto, el propio TRLCSP regulaba ya esta posibilidad en su art. 63 y, la LCSP lo ha vuelto a regular en su art. 75.

Sin embargo y aunque el TRLCSP regulaba ya esta posibilidad y la LCSP ha continuado con la misma, se ha originado un debate recurrente en la doctrina y jurisprudencia centrado en que la acreditación de solvencia a través de medios externos no era absoluta y no podía aplicarse a aquellos casos en que se considerase la posibilidad de integrar la solvencia financiera por referencias externas⁸².

Sin embargo, recientemente, el TACPA en su Acuerdo núm. 118/2017 ha venido a indicar que no debía negarse dicha posibilidad ya que quedaba especialmente acreditada en los supuestos de integración a través de medios de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. Y ello en virtud de la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los integrantes del grupo

⁸² En esa línea se pronunciaba la JCCA en su Informe 45/2002, de 28 de febrero.

empresarial, de conformidad con la regulación prevista en el artículo 42 del Código de Comercio⁸³.

Así, en dicho Acuerdo, consideraba el TACPA que este criterio del alcance amplio de la solvencia que puede integrarse con medios externos y que se ha reflejado en la doctrina y la jurisprudencia, se ha plasmado en la regulación actual de la LCSP que reconoce expresamente la integración por medios externos en lo relativo a la solvencia económica y financiera⁸⁴.

El debate llegó a alcanzar al estudio de la posibilidad de que una UTE acredite, asimismo, su solvencia a través de medios externos. Es decir, si además de acumular la solvencia a través de las empresas que la integrasen, lo que es, como ya hemos indicado anteriormente en este artículo, una variante de la integración de solvencia con medios ajenos, podía la UTE llegar a acreditar la solvencia a través de otros medios externos.

Al respecto ha tenido ocasión de pronunciarse muy recientemente el TACRC en su Resolución núm. 743/2018 donde haciendo alusión al Informe 2/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ha determinado que aunque en las propuestas de UTE las empresas se unen para poder acumular y acreditar la solvencia requerida en el contrato *"ello no es óbice para que cada uno de los licitadores integrantes de la misma deba acreditar una cierta solvencia, y para ello pueda utilizar la posibilidad del artículo 63 TRLCSP (hoy el art. 75 LCSP). De modo que si la solvencia se acredita con los medios de otra*

⁸³ Esta opinión ha sido compartida por la jurisprudencia de nuestros Tribunales (Sentencia de 16 de marzo de 2011 de la Audiencia Nacional).

⁸⁴ art. 75.4. LCSP.



empresa integrante de la UTE ya no estamos en el supuesto de acreditación con medios externos”.

De hecho, esta interpretación estaría alineada con lo ya indicado por el TJUE, en su sentencia de 10 de octubre de 2013 (Asunto c-94/12), respecto a que “[...] *debe admitirse, en principio, que para acreditar su clasificación los licitadores que concurren en UTE no solo pueden completar su clasificación y solvencia acumulativamente teniendo en cuenta la de todos los componentes de la UTE, sino que incluso pueden recurrir la de los empresarios con los que pretenden subcontratar la prestación”.*

IV. CONCLUSIONES

En el presente artículo se han apuntado algunos de los principales temas o preocupaciones que rondan los pensamientos de los operadores económicos o que pueden terminar surgiéndoles en los siguientes procedimientos de licitación a los que pretendan presentar oferta cuando examinen los criterios de solvencia requeridos por los órganos de contratación.

Así, con este artículo hemos pretendido aclarar a los operadores económicos qué es lo que les podrá pedir un órgano de contratación como solvencia y qué principios o normas deberá respetar dicho órgano para solicitárselo, ya que si no se respetasen los mismos cualquier licitador podrá recurrir la decisión de dichos órganos. De igual manera, se han esquematizado las principales opciones para acreditar la solvencia y, sobre todo, se ha explicado hasta qué punto entiende la jurisprudencia que se podrá recurrir a otros operadores económicos para poder optar a un procedimiento de licitación.

En consecuencia, se ha intentado dar una respuesta clara sobre hacia dónde van la legislación en materia de contratos de sector público y la jurisprudencia tras los debates que ha ido suscitando la cuestión de la solvencia y que seguro seguirá produciéndose, de manera que los licitadores puedan tener, al menos, algunas respuestas ordenadas para saber cómo deben orientar sus actuaciones ante los órganos de contratación y los TARC o de cómo podrán defender sus actuaciones para poder cumplir con los requerimientos de los procedimientos de licitación.

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

LCSP AND OFFICIAL REGISTERS OF TENDERS.

Luis Gracia Adrián

Formador y mentor de empresas en
perdildelcontratante.es.
Especialista en contratación pública. Contratista.

RESUMEN: Un año después de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el presente artículo pretende ofrecer una visión de conjunto sobre el origen y el actual marco normativo del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. Repasando las opciones tomadas por las distintas Comunidades Autónomas, dando cuenta del funcionamiento del registro durante este periodo de tiempo, recogiendo los distintos pronunciamientos y prácticas al respecto de la exigencia de la inscripción en el Registro, y ofreciendo la visión que desde la perspectiva de los licitadores existe al respecto tanto de la obligatoriedad de la inscripción como del funcionamiento del Registro.

ABSTRACT: One year after the entry into force of Law 30/2007, of October 30, on Public Sector Contracts, this



article aims to provide an overview of the origin and current regulatory framework of the Official Registry of Bidders and Companies Classifieds of the Public Sector. Reviewing the options taken by the different Autonomous Communities, giving an account of the operation of the registry during this period of time, collecting the different pronouncements and practices regarding the requirement of registration in the Registry, and offering the vision that from the perspective of the Tenderers exist regarding both the mandatory registration and the operation of the Registry.

PALABRAS CLAVE: ROLECSP, ROLECE, Registro de Licitadores, Obligatoriedad de inscripción en Registro de Licitadores, Limitación de la concurrencia.

KEY WORDS: ROLECSP, ROLECE, Registry of Bidders, Obligatory registration in Bidders Registry, Limitation of the concurrence.

SUMARIO: 1. MARCO NORMATIVO Y ORIGEN 1.1 Regulación de los registros de licitadores. 1.2 Obligatoriedad de la inscripción. 2. REGISTRO CENTRAL VS. REGISTROS AUTONÓMICOS 3. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 9/2017 LCSP. 4. RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS AL RESPECTO DE LA EXIGENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL ROLECSP. 5. LOS LICITADORES ANTE EL REGISTRO. 6. CONCLUSIONES. 7. RECOMENDACIONES.

1. MARCO NORMATIVO Y ORIGEN

Hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el Registro Oficial de Empresas Clasificadas únicamente contemplaba la inscripción de los empresarios que contasen con clasificación.

A partir de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el Registro Oficial de Empresas Clasificadas pasa a denominarse Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

La nueva figura se regula en los artículos 301 a 307 de la citada Ley y, como novedad, respecto de la regulación anterior:

- Se hacen constar en el Registro las prohibiciones de contratar, independientemente de si la empresa está o no clasificada.
- Se permite la inscripción voluntaria de los empresarios.

Estas novedades en la regulación del Registro permiten simplificar y reducir los trámites administrativos en los procedimientos de contratación pública (artículo 72). A partir de ese momento, los empresarios pueden hacer constar en el registro los datos relativos a su personalidad, representación y capacidad de obrar, e incluso los relativos a su solvencia económica y financiera.

Posteriormente, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se concreta la competencia y efectos de las inscripciones en los Registros Oficiales de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas.



Por último, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público refuerza y matiza la figura del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. Las principales novedades respecto de la regulación anterior son:

- Se contempla como un registro electrónico, que facilite los procedimientos de inscripción y consulta.
- Estará interconectado y será interoperable con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado.
- El Registro será público y se podrá acceder a él de forma abierta.

1.1 Regulación de los registros de licitadores.

La actual y vigente regulación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (en adelante ROLECSP) se desarrolla en los [artículos 337 a 345](#) de la Ley 9/2017, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Ley 9/2017 LCSP).

Como hemos visto, el ROLECSP existe desde antes de la promulgación de la actual Ley 9/2017 LCSP, concretamente, su origen y creación en su conformación actual se remonta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. De sus anteriores referencias normativas pervive la que afecta a su funcionamiento -en su orden más práctico- que está regulado en la [Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo](#).

Por otro lado, y concretamente en Castilla-La Mancha, en el [artículo 6 del Decreto 28/2018, de 15 de mayo](#), por el que se regula la contratación electrónica en el sector

[público regional](#) se acuerda la integración del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha con el ROLECSP.

1.2 Obligatoriedad de la inscripción.

La especial relevancia y protagonismo del ROLECSP viene motivada por la obligatoriedad de la inscripción para los operadores económicos que pretendan optar a la adjudicación de un contrato tramitado utilizando el procedimiento abierto simplificado.

Según se establece en la [letra a\) del apartado 4 del artículo 159](#) de la Ley 9/2017 LCSP: *“Todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia.”*

De acuerdo con la [Disposición transitoria tercera](#) de la Ley 9/2017 LCSP, la obligatoriedad del citado precepto entro en vigor a los 6 meses de entrada en vigor de la Ley 9/2017 LCSP, esto es, el día 9 de septiembre de 2018.

La obligatoriedad de la inscripción en el ROLECSP pretende acortar los plazos entre la adjudicación y la ejecución el contrato o inicio de la prestación. En consonancia con lo establecido para los contratos tramitados según el [apartado 6 del artículo 159 LCSP](#) de la Ley 9/2017 LCSP, conocido coloquialmente como abierto simplificado “sumario” o “supersimplificado”,



procedimiento especialmente relevante por la nueva regulación del contrato menor ([artículo 118 LCSP](#)) que establece la Ley 9/2017 LCSP.

2. REGISTRO CENTRAL VS. REGISTROS AUTONÓMICOS.

El [apartado 2 del artículo 337](#) de la Ley 9/2017 LCSP establece que el ROLECSP *"dependerá del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y su llevanza corresponderá a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado"*.

El [apartado 1 del artículo 340](#) de la Ley 9/2017 LCSP establece que tanto la responsabilidad como la competencia para practicar inscripciones en el ROLECSP corresponde al *"órgano del Ministerio de Hacienda y Función Pública designado para su llevanza"*.

Ambos preceptos dan a entender que tanto la responsabilidad como la competencia para practicar inscripciones en el ROLECSP es exclusiva del Ministerio de Hacienda.

No obstante, el [apartado 3 del artículo 337](#) de la Ley 9/2017 LCSP prevé que las Comunidades Autónomas que no lleven su propio Registro de licitadores y previa suscripción de un convenio al efecto con el Ministerio de Hacienda, puedan:

1. Inscribir los datos y circunstancias indicados en el artículo 339 de la Ley 9/2017 LCSP, esto es, básicamente: la personalidad, representación y capacidad de obrar de los operadores económicos.
2. Inscribir las prohibiciones de contratar que sean declaradas por sus órganos competentes, por los

de las entidades locales de su ámbito territorial, o por los de los organismos y entidades dependientes de una u otras.

Las Comunidades Autónomas que han optado por suscribir convenio e integrarse en el ROLECSP son cuatro:

- Castilla-La Mancha
- Islas Baleares.
- La Rioja.
- Principado de Asturias.

Lo que en la práctica -y como se ha dicho previa suscripción del correspondiente convenio- permite asumir funciones del ROLECSP a las Comunidades Autónomas. Cuestión que, como se verá más adelante, redundará en un más rápido y eficiente servicio para el licitador u operador económico y por ende para los órganos contratantes.

En atención a lo anterior, y pese a su indudable utilidad práctica, cabe destacar el trabajo realizado por el Dr. Jorge FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁵ en el que pone de manifiesto los distintos motivos por los que esta figura ha de ser concretada y regulada de forma precisa, y urgente.

Por otro lado, hay Comunidades Autónomas que mantienen su Registro de licitadores, en ese caso:

1. La inscripción en el Registro autonómico acredita a los empresarios inscritos únicamente frente a los

⁸⁵ Dr. Jorge FONDEVILA ANTOLÍN (2018) "Las Comunidades Autónomas y la relación de sus registros de licitadores con el ROLACSP: un conflictivo laberinto jurídico para su implementación" [El Consultor Contratación Administrativa](#), 31 de Julio de 2018, Editorial LA LEY.



órganos de contratación de la propia Comunidad Autónoma, de las entidades locales de su ámbito territorial, y de los organismos y entidades dependientes de una u otras. En contraposición al ROLECSP, que acredita y es eficaz ante todos los órganos de contratación del Sector Público.

2. Las prohibiciones de contratar que se inscriban en el Registro autonómico deben ser comunicadas al ROLECSP.

Las Comunidades Autónomas que mantienen su registro de licitadores son once:

- Andalucía.
- Aragón.
- Canarias.
- Castilla y León.
- Cataluña.
- Comunidad Foral de Navarra.
- Comunidad Valenciana.
- Extremadura.
- Galicia.
- País Vasco.
- Región de Murcia.

La Comunidad Autónoma de Madrid integró su registro con el ROLECSP en el año 2016, dejando de practicar inscripciones y traspasando la información en el inscrita al ROLECSP en ese mismo año.

El Registro de Contratistas de la Comunidad Autónoma de Cantabria está en fase de integración con el ROLECSP desde el 19 de marzo de 2018 y no presta servicio desde entonces a expensas de que se complete la integración con el máximo de garantías.

3. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 9/2017 LCSP.

El reto y principal cometido del ROLECSP en el primer año de la Ley 9/2017 LCSP ha sido gestionar el elevado número de solicitudes de inscripción. Especialmente desde la entrada en vigor el 9 de septiembre de 2018 de la obligatoriedad de la inscripción en el Registro establecida en la [letra a\) del apartado 4 del artículo 159](#).

El cómputo global de solicitudes de inscripción durante el año 2018 ha dado lugar a la apertura de más de 30.000 expedientes. En las fechas posteriores a la entrada en vigor de la obligatoriedad de la inscripción el número de expedientes crecía a un ritmo superior a los 1.000 expedientes/semana.

De resultas de lo anterior -y de la falta de dotación de los medios humanos necesarios para hacer frente al elevado número de solicitudes de inscripción- el normal funcionamiento del ROLECSP se ha visto sensiblemente afectado, lo que en algunos casos ha provocado demoras de hasta 5-6 meses en la resolución de las solicitudes de inscripción.

En Castilla-La Mancha, y gracias a que el Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha está integrado en el ROLECSP conservando la competencia para la tramitación de los expedientes de inscripción, **el funcionamiento del Registro ha sido notablemente ágil y eficaz** consiguiendo resolver las solicitudes de inscripción en plazos de entre 5 y 10 días hábiles.

En general, el buen funcionamiento del registro en Castilla-La Mancha también se ha dado en las cuatro comunidades autónomas con convenio: Islas Baleares, La Rioja y el Principado de Asturias.



En el mes de diciembre de 2018 el ROLECSP implementó una mejora en su sistema informático que, en algunos casos y si el operador económico es una persona jurídica, permite reducir el plazo de inscripción a 2-3 días hábiles consiguiendo practicar una inscripción “simplificada” o “abreviada” que llegado el caso permite al licitador acreditar su personalidad, representación y capacidad de obrar además de dar cumplimiento a la obligatoriedad de estar inscrito en el ROLECSP a fecha de presentación de la oferta.

4. RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS AL RESPECTO DE LA EXIGENCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL ROLECSP.

Como se ha dicho antes, la entrada en vigor de la obligatoriedad de la inscripción en el Registro establecida en la [letra a\) del apartado 4 del artículo 159](#) de la Ley 9/2017 LCSP, ha afectado drásticamente al normal funcionamiento del ROLECSP.

Del 9 de septiembre al 31 de diciembre de 2018 el 31,5%⁸⁶ de los contratos públicos no menores fue tramitado mediante procedimiento abierto simplificado.

Por su simplicidad frente al procedimiento abierto, y como primera alternativa al contrato menor, resulta que prácticamente un tercio de la contratación se tramita mediante el procedimiento abierto simplificado. Y es aquí donde la saturación del ROLECSP produce sus efectos en la práctica de la contratación.

⁸⁶ Fuente: Datos obtenidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Por otro lado, y como se verá más adelante, en muchos casos los operadores económicos -especialmente aquellos acostumbrados a contratar únicamente a través de contratos menores, contratos que normalmente se utilizan para satisfacer pequeñas necesidades cotidianas y esenciales- desconocían por completo la obligatoriedad de la inscripción e incluso la misma existencia del ROLECSP. Las empresas y profesionales estaban *in albis* en lo que al ROLECSP se refiere.

La combinación de estas circunstancias ha dado origen a una *tormenta perfecta*, aunque por otro lado, predecible.

A los pocos días de la entrada en vigor de la obligatoriedad, concretamente el día 24 de septiembre, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante JCCE) aprobó una Recomendación⁸⁷ en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECSP.

Tal recomendación propone a los órganos contratantes - en atención a no limitar la competencia y mantener la libertad de acceso a las licitaciones- no exigir la inscripción en el ROLECSP a los licitadores hasta que se tenga conocimiento de que este funciona con normalidad.

Esta cuestión ha sido motivo de controversia ya que en opinión de no pocos aplicadores de la norma genera dudas jurídicas razonables.

⁸⁷ Informe 32, de 24 de septiembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
http://bit.ly/ROLECE_JuntaConsultivaEstado



Aunque, aún antes de que se pronunciase la JCCE, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 20/2018⁸⁸, de 3 de septiembre, estimo que la inscripción en el Registro estatal o autonómico *“Se trata de una obligación legal, respecto de la que no cabe decisión alguna a los órganos de contratación.”*, matizando que *“no bastará para cumplir con esta obligación con haber solicitado la inscripción en el Registro de licitadores antes del 9 de septiembre, sino que el licitador deberá encontrarse ya inscrito en esa fecha, para poder licitar.”*

Finalmente, en la práctica, ha habido situaciones de todo tipo:

- Excluir de las licitaciones a los licitadores no inscritos en el ROLECSP o Registros Autonómicos correspondientes.
- Asumir la recomendación de la JCCE y soslayar la obligatoriedad en favor de no limitar la competencia y velar por el beneficio al interés público inherente a cualquier compra pública.
- La más frecuente, aceptar como válida la justificación de haber solicitado la inscripción en el ROLECSP, a la vez que se asume la recomendación de la JCCE. Condicionando de ese modo la participación en el procedimiento de licitación a aquellos licitadores que hayan iniciado el trámite con el ánimo de que, en un futuro próximo, todos los operadores estén inscritos y se dé cumplimiento al precepto con normalidad.

⁸⁸ Informe 20/2018, de 3 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. http://bit.ly/ROLECE_Aragon

5. LOS LICITADORES ANTE EL REGISTRO.

En general se puede afirmar que -en el fondo de la cuestión- los licitadores han acogido la obligatoriedad de la inscripción en el ROLECSP favorablemente.

Poder acreditar, en un único acto y con efecto perenne, la personalidad, representación y capacidad de obrar, resulta sumamente práctico, reduce costes, y acorta tiempos.

Ocurre que hasta la Ley 9/2017 LCSP el conocimiento y uso por parte de los operadores económicos del ROLECSP ha sido escaso. Hasta ahora el Registro siempre había sido voluntario.

Aunque muchos órganos contratantes se esforzaron en comunicar a los licitadores la inminente entrada en vigor de la obligación de la inscripción en el ROLECSP, en la mayoría de los casos la necesidad era desconocida y por tanto la obligación ha sido sobrevenida.

De ahí que, como se ha dicho antes, en las fechas posteriores a la entrada en vigor de la obligatoriedad de la inscripción el número de expedientes creció a un ritmo superior a los 1.000 expedientes/semana.

El enorme retraso en lograr la inscripción en el ROLECSP, unido a la desigual aplicación por parte de los órganos contratantes del precepto que obliga a los licitadores a estar inscritos en la fecha final de presentación de ofertas, ha generado una gran inquietud entre los licitadores.

Sin entrar en la posible responsabilidad patrimonial que por el retraso en la inscripción pudiera ser exigible, lo cierto es que en muchos casos la demora acumulada en



resolver las solicitudes de inscripción por parte del ROLECSP ha supuesto la exclusión de licitadores de procedimientos de contratación originando graves perjuicios a estos e indirectamente mermando la competencia en las licitaciones.

Por otro lado, los registros autonómicos son limitantes por cuanto no son plenamente eficaces ante todos los órganos del sector público como sí lo es el ROLECSP. Por tanto, la única alternativa es esperar pacientemente que el Registro resuelva la solicitud de inscripción.

Los licitadores con domicilio ubicado en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se han visto beneficiados por el eficaz y diligente trabajo llevado a cabo por el Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha, ya que han logrado su inscripción en plazos normales y por tanto no han sufrido impedimentos para seguir licitando con normalidad.

6. CONCLUSIONES.

Del 9 de septiembre al 31 de diciembre de 2018 un tercio de los contratos no menores se tramitó mediante el procedimiento abierto simplificado.

La obligatoriedad de la inscripción en el ROLECSP para los licitadores que pretendan optar a la adjudicación de un contrato tramitado utilizando el procedimiento abierto simplificado lo convierte, de facto, en un registro obligatorio.

El normal funcionamiento del ROLECSP se ha visto comprometido por la ingente cantidad de solicitudes de inscripción y la falta de medios materiales y humanos para evacuar los expedientes en un plazo de tiempo

razonable. Lo que ha ocasionado demoras de hasta 5-6 meses en la resolución de las solicitudes de inscripción.

El funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha es notablemente ágil y eficaz por estar integrado en el ROLECSP y conservar la competencia para la tramitación de los expedientes de inscripción. Lo cual ha sido beneficioso tanto para los licitadores, como para los órganos de contratación.

Los licitadores han acogido de buen grado la obligatoriedad de la inscripción en el ROLECSP por cuanto supone aligerar las cargas administrativas inherentes a la adjudicación de los contratos públicos.

7. RECOMENDACIONES.

Gracias al eficaz funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha, los órganos de contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de las entidades locales de su ámbito territorial, así como los organismos y entidades dependientes de una u otras pueden cumplir y hacer cumplir normalmente el precepto establecido en la Ley 9/2017 LCSP al respecto de la inscripción de los licitadores en el ROLECSP sin que por ello se vea limitada la concurrencia, se coarte la libertad de acceso a las licitaciones, o se vea afectado el interés público inherente a cualquier compra pública.



Castilla-La Mancha

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

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

José Miguel Carbonero Gallardo

Doctor en Derecho
Jefe del Servicio de Contratación
Diputación de Granada

RESUMEN: Los criterios de adjudicación son un punto crítico en los procedimientos de adjudicación. En este trabajo propongo la utilización de una lista de comprobación o checklist para asegurar que los criterios propuestos al tiempo de elaborar el pliego son válidos desde el punto de vista del derecho de la contratación pública, y al tiempo de su aplicación para valorar las ofertas y adjudicar el contrato.

ABSTRACT: The award criteria are a critical point in the awarding procedures. In this paper I propose the use of a checklist to ensure that the criteria proposed at the time of drawing up the specifications are valid from the point of view of the law of public procurement, and at the time of its application to assess offers and award the contract.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, procedimientos de adjudicación, criterios de adjudicación, checklist, validación legal, mesa de contratación, informes de valoración



KEY WORDS: public procurement, award procedures, award criteria, checklist, legal validation, contracting authority, valuation reports.

SUMARIO: 1.- Importancia de los criterios de adjudicación y su regulación en la LCSP 2017. 2.- El test de validez o *checklist*. 3.- Conclusiones y recomendaciones.

1.- IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

La LCSP 2017 parece haber descubierto la importancia de los criterios de adjudicación a juzgar por el tratamiento extenso y detallado que les dedica. Lo cierto, empero, es que los criterios han sido desde siempre un elemento clave o crítico de la adjudicación de los contratos y lo único nuevo han sido su progresiva sofisticación y la conciencia del legislador respecto de su relevancia. Evidentemente, sobre los criterios de adjudicación ha estado siempre el principal foco de atención de la contratación pública⁸⁹.

Los criterios de adjudicación son, seguramente, el elemento del procedimiento de adjudicación en el que se dirimen todos los principios fundamentales de la

⁸⁹ Si en aquel temprano antecedente de nuestra contratación que fue el Real Decreto de 27 de marzo de 1852, Bravo Murillo justificó la normalización de la subasta no fue por otra razón diferente que la que estoy apuntando. La virtud de la subasta radicaba (radica) en la objetividad de la adjudicación a favor del precio más bajo. Es decir, ante las extendidas sospechas de corrupción de aquella época (¿nos suena esto?), Bravo Murillo quiso generalizar un criterio de adjudicación intachable, el precio más bajo, a modo de "traba saludable" y alejar la Administración de los "tiros de la maledicencia".

contratación pública; y es casi innecesario recordar la importancia de los principios⁹⁰. De su correcta elección, diseño y aplicación dependen, pues, tanto que el órgano de contratación consiga una prestación óptima, como que el contrato se asigne en términos de competencia e igualdad⁹¹. La LCSP 2017 ha traído novedades importantes en la regulación de los procedimientos de adjudicación; y tales novedades, a su vez, traen causa de uno de esos principios, el de transparencia⁹², y del objetivo de conseguir la mejor relación calidad-precio de los contratos. Además, según la arquitectura de la LCSP 2017, los criterios son un instrumento fundamental para la consecución de objetivos sociales y medioambientales. Ahora la apuesta del legislador es rotunda. Esta LCSP, sobre la fuerte base de la Directiva 2014/24/UE, sobre Contratación Pública, no ya es que ofrezca amplias posibilidades a la contratación social, medioambiental, ética; sino que obliga a ella.

⁹⁰ MORENO MOLINA, J.A.: *“Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas”*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2006.

⁹¹ SSTJUE 25 abril 1996, Comisión/Bélgica; 24 abril 2004, asunto *Succhi di Frutta Spa*.

⁹² La STJUE 24 enero 2008, *Alexandroupolis*, afirmó que el principio de igualdad de trato comporta también una obligación de transparencia: *“cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida... (a fin de que) ... los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos”*.



Pues bien, como ya he adelantado, los criterios de adjudicación son uno de los elementos clave de los procedimientos de adjudicación; su aplicación es un punto crítico en tales procedimientos, porque determinan cuál es la mejor oferta y que a la postre acaba siendo casi siempre la adjudicataria del contrato público⁹³. El Tribunal Supremo definió los criterios hace ya tiempo como aquellas pautas, parámetros o directrices según los cuales la Administración va a valorar y seleccionar la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato⁹⁴. Y otra definición que me parece acertada es la del TACRC, al decir que los criterios de adjudicación son, simultáneamente, *“elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación)”*⁹⁵.

En definitiva, me permito concluir y definir los criterios de adjudicación como la referencia establecida previamente por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conocidos por todos los interesados desde el momento inicial de la convocatoria, y que se erigen en una fundamental regla de juego para que mediante la valoración y comparación

⁹³ CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación*. Revista Contratación Administrativa Práctica, número 153 (Especial), enero-febrero 2018.

⁹⁴ STS 18 febrero 2002, recurso de casación núm. 10207/1997.

⁹⁵ RTACRC 062/2012, de 29 de febrero.

de las diversas proposiciones presentadas con relación a aquella referencia, el órgano de contratación pueda seleccionar a la que resulte más ventajosa. Suelo añadir⁹⁶ que en esa operación de valoración el órgano de contratación ha de ceñirse siempre a la referencia de los criterios que previamente estableció en el pliego, de modo que el alejamiento de los mismos marca la diferencia entre una lícita discrecionalidad técnica y la arbitrariedad, prohibida esta última tanto por el derecho comunitario⁹⁷ como por el español.

La LCSP 2017 dedica cuatro artículos expresa e íntegramente a los criterios de adjudicación (el TRLCSP solo les dedicaba un artículo: el 150). Es mucha la densidad de tales artículos, y escasa su claridad. El primero de tales artículos es el extensísimo 145, que a pesar de titularse "*Requisitos y clases de criterios de adjudicación*", no ofrece sin embargo una panorámica nítida de cuáles sean tales requisitos y clases de criterios. Por el contrario, introduce una serie de conceptos nuevos para los operadores españoles, y lo hace sin definirlos previamente y pareciendo en ocasiones que bajo diferentes denominaciones hay en

⁹⁶ CARBONERO GALLARDO, J.M.: "*La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*". La Ley-El Consultor, 2010. Pág. 292.

⁹⁷ Referencia obligada es la STJCE 20 septiembre 1988, *Beentjes* (asunto 31/87), que rechazó la existencia en manos de los poderes adjudicadores de una libertad incondicional de selección para la adjudicación del contrato a un licitador. Sin embargo, lo que no es contrario al derecho comunitario ni al nacional español, como ya he dicho, es la atribución al órgano de contratación de una facultad de apreciación con el fin de comparar las distintas ofertas y seleccionar la más ventajosa, mediante criterios de selección previstos en la Directiva, o por otros semejantes.



realidad las mismas figuras (mejor relación coste-eficacia, precio, coste, criterios económicos, criterios cualitativos...). El artículo 146 establece normas para la aplicación de los criterios; el 147 regula criterios de desempate y lo hace de una forma que promete ser efectiva en los rarísimos, eso sí, casos en que se produce un empate en las valoraciones. Y, finalmente, el artículo 148 define y establece cómo debe calcularse el coste del ciclo de vida, concepto que destacó entre las novedades de la LCSP 2017, pero que visto el primer año de vigencia, está casi inédito en la práctica de nuestras licitaciones públicas.

2.- EL CHECKLIST O TEST DE VALIDEZ

Como acabo de decir, la LCSP establece requisitos tanto formales como materiales para los criterios, si bien, en mi opinión, lo hace de una forma poco sistemática, salvo en el caso del artículo 145.5. Los requisitos y reglas, prefiero distinguir, están dispersos a lo largo de varios preceptos⁹⁸. Por eso es útil que el órgano de contratación, al preparar el expediente de contratación, haga un test o chequeo que le permita aprobarlo con la tranquilidad de que los criterios de adjudicación cumplen con la legalidad e incluso también, diría yo, con la doble finalidad a la que deben servir (las repito: seleccionar la oferta más interesante y hacerlo en términos de igualdad de oportunidades, competencia, transparencia...). Se trataría de lo que en el vocabulario de las auditorías (aunque no sólo de las auditorías) se conoce como *checklist*, y que no es más (ni menos) que una lista de

⁹⁸ Los he sistematizado en CARBONERO GALLARDO, J.M.: *Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación*. Revista Contratación Administrativa Práctica, número 153 (Especial), enero-febrero 2018.

comprobación, que actúa como herramienta de ayuda en el trabajo para reducir los errores humanos y que ayuda a asegurar la consistencia y exhaustividad en la realización de una tarea⁹⁹. Ciertamente, deberíamos trabajar con una *checklist* global para todo el procedimiento de adjudicación; pero voy a empezar en este artículo por proponer una parcial, más reducida y referida a la validez de los criterios de adjudicación. Pretendo también cumplir así mejor con el encargo de que este artículo tenga utilidad práctica; trabajo este que es un anticipo de otro más amplio actualmente en preparación. Por lo tanto, los párrafos siguientes plantean cuestiones que debemos analizar y validar a la hora de establecer los criterios en el pliego, y aplicarlos después a las ofertas de los licitadores.

1.- Establecimiento de los criterios (fase de preparación del expediente)



Vinculación con el objeto del contrato

Es el requisito fundamental y tiene carácter sustantivo. Los criterios de adjudicación han de ser objetivos en el sentido de referirse al objeto del contrato (deben buscar la mejor ejecución del objeto del contrato). El fundamento es básico: sólo tiene sentido valorar aquellos aspectos de las ofertas que vayan a incidir en la mejor ejecución del objeto del contrato y no otros¹⁰⁰;

⁹⁹ Gawande, A.: "El efecto checklist". Bosch, 2011.

¹⁰⁰ "Los criterios de adjudicación son una extensión del objeto del contrato. Si éste no está adecuadamente definido, los criterios de adjudicación jamás podrán respetar los principios de igualdad de trato y transparencia". VÁZQUEZ MATILLA, F.J., con RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M.: "La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector



particularmente, no a las características de los empresarios licitadores (lo que los haría subjetivos)¹⁰¹. Este requisito es el primero expresamente exigido por el artículo 145.5.a) LCSP, que lo reclama para todos los criterios de adjudicación (“*en todo caso*”, reza el precepto, y eso atañe a los criterios sociales, a los ambientales, a las mejoras...), en el sentido del apartado siguiente.

Ese apartado siguiente¹⁰² trata de reforzar la justificación de la vinculación a la que está obligado el órgano de contratación (art. 116.4.c), y en particular, pretende ser un contrafuerte de legalidad para el empleo de criterios

Público”. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 164.

¹⁰¹ Una buena muestra de esto nos la da ahora el art. 145.2.2º, que admite como criterio la experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución. Eso sí: lo que sigue siendo inadmisibles es valorar como criterio de adjudicación la experiencia de la empresa, pues como digo, esto otro es una cualidad subjetiva del licitador.

¹⁰² Art. 145.6 LCSP: “*Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material*”.

sociales y medioambientales, pilar como sabemos de nueva contratación.

Una última idea y advertencia acerca de la importancia de la vinculación al objeto. Ya dije que tal vinculación es un requisito fundamental para todos los criterios, para cualquier tipo de ellos. También para los sociales y ambientales, que no por la rotunda apuesta del legislador actual están exentos de justificar su vinculación objetiva. Traigo sobre el particular la RTACRC 660/2018, de 6 de julio¹⁰³. Concretamente, el primer criterio impugnado era el disponer de un plan de igualdad registrado en REGCON, y respecto del mismo, el Tribunal entiende que *“incumple la LCSP porque no está referido, como exige la ley, a su aplicación en la ejecución del contrato, sino a la empresa licitadora en su conjunto y de forma previa a la formalización del contrato... La LCSP establece como criterio válido de valoración de ofertas los planes de igualdad, pero aquellos que se apliquen en la ejecución del contrato, lo que no sucede en el presente caso”*. El segundo criterio impugnado en aquel recurso fue la existencia de un mínimo de 50 % de mujeres en la plantilla. Y merece la misma suerte anulatoria para el Tribunal, porque *“sigue refiriéndose a la empresa en su globalidad, y no al*

¹⁰³ De entrada, la Resolución advierte *“con carácter general que la regulación de los criterios sociales y medioambientales en la Ley 9/2017, así como también en la Directiva transpuesta, no constituye precisamente un modelo de claridad y precisión sino más bien al contrario, pues mientras, por ejemplo el art. 1.3 de la Ley dispone la aplicación en toda la contratación pública de “manera transversal y preceptiva” de criterios sociales y medioambientales y éstos se aplican efectivamente en el artículo 145.2 de manera amplísima y sin restricción porcentual alguna, se exige por otro lado que estos criterios estén vinculados al objeto de contrato en la forma establecida por el art. 145.6 de la Ley”*.



porcentaje que representan las mujeres en relación con la totalidad de la plantilla que ejecutará el contrato licitado. Es, pues, igualmente, un criterio de adjudicación que incumple la Ley 9/2017 por no referirse a la ejecución del contrato, y por no estar vinculado al objeto del contrato”.



Formulación objetiva y pleno respeto a los principios básicos de la contratación pública (igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada).

Es el segundo y múltiple requisito que exige expresamente el artículo 145.5 (lo hace su apartado b). Varios apuntes breves sobre esta relación de conceptos. La formulación objetiva o claridad en la redacción de los criterios no es otra cosa que una de las clásicas premisas de la seguridad jurídica¹⁰⁴, y ahora también de la transparencia y la igualdad de oportunidades¹⁰⁵. La proporcionalidad debe ser examinada caso a caso para asegurarnos de que no se exige a los licitadores algo que

¹⁰⁴ La claridad y brevedad de las normas, fundamento que tampoco debería olvidar el legislador.

¹⁰⁵ Ya la STJUE 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta Spa*, exigió 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 interpretarlas 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*”.

no guarda medida respecto del objeto del contrato¹⁰⁶, o (añado yo) que no se puntúa desmesuradamente como criterio de adjudicación algo que realmente no tiene tanta relevancia en orden a la ejecución de dicho objeto contractual. Por último, siempre debemos tener presente la ya citada sentencia *Beentjes*, respecto del alcance de la discrecionalidad técnica, la prohibición de arbitrariedad y de libertad de decisión ilimitada en manos del poder adjudicador.



Competencia efectiva y verificabilidad

El artículo 145.5.c) formula este doble requisito en términos de que los criterios *“Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en*

¹⁰⁶ La STJUE 17 de septiembre de 2005, C-234/03, *Constse, Vivisol y Oxigen Salud*, afirmó que los criterios de valoración han de respetar los principios de proporcionalidad y no discriminación: *“el artículo 49 Tratado CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones, por un lado, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otro, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”*.



condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores". Suelo decir que los criterios de adjudicación deben ser realistas, en el sentido de que posteriormente deben ser aplicables en la práctica por la Mesa de contratación u órgano equivalente, y no meras formulaciones teóricas que permitan a los licitadores ofrecer exageradamente prestaciones que luego no podrán ser cumplidas y que ocasionan, como mínimo, frustración¹⁰⁷.



Justificación de los criterios

Los criterios de adjudicación han de estar justificados en el expediente (art. 116.4.c)¹⁰⁸, inclusive las fórmulas

¹⁰⁷ Es el sentido, por ejemplo, de la RTACRC 426/2016, cuando advertía de *"la inadmisibilidad de introducir criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento. Así se señaló, por ejemplo, en la Resolución 224/2011. En aquel caso se trataba de un contrato de servicios donde uno de los criterios de valoración era el número de horas/hombre adicionales que se ofertaban en el caso de que existieran eventos extraordinarios, habiendo ofrecido una de las licitadoras un número "ilimitado", habiendo señalado este Tribunal: "El de la oferta presentada por...sería un caso límite, cuya aparente ventaja sobre otras ofertas no se utilizaría con toda probabilidad a lo largo de la vigencia del contrato..."*.



¹⁰⁸ La reciente RTACP Canarias núm. 184/2018, de 29 de octubre, anula el pliego por falta de justificación de los criterios de adjudicación.

(art. 146.2.b). La justificación ha de referirse al menos al cumplimiento de los requisitos legales, y particularmente al de vinculación con el objeto del contrato. En el caso de las fórmulas, se trata de evitar el empleo de fórmulas que realmente neutralizan el peso del criterio en cuestión; por ejemplo, aquellas fórmulas que realmente reducen la importancia del precio por estrechar la franja de puntuación que obtienen los licitadores y no repartir realmente el máximo de puntos que anunció el pliego. De modo que no recompensan de forma justa las distintas ofertas de los licitadores para el criterio en cuestión al dar como resultado que una importante rebaja en el precio obtiene una escasa ventaja de puntos frente a otras ofertas sensiblemente más caras¹⁰⁹.

Otra justificación expresa que debe contener el expediente es la opción por adjudicar el contrato con arreglo a 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 con arreglo al artículo 148, como alternativa a la regla general de adjudicar los contratos en base a la mejor relación calidad-precio (art. 145.1).

¹⁰⁹ Sobre las fórmulas de valoración de criterios y particularmente el precio: FUEYO BROS, M., varios trabajos, por ejemplo: *Criterios de adjudicación de los contratos*. Revista de Estudios Locales, núm. 161, extraordinario 2013. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: “*Contratación pública y transparencia*”. El Consultor, 2016, págs. 211 y ss. Y recientemente contribuyendo al debate, NARBONA SARRIÁ, M: *Estandarización de la evaluación de la oferta económica*. OBCP, 2018.



  **Establecidos y ponderados por el órgano de contratación en el PCAP, y publicados en el anuncio de licitación**

Los extremos que han de establecerse en el PCAP y que habremos de comprobar en este apartado son varios, como vamos a ver. El órgano de contratación tiene libertad para elegir los criterios de contratación siempre que los elegidos cumplan con los requisitos legales que estamos también relatando en este artículo¹¹⁰. Una vez elegidos por el órgano de contratación, de entre todos los posible y lícitos, los más idóneos (la idoneidad es importante también en atención a la eficiencia que debemos procurar en la contratación), han de ser establecidos y ponderados en el PCAP (arts. 122.2 y 145.5 LCSP)¹¹¹. Ponderación no es el término correcto, mas no es este el lugar en el que extenderme sobre ello. Lo cierto es que a lo que se refiere el precepto es a que el PCAP debe indicar la puntuación máxima que corresponde a cada criterio: su peso relativo en el total de la valoración de ofertas. De modo que *“salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el PCAP o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima*

¹¹⁰ En palabras del TACRC, *“...debe reconocerse al órgano de contratación cierto margen de libertad para la delimitación de los criterios de adjudicación, a sabiendas que son muchas las posibles fórmulas a emplear que respeten las directrices fijadas en la Ley, debiendo corresponder dicha elección –entre las diversas opciones posibles- al órgano de contratación, siempre dentro de los límites que legalmente se imponen”* (RTACRC 526/2018, de 1 de junio).

¹¹¹ Recordemos: formulados con claridad... Transparencia, igualdad...).

adecuada. Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia”.

En el pliego deben identificarse también el comité de expertos o el organismo técnico especializado al que corresponda valorar las ofertas, y por lo tanto, aplicar los criterios de adjudicación, en el caso de que en el conjunto de ellos predominen aquellos cuya estimación dependa de juicio de valor (art. 146.2.a).

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.

Número de criterios

Pueden utilizarse uno o varios criterios. El mandato inicial del artículo 145: “*La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio*”, es un mandato débil que queda desactivado por la propia Ley en preceptos posteriores que admiten incluso la utilización del único criterio “precio”. Pero en este punto particular, sí es preciso comprobar el cumplimiento de algunas exigencias legales. Así, tratándose de algunos de los contratos que enumera el artículo 145.3 LCSP, procede la aplicación de más de un criterio.

Criterio único, relacionado con los costes.

En el caso de que se pretenda utilizar un único criterio, entra en juego la regla del artículo 146.1 LCSP: “*Sin*



perjuicio de lo dispuesto en los apartados primero y tercero del artículo anterior, cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148”.

Criterios cualitativos y criterios de costes.

Los criterios cualitativos (ver art. 145.2) deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 (art. 145.2 *in fine*).

Criterios de calidad en contratos intelectuales y de servicios sociales.

Como mandato genérico que obedece a una de las líneas maestras de la Directiva europea y asumida por la LCSP 2017, el artículo 145.4 establece que “*Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura*”. Esto no es susceptible de control de legalidad en el *checklist*, pero sí lo es el mandato concreto que añade el propio precepto: “*En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin*

perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”.

Criterio obligatorio en contratos de concesión.

Cuando en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación (art. 146.2).

Requisitos de las mejoras como criterio

En primer lugar, hay que saber conforme al art. 145.7 LCSP, se entiende por mejoras a efectos de establecerlas como criterio de adjudicación, *“las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”*. Y a partir de la definición conceptual, vigilar la regla que dicta el propio precepto: *“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento”*.



2.- Aplicación de los criterios de adjudicación (fase de valoración de ofertas y adjudicación del contrato)

Órganos competentes para la aplicación de los criterios.

Con carácter general, el órgano competente para la aplicación de los criterios es la Mesa de contratación (que puede solicitar los informes técnicos que considere precisos), si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario. Si en el conjunto de criterios predominan los que dependen de juicio de valor sobre los que se evalúan de forma automática, el órgano competente será el comité de expertos o el organismo técnico especializado, previamente identificado en los pliegos y que cumpla con los requisitos que el propio artículo 146.2 establece.

Secuencia de aplicación de los criterios.

Es fundamental respetar la secuencia u orden de valoración que establece el art. 146.2 LCSP: *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*. Es fundamental, como digo, so pena de nulidad de pleno derecho¹¹², porque no se trata de una mera formalidad procedimental sino de una medida legal para garantizar la objetividad en la valoración de las ofertas.

¹¹² Son numerosas las Resoluciones que así lo sancionan. Entre tantas, la RTACRC núm. 110/2014, de 14 de febrero.

Motivación de la valoración referida a los criterios de adjudicación.

Los informes de valoración deben estar bien motivados; deben ser críticos y destacar los aspectos positivos y negativos de las ofertas al contrastarlas con los criterios de adjudicación¹¹³, asignándoles mejores, peores o ninguna puntuación. Y esa puntuación debe ser congruente, tanto internamente respecto de una misma oferta, como congruente para resistir la comparación con las demás ofertas competidoras. Parece elemental: a buenas calificaciones deben corresponder buenas puntuaciones y a la inversa; a iguales comentarios críticos deben corresponder los mismos puntos en todas las ofertas, y a la inversa: a distintas adjetivaciones deben corresponder distintas puntuaciones. Si los informes de valoración (en tanto que son la base habitualmente de la propuesta de adjudicación de la Mesa, y en todo caso del acuerdo de adjudicación) no cumplen con esto, la adjudicación y el procedimiento están expuestos a la nulidad por causar indefensión (entre otras, RTACRC núm. 237/2018, de 22 de marzo).





























¹¹³ Y atención: la referencia para valorar y puntuar motivadamente ha de ser exclusivamente a los criterios de adjudicación previamente establecidos en el PCAP (volvemos al principio) y no a ninguna otra consideración. Hay que advertir especialmente en este punto sobre la prohibición de la introducción de subcriterios sorpresivos (ver STJUE 24 noviembre 2005 *Viaggi di Maio*, y entre otras, la RTACRC núm. 6/2016, de 12 de enero); no puedo extenderme aquí sobre ello y me remito a mis trabajos ya citados.



3.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En conclusión, los criterios de adjudicación son un punto muy sensible y crítico del procedimiento de adjudicación. Se presta a la conflictividad y por lo tanto a poner en riesgo la validez jurídica de todo lo actuado por el órgano de contratación. La regulación de los criterios de adjudicación es actualmente tan compleja (como toda la contratación pública) que la recomendación práctica que contiene este artículo consiste en la utilización de herramientas como este test de validez o *checklist* que propongo, para evitar errores u omisiones, primero en el establecimiento de los criterios en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y después en su aplicación posterior al valorar ofertas y adjudicar el contrato.

Test de validez o checklist de los criterios de adjudicación:

-   Vinculación con el objeto del contrato
-   Formulación objetiva y pleno respeto a los principios básicos de la contratación pública
-   Competencia efectiva y verificabilidad
-   Justificación de los criterios
-   Establecidos y ponderados por el órgano de contratación en el PCAP, y publicados en el anuncio de licitación
-   Número de criterios
-   Criterio único, relacionado con los costes
-   Criterios cualitativos y criterios de costes
-   Criterios de calidad en contratos intelectuales y de servicios sociales
-   Criterio obligatorio en contratos de concesión
-   Requisitos de las mejoras como criterio
-   Órganos competentes para la aplicación de los criterios
-   Secuencia de aplicación de los criterios
-   Motivación de la valoración referida a los criterios de adjudicación

RESPONSABLE DEL CONTRATO "IN VIGILANDO"

Julián de la Morena López

Funcionario jubilado de la Universidad de Castilla-La
Mancha

RESUMEN: Sin menoscabo de la capacidad autoorganizativa de la Administración respecto del funcionamiento de sus servicios, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público incorporó en las partes del contrato una nueva figura, denominada "responsable del contrato", vinculada al propio órgano de contratación, en la función de dirección y vigilancia de los contratos del sector público, incorporándose a otras figuras que intervienen en la ejecución de los mismos. La Ley 9/2017, soluciona el posible conflicto de competencias entre el "responsable del contrato" y la Dirección Facultativa en los contratos de obras, añadiendo novedosamente otra figura, distinta del "responsable del contrato" *en los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, 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.* Bien está todo lo que coadyuve al control de la ejecución de los contratos para mejor cumplimiento de la obligación de la Administración en lo que a "in vigilando" corresponde.



ABSTRACT: Without detriment to the self-organising capacity of the Administration with respect to the operation of its services, "Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público" incorporated into the parties to the contract a new figure, called "responsible for the contract". This figure is linked to the contracting body, in the function of directing and supervising public sector contracts, joining other figures involved in their execution. "Ley 9/2017" resolves the possible conflict of powers between the "responsible for the contract" and the Administration Project Management in works contracts, adding an innovative figure, different from the "responsible for the contract" in the cases of public works concessions and service concessions. This figure acts in defence of the general interest, to obtain and verify compliance with the obligations of the concessionaire, especially with regard to the quality of the provision of the service or the quality of the work. Everything that contributes to the control of the execution of contracts for better compliance with the Administration's obligations both "in vigilando" is appropriate.

PALABRAS CLAVE: Contratos del sector público; ejecución de los contratos; responsable del contrato; Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato; Dirección de la obra; Director de obra; Director de ejecución de la obra; fases del expediente de contratación.

El establecimiento de un procedimiento que garantice la correcta aplicación de los preceptos legales y reglamentarios en el ámbito de la contratación pública, requiere establecer una serie de fases con las correspondientes actuaciones administrativas desde el inicio hasta la conclusión del expediente.

La secuencia de estas fases bien podría quedar ordenada del modo siguiente, con las actuaciones genéricas, sin ánimo de ser exhaustivos, que en cada fase se indican:

- a) Preparación del contrato:
 - Consultas preliminares del mercado
 - Tramitación previa del correspondiente expediente de contratación
 - Aprobación del expediente de contratación

- b) Licitación y adjudicación del contrato:
 - Anuncios de información previa
 - Anuncios de licitación
 - Presentación de ofertas
 - Actuaciones de los órganos de asistencia al órgano de contratación
 - Requerimiento documentación al licitador que presente la mejor oferta
 - Adjudicación del contrato
 - Notificación de la adjudicación

- c) Formalización del contrato
 - Formalización
 - Anuncio

- d) **Ejecución y extinción del contrato**
 - **Cumplimiento**
 - **Incumplimiento**
 - **Cumplimiento defectuoso**
 - **Demora en la ejecución**
 - **Penalidades**
 - **Pagos**
 - **Modificaciones**
 - **Suspensión del contrato**
 - **Recepción**
 - **Certificaciones**
 - **Resolución del contrato**



- **Cesión**
- **Subcontratación**

Es en esta fase de ejecución donde centramos el objeto de este comentario, acerca del cometido que compete al **“responsable del contrato”**, en esa labor de dirección y vigilancia durante la fase de ejecución del contrato.

Tiene su origen esta novedosa figura en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el fin de reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pudieran surgir durante su ejecución, pudiendo el órgano de contratación, entre otras opciones, encomendarle *la gestión integral del proyecto, con el ejercicio de las facultades que le competen en relación con la dirección y supervisión de la forma en que se realizan las prestaciones que constituyan su objeto*.

¿Quiere esto decir que, hasta entonces, no se ejercía ese control en el cumplimiento de los contratos?; la respuesta ha de ser contundentemente negativa, pues ya se encargaba la propia Administración, en ejercicio de su capacidad de autoorganizar sus propios servicios, de designar de hecho al responsable o responsables de que el contrato se ejecutara en las condiciones pactadas, generalmente sobre el personal del servicio peticionario o destinatario del objeto del contrato; negarlo sería considerado poco menos que de temerario.

Lo que sí viene a establecer la designación del “responsable del contrato” es reforzar jurídicamente su función y el ejercicio de las potestades dadas por el órgano de contratación, como si del mismo órgano de contratación se tratara, lo que le coloca en situación óptima para organizar, dirigir, vigilar y dar instrucciones a los contratistas, sin que se haga precisa su

intervención y decisión directa en cuantas cuestiones surjan durante la ejecución del contrato.

Esta Ley del 2007, establecía en su artículo 41 el carácter opcional de la designación del responsable del contrato, al señalar que *“Los órganos de contratación **podrán** designar un responsable del contrato”*, que se mantendría en los mismos términos en el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; siendo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, la que eleva al orden obligatorio tal designación por parte de los órganos de contratación *ex artículo 62* que dice: *“(…) los órganos de contratación **deberán** designar un responsable del contrato”*.

El originario artículo 41 de la Ley de 2007, establecía que al “responsable del contrato” 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 aquéllos le atribuyan”*, que se mantenía en idénticas condiciones en el artículo 52 del TRLCSP y se mantiene íntegramente en el artículo 62 de la vigente Ley 9/2017.

El “responsable del contrato” (puede) *ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él*¹¹⁴ (artículo 41 de la Ley 30/2007

¹¹⁴ Al tratarse de prestación de servicios, deberá licitarse el correspondiente contrato público, sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo a través del contrato menor conforme a las condiciones y limitaciones que establece el artículo 118 de la Ley 9/2017. En estos casos debe tenerse en cuenta la



y artículo 52 del TRLCSP). El artículo 62 de la Ley 9/2017, se expresa en los mismos términos, salvo que sustituye la mención a “ente, organismo o entidad”, por simplemente “entidad”, más en consonancia con los tipos de entes y organismos públicos que ya fijó la Ley 6/1997, de 14 de abril, derogada por la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El apartado 2 del artículo 41 de la Ley 30/2007, establecía que: “*En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al Director Facultativo conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Libro IV¹¹⁵*”; variando en el artículo 52 del TRLCSP únicamente el ordinal del capítulo referenciado que en lugar del originario capítulo V, pasa a ser el capítulo I. En este sentido y con el fin de evitar interacciones y posibles conflictos de competencia con las facultades del Director Facultativo de obras, el apartado 2 del artículo 62 de la Ley 9/2017, tajantemente prescribe que “*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***

limitación del posible ejercicio de autoridad pública reservada a funcionarios.

¹¹⁵ El artículo 213.1 de la Ley 30/2007 (posterior art. 230.1 TRLCSP), habilitaba la posibilidad de que el “responsable del contrato” pudiera dar, en su caso, instrucciones a los contratistas durante la ejecución de las obras, en el ámbito de su competencia.

Asimismo, el artículo 218.1 de la Ley 30/2007 (posterior art. 235.1 TRLCSP), incluía al “responsable del contrato” entre los miembros encargados de la recepción de las obras a su terminación.

246¹¹⁶, añadiendo, además, un nuevo apartado 3 del siguiente literal: *“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.”*

Las facultades, dentro del ámbito que al efecto le atribuya el órgano de contratación, de acuerdo con la Ley de Contratos, son las siguientes:

- Supervisión de la forma en que se realizan las prestaciones que constituyan el objeto del contrato (Exposición de Motivos de la Ley 30/2007).
- Adoptar decisiones para la correcta ejecución de la prestación pactada (artículos 41.1 Ley 30/2007, 52.1 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 9/2017).

¹¹⁶ Artículo 237. Comprobación del replanteo

Artículo 238. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista

Artículo 239. Fuerza mayor

Artículo 240. Certificaciones y abonos a cuenta

Artículo 241. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado

Artículo 242. Modificación del contrato de obras

Artículo 243. Recepción y plazo de garantía

Artículo 244. Responsabilidad por vicios ocultos

Artículo 245. Causas de resolución

Artículo 246. Efectos de la resolución



- Dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada (artículos 41.1 Ley 30/2007, 52.1 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 9/2017).
- Proponer la imposición de penalidades en los casos de incumplimiento parcial o defectuoso de la prestación (artículos 196.8 Ley 30/2007, 212.8 TRLCSP y 194.2 Ley 9/2017¹¹⁷).
- Proponer la imposición de penalidades en los casos de demora en la ejecución de la prestación (artículos 196.8 Ley 30/2007, 212.8 TRLCSP y 194.2 Ley 9/2017¹¹⁸).
- Informar acerca de si el posible retraso producido en la ejecución del contrato es por motivos imputables al contratista (artículo 195.2, inciso final de la Ley 9/2017, sin precedente en la legislación anterior).
- Adoptar las medidas que sean necesarias durante el periodo de ejecución de los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas, en la programación de las anualidades para la financiación y pago de estos contratos (artículo

¹¹⁷ Advertimos del error en el art. 194.2 de la actual Ley 9/2017, al mantener la condición opcional originaria del art. 196.8 de la Ley de 2007, respecto de la designación del responsable del contrato, lo que vulnera el carácter obligatorio de la designación conforme prescribe el artículo 62 de la Ley de 2017.

¹¹⁸ Advertimos del error en el art. 194.2 de la actual Ley 9/2017, al mantener la condición opcional originaria del art. 196.8 de la Ley de 2007, respecto de la designación del responsable del contrato, lo que vulnera el carácter obligatorio de la designación conforme prescribe el artículo 62 de la Ley de 2017.

308.3, párrafo tercero de la Ley 9/2017, sin precedente en la legislación anterior).

- En el contrato de servicios dará instrucciones al contratista para la correcta ejecución de la prestación (artículo 311.1 de la Ley 9/2017, sin precedente en la legislación anterior¹¹⁹).
- En los actos de fiscalización material de las inversiones de las Entidades Locales, el "responsable del contrato" asistirá al Interventor en los actos de recepción material de todos los contratos, excepto de los menores (DA3ª Ley 9/2017, sin precedente en la legislación anterior¹²⁰).

OTROS ÓRGANOS INTERVINIENTES POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS:

- **Unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato.** Solo se cita en el artículo 62.1 de la Ley 9/2017 para indicar que: "*Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que*

¹¹⁹ Advertimos del error en el art. 311.1 de la actual Ley 9/2017, al considerar opcional la designación del responsable del contrato, lo que vulnera el carácter obligatorio de la designación conforme prescribe el artículo 62 de la misma Ley.

¹²⁰ Sería conveniente que, en esta Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2017, se dejara clara la no integración del responsable del contrato en los actos de recepción material en los contratos de obras, excluyendo su mención del apartado 3 el inciso "*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*"



figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato (...)"

En opinión de José Manuel Martínez Fernández, publicada en el Observatorio de Contratación Pública el 18 de diciembre de 2017, *"se debe crear esa una unidad administrativa especializada, con funcionarios formados en materia de contratación, para poder coadyuvar al responsable del control de la ejecución material de los contratos en el objetivo ineludible de asegurar la correcta ejecución de lo contratado. Esta unidad debe especialmente verificar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y de la oferta técnica del adjudicatario (que tiende a olvidarse en el mismo sobre en que se presentó) y debe tramitar los correspondientes expedientes de penalización, incidencias en la ejecución (revisión de precios, prórroga, modificación) y, en su caso, resolución anticipada"*.

- **Dirección de la obra.** Cláusula 4 del Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, de Obras Públicas, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado:

"El "Facultativo de la Administración Director de la obra" es la persona, con titulación adecuada y suficiente, directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratada.

Para el desempeño de su función podrá contar con colaboradores a sus órdenes, que desarrollarán su labor en función de las atribuciones derivadas de sus títulos profesionales o de sus conocimientos específicos y que integrarán la "Dirección de la obra".

*El Director designado será comunicado al contratista por la Administración antes de la fecha de la comprobación del replanteo, y dicho Director procederá en igual forma respecto de su personal colaborador. Las variaciones de uno u otro que acaezcan durante la ejecución de la obra serán puestas en conocimiento del contratista por escrito.*¹²¹

- **Director de obra** (art.12 Ley 38/1999, Ordenación Edificación):
 - Concepto: Agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto.
 - Obligaciones:
 - a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante.
 - b) Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno.

¹²¹ Véase el Decreto 462/1971, de 11 de marzo ("BOE núm. 71, de 24), por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación.



- c) Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.
 - d) Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.
 - e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.
 - f) Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.
 - g) Las relacionadas en el artículo 13, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 a) del artículo 13 LOE.
- **El Director de ejecución de la obra** (art.13 Ley 38/1999, Ordenación Edificación):
 - Concepto: agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.
 - Obligaciones:

- a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de la ejecución de la obra que tenga la titulación profesional habilitante.
- b) Verificar la recepción en obra de los productos de construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas precisas.
- c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.
- d) Consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas.
- e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas.
- f) Colaborar con los restantes agentes en la elaboración de la documentación de la obra ejecutada, aportando los resultados del control realizado.

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Juan Antonio Gallo Sallent

Expresidente del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público

RESUMEN: Bajo el principio de pacta sunt servanda, la resolución contractual solo es posible si los supuestos están recogidos dentro de la ley o en los pliegos como obligación esencial. La resolución de los contratos se configura, de manera general, como una potestad administrativa. Es obligatorio seguir las reglas y procedimientos establecidos en la ley. Existe determinada tipología contractual a la que se le aplican reglas específicas.

ABSTRACT: As per the principle that agreements must be kept, intention of terminating a contract only is possible when it has been articulated in the applicable law or conferred by the contract as an essential obligation. It is, in general, articulated as a discretionary administrative authority. There is a need to follow both procedures and rules contained in the Public Procurement Law. When it comes to certain contracts, specific rules apply to contracts entered into.

PALABRAS CLAVE: Resolución contractual, potestad administrativa, mora, mutuo acuerdo, extinción.

KEYWORDS: contract cancellation, administrative authority, arrears, mutual agreement, extinction.



SUMARIO: 1. La resolución del contrato como potestad de la Administración. 2. Causas de resolución aplicables a todos los contratos: Aplicación y efectos. 2.1. Causas sobrevenidas al contratista. 2.2 La declaración de concurso. 2.3 El mutuo acuerdo entre las partes. 2.4 La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. 2.5 La demora en el pago. 2.6 El incumplimiento de la obligación principal y de las esenciales del contrato. 2.6 El incumplimiento de la obligación principal y de las esenciales del contrato. 2.7 La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. 2.8 El impago de salarios. 3. Las causas específicas de resolución atendiendo al tipo de contratos.3.1 Contrato de obras. 3.2 Concesión de servicios. 3.3 Concesión de obras. 3.4 El contrato de servicios y el contrato de suministros. 4. Conclusiones y recomendaciones.

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La LCSP define la Resolución de los contratos como una forma "ordinaria" de extinción de los contratos públicos de naturaleza administrativa de las administraciones públicas. Pero también es forma de extinción de aquellos contratos privados cuyo objeto esté comprendido dentro de la LCSP que celebren los poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas.

La LCSP recoge el régimen general de resolución en los artículos 211 a 213. El artículo 211 está dedicado a las causas de la resolución; el artículo 212 define el procedimiento para la aplicación de estas causas y finalmente, el artículo 213 está dedicado a los efectos que produce la resolución de los contratos.

La nueva ley recoge las causas de resolución que ya se establecían en el TRLCSP aunque con ciertas novedades destacables.

A su vez, además de lo anterior, cada modalidad de contratos, establece algunas causas o efectos de la potestad resolutoria.

El artículo 190 de la LCSP menciona la resolución contractual como una de las prerrogativas que ostenta la administración pública. Es, por tanto, una potestad discrecional de la Administración -excepto en los pocos casos en que la resolución deviene obligatoria o cuando ésta es de mutuo acuerdo de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil- que se produce cuando el contratista no cumple una obligación esencial del contrato o se dan unas causas tasadas en la ley con tal de asegurar el buen fin del contrato o la satisfacción del interés público. No hay que olvidar, en este último punto, que sobre ello se deberá informar y motivar en el expediente aclarando por qué no parece adecuada la permanencia del contrato, tal y como estableció el Consejo de Estado¹²² para los contratos públicos de naturaleza administrativa.

Como se ha venido manteniendo inveteradamente por parte de los tribunales, tanto de justicia como administrativos, los contratos públicos son, antes de todo, contratos y las dudas que ofrezca su interpretación tendrán que resolverse de acuerdo con las previsiones y los principios establecidos en la LCSP y en el resto de normativa sobre contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil. En este sentido, hay que recordar, por un lado, que de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los

¹²² Dictámenes 54371/1990 y 55008/1990



principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, y, por otro lado, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil¹²³.

Los efectos de la resolución han de estar establecidos en la ley o en los pliegos. No se pueden dar otros efectos que lo establecido en ambos.

En la LCSP, se establece claramente que en el procedimiento resolutorio se tiene que dar audiencia al contratista. Puede parecer baladí esta simple mención pero teniendo en cuenta las especialidades de la notificación electrónica, la jurisprudencia de los tribunales sobre este tema y la gravedad administrativa del hecho de resolver un contrato, es de crucial cumplimiento a la hora de garantizar los derechos de los afectados.

2. CAUSAS DE RESOLUCIÓN APLICABLES A TODOS LOS CONTRATOS: APLICACIÓN Y EFECTOS

El artículo 211 LCSP establece las causas de resolución generales a todos los contratos mientras que la aplicación se recoge en el artículo 212 LCSP y los efectos en el artículo 213 LCSP.

En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo. Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses de conformidad con el artículo 212.8 LCSP

¹²³ Entre muchas otras, Resolución 1/2013 del OARC Cataluña

2.1. Causas sobrevenidas al contratista.

Los artículos 211.a) y 211.b) recogen las causas sobrevenidas al contratista como son la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista o la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

En estos casos se puede continuar efectuando el contrato con los sucesores del contratista siempre y cuando el que continúe con la ejecución tenga la capacidad suficiente para ser adjudicatario.

La muerte está regulada en el artículo 32 del código civil y a él habrá que acudir. A su vez, la incapacidad es una causa de resolución automática por mor del artículo 199 del mismo código.

En referencia a la extinción habrá que estar a lo establecido en el artículo 39 del código civil y al RDL 1/2010, de sociedades de capital.

Hay que tener en cuenta que la extinción de la sociedad no es lo mismo que la fusión o escisión de empresas. Si la nueva empresa resultante tiene los requisitos de capacidad y solvencia, podrá seguir realizando la prestación contractual. Lo mismo es aplicable al caso de las UTES si se cumple lo establecido en el artículo 69 de la LCSP.

2.2 La declaración de concurso.

La solvencia de los licitadores, y por tanto de los contratistas, es algo necesario para asegurar el buen fin de los contratos públicos. Cuando una empresa entra en concurso de acreedores, de conformidad con la ley



concurzal, esta solvencia puede verse afectada y dar lugar a la resolución del contrato.

En caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución.

En cuanto a la incautación de la garantía, el Consejo de Estado¹²⁴ parece inclinarse a que ésta es solo posible si el juez declara que el concurso ha sido culpable y no fortuito.

2.3 El mutuo acuerdo entre las partes

El artículo 211.c) LCSP recoge el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista como causa de resolución contractual, ya que puede entenderse como un pacto del artículo 1255 del código civil, a lo que hay que añadir lo establecido en el artículo 212.4 del mismo texto legal que establece que el mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

El Consejo de Estado¹²⁵ y los Consejos equivalentes autonómicos, ha venido estableciendo doctrina sobre la causa imputable al contratista y la imposibilidad de llegar, entonces, al mutuo acuerdo.

Señalar que no es necesario acreditar los conceptos que son objeto de indemnización cuando se acuerde ésta por la resolución del Contrato por mutuo acuerdo, circunstancia extraña ésta, ya que la resolución de los

¹²⁴ Dictamen del Consejo de Estado 113/2016.

¹²⁵ Entre muchos de ellos, Dictámenes del Consejo de Estado 46236/ 84, 34714/66, 40195/75 y 50571/87.

contratos administrativos por mutuo acuerdo no puede significar que no resulte necesario acreditar los servicios o prestaciones que proceda indemnizar.

2.4 La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Es una causa establecida en el artículo 211.d) de la LCSP que continúa exponiendo que, en todo caso, se producirá demora por el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

El artículo 192 de la LCSP establece, a su vez, que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, ya que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, de conformidad con el artículo 193 de la LCSP.

Hay que hacer ciertas matizaciones en el caso del incumplimiento ya que, la mora, siempre exige que el incumplimiento sea culpable. Si el cumplimiento del contrato es posible, no existe mora de conformidad con el artículo 1124 de código civil.¹²⁶

Si existe incumplimiento, obligatoriamente tiene que haber rescisión. Otra cosa es el incumplimiento tardío,

¹²⁶ Por todas, Sentencias Tribunal Supremo de 15/11/2017.



el puntual, en el que es posible el cumplimiento del objeto. En este caso la Administración puede optar entre imponer penalidades o resolver el contrato atendiendo al interés general.

Tampoco interviene en esta causa de resolución del contrato la culpa del licitador, ya que aunque haya incumplimiento contractual por parte de licitador, si el contrato sigue siendo posible y útil¹²⁷ la Administración puede optar por no rescindirlo. Si no es culpa del licitador, no puede haber nunca resolución del contrato¹²⁸.

De conformidad con el artículo 195 de la LCSP y el artículo 98 del Reglamento 1098/2001, si se imponen penalidades deberá darse al contratista una ampliación de plazo para cumplir sus obligaciones que será, por lo menos, igual a tiempo perdido a no ser que se pidiese otro menor.

En cuanto a los efectos de la resolución por incumplimiento del contratista, aplicable a este caso y al caso de las obligaciones, el artículo 212 LCSP establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, que como mínimo serán los derivados de las actuaciones tendentes a resolver el contrato y licitar uno nuevo con el consiguiente retraso en la satisfacción de la finalidad pública perseguida por el contrato¹²⁹. También en estos casos será posible instar a la prohibición de contratar

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002.

¹²⁹ Dictamen del Consejo de Estado 116/2015.

2.5 La demora en el pago

Se produce cuando, por parte de la Administración, se procede al pago en plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses o a los plazos menores establecidos por la Comunidades Autónomas, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

El plazo para el pago comenzará a contar desde la aprobación de la factura por parte del órgano gestor

2.6 El incumplimiento de la obligación principal y de las esenciales del contrato.

El artículo 211.1.f) establece que además del incumplimiento de la obligación principal, serán causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución



la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos”¹³⁰. En definitiva, el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible¹³¹.

2.7 La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.

La resolución del contrato será procedente cuando se dé esta imposibilidad de ejecución y no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 o bien, cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido

2.8 El impago de salarios

El mismo artículo 211 LCSP establece que el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

¹³⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Castilla y León, 1541/2011

¹³¹ Dictamen 125/2011 del Consejo Consultivo de Aragón

El artículo 212 LCSP establece a su vez que esta posibilidad solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista. Exceptúa este artículo que cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.

3. LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DE RESOLUCIÓN ATENDIENDO AL TIPO DE CONTRATOS.

3.1 Contrato de obras

En cuanto a las causas, el artículo 245 LCSP establece que son causa de resolución además de las generales de la Ley, la demora injustificada en la comprobación del replanteo; la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses; La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración y el desistimiento.

En cuanto a los efectos, el artículo 246 LCSP establece que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra.

Además se establecen los casos y las modalidades de indemnizaciones a favor del contratista atendiendo a diversos factores.

Finalmente se establece que cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de



seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano.

3.2 Concesión de servicios

Las causas y efectos se encuentran reguladas en los artículos 294 y 295 LCSP respectivamente y son muy continuistas respecto a la anterior ley.

Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

- a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.
- b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.
- d) La supresión del servicio por razones de interés público.
- e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.



f) El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

En cuanto a los efectos, esos son diferentes dependiendo de si la causa es imputable a la administración o del contratista y se establecen diferentes indemnizaciones tantos para estos como para el concesionario.

3.3 Concesión de obras

La resolución del contrato de concesión de obras sigue también la línea continuista de la regulación anterior. Se encuentra recogida en el artículo 279 LCSP y guarda estricta concordancia con la resolución del contrato de concesión de servicios.

De conformidad con el artículo citado, son causas de resolución del contrato de concesión de obras, son causas de resolución de este tipo de contratos además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

b) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

c) El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular,



para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

d) La supresión de la explotación de las obras por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.

f) El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

3.4 El contrato de servicios y el contrato de suministros

Las causas y efectos de la resolución del contrato de servicios se encuentran reguladas en el artículo 311 LCSP.

La primera causa es el desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio, que no se encontraba en la regulación anterior, al que se le añade la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

Una vez iniciada la prestación contractual, la ley vuelve a citar y la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor. Esta regulación mejora la técnica normativa anterior.

A lo anterior, la ley añade que los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.

En cuanto a los efectos, la resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración, y según cuales sean los supuestos de resolución el contratista tendrá derecho a determinada indemnización.

Las causas de resolución de los contratos de suministros se regulan en el artículo 306 y los efectos en el artículo 307 sin que exista variación con la regulación anterior salvo una más concreta definición del cálculo de la indemnización.

Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las generales, las siguientes:

- a) El desistimiento antes de la iniciación del suministro o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega salvo que en el pliego se señale otro menor.
- b) El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.



4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La resolución de los contratos no deja de ser ni más, ni menos, que el traslado al ámbito público de la resolución civil de los contratos. La LCSP es heredera de esta tradición contractual civil. Por eso, a la hora de estudiar las aplicación de las posibles causa sería conveniente tener en cuenta la jurisprudencia establecida para los contratos civiles y, en concreto, aquella establecida por la Sala I del Tribunal Supremo.

La técnica general de regulación de la resolución ha mejorado con la LCSP aunque no hay muchos cambios destacables debido a la naturaleza jurídica de esta figura. Quizá sería conveniente resaltar más el hecho de que el incumplimiento por parte del licitador siempre tiene que ser culpable para que se pueda dar la resolución contractual. En este aspecto cabría mejorar técnicamente la redacción de la causa de resolución por mora del contratista ya que plantea problemas a los operadores del sistema contractual.

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

Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes
de Castilla-La Mancha
DPO de las Cortes de Castilla-La Mancha
Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha (en situación
administrativa de servicios en otras AAPP)

RESUMEN: A través de este artículo se analiza la incidencia que tiene la protección de datos personales en el ámbito de la contratación pública, y, en concreto, la regulación que se contiene en la LCSP, la cual se ha visto también directamente afectada por normas nacionales y europeas que han sido dictadas en materia de protección de datos personales.

ABSTRACT: Through this article we analyze the impact of the protection of personal data in the field of public procurement, and, specifically, the regulation contained in the LCSP, which has also been affected by national and European regulations that they have been dictated in the matter of protection of personal data.



PALABRAS CLAVE: protección de datos, contratación pública, contratos, encargado de tratamiento, responsable.

KEY WORDS: data protection, public procurement, contracts, processing, responsible.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. II. LA INCIDENCIA DEL RGPD Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN LA LCSP. III. CONCLUSIONES. IV. RECOMENDACIONES.

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

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, se establece una mención específica a la protección de datos de carácter personal en su disposición adicional vigésima quinta, y ello sin perjuicio de algunas otras alusiones que se contienen en la propia norma¹³².

¹³² Así, también se alude a la protección de datos de carácter personal en el artículo 133.1 LCSP cuando indica que *"El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha*

En este precepto relativo a la protección de datos de carácter personal se indica que:

***"Disposición adicional vigésima quinta.
Protección de datos de carácter personal.***

1. Los contratos regulados en la presente Ley que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.

2. Para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.

contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal"; y en el artículo 346.5 LCSP cuando al regular el Registro de Contratos del Sector Público indica que "Asimismo, de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet".



Cuando finalice la prestación contractual los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que esta hubiese designado.

El tercero encargado del tratamiento conservará debidamente bloqueados los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento.

3. En el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, encargado del tratamiento, deberán de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento”.

Lo primero que hay que resaltar es, por tanto, la escasa referencia normativa expresa que se contiene en la propia LCSP respecto de la protección de datos de carácter personal a pesar de la indudable incidencia que puede tener en el ámbito de la contratación pública.

Por otra parte, la redacción que se contiene en la LCSP es idéntica a la que se establecía en la derogada disposición adicional vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y ello a pesar que ya estaba en vigor¹³³ 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/CE¹³⁴ (Reglamento general de protección de datos), en adelante RGPD, que supone un hito en la evolución de esta materia¹³⁵.

Además, otro aspecto a tener en cuenta es que la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP está todavía referenciada a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, norma que ha sido derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPDP Y GDD¹³⁶.

En cuanto al contenido de la disposición adicional vigésima quinta la misma implica que en el ámbito de la

¹³³ Aunque se dispone que sería aplicable a partir del 25 de mayo de 2018 (artículo 99 RGPD).

¹³⁴ El RGPD se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, de fecha 4 de mayo de 2016.

¹³⁵ Para mayor información sobre la evolución de la normativa en protección de datos, véase la obra de Rebollo Delgado, L. y Serrano Pérez, M^a: *Manual de protección de Datos*, págs. 39-58, Dikynson. Madrid. 2014.

¹³⁶ Puede verse el artículo de Mayor Gómez, R: *Principales novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, págs. 201-246, Revista Gabilex nº 16. diciembre 2018.



contratación pública resulta de aplicación la normativa en materia de protección de datos siempre que los contratos supongan el tratamiento de datos de carácter personal de las personas físicas¹³⁷.

Respecto a la calificación de responsable o encargado de los sujetos intervinientes en el tratamiento de los datos personales, se ha fijado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y por los órganos judiciales que lo importante para su delimitación e identificación no sería la causa que motiva el tratamiento sino la esfera de dirección, ordenación o control que se puede ejercitar sobre el tratamiento de datos de carácter personal, que correspondería al responsable del tratamiento, y siendo que, a sensu contrario, tales funciones estarían vetadas al encargado del tratamiento, y cuya diferenciación no en pocas ocasiones puede resultar ciertamente complejo en el ámbito de la contratación pública¹³⁸.

Por tanto, cuando alguno de los sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LCSP celebre un contrato que suponga el tratamiento de datos personales por parte del contratista y a cuenta de aquel, resulta necesario que se formalice en un contrato las cláusulas que trasladen las exigencias y previsiones del artículo 12 LOPD, si bien ahora al haber sido derogado dicho precepto debe entenderse que resultará de aplicación la normativa actualmente vigente

¹³⁷ Resulta necesario precisar que el objeto del RGPD es la protección de las "personas físicas", no por tanto de las personas jurídicas, en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos.

¹³⁸ Pilar Mañas, J.L: "*Breve nota sobre contratación pública y protección de datos*", Revista CEMCI, Número 9. Octubre-Diciembre 2010.

representada por el RGPD y la LOPDP Y GDD, que introduce algunas novedades como luego veremos.

En el apartado tercero de la disposición adicional vigésima quinta LCSP se contiene una previsión relativa a la posibilidad de la subcontratación del tratamiento de los datos personales por cuenta de terceros, en donde se exige suscribir un contrato en los términos del artículo 12 LOPD condicionado al cumplimiento de los requisitos en ella expuesta y cuyo incumplimiento podría derivar en la consideración de que se ha producido una cesión in consentida de datos entre el contratista y el subcontratista y, por tanto, un tratamiento ilícito de datos susceptible de generar responsabilidad en el marco del régimen sancionador previsto en materia de protección de datos. En este supuesto igualmente resultaría actualmente de aplicación el RGPD y la LOPDP Y GDD.

II. LA INCIDENCIA DEL RGPD Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN LA LCSP

La entrada en vigor del RGPD y la LOPDP Y GDD tienen también una indudable incidencia en materia de contratación, y especialmente en la previsión contenida en la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP, ya que el citado precepto queda afectado por aquellas, y en particular por el artículo 28 RGPD.

El RGPD exige que la regulación de la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento debe establecerse a través de un contrato o de un acto jurídico similar que los vincule el cual debe constar por escrito,



inclusive en formato electrónico. La posibilidad de regular esta relación a través de un acto jurídico unilateral del responsable del tratamiento es precisamente una de las novedades previstas en el RGPD.

En todo caso, debe tratarse de un acto jurídico que establezca y defina la posición del encargado del tratamiento, siempre y cuando ese acto vincule jurídicamente al encargado del tratamiento, y su contenido debe reunir los requisitos establecidos en el RGPD, a los que más adelante se hará referencia.

Por tanto, en el contrato o acto jurídico similar, normalmente en el pliego de cláusulas administrativas en el ámbito de la contratación pública, debe quedar fijado que los licitadores y el órgano de contratación, en aquellos contratos que impliquen el tratamiento de datos personales, se encuentran obligados al cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos y, en lo que no se oponga a éste, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, omitiéndose ya la referencia a la LOPD que ha sido derogada.

Se mantiene la exigencia que en el supuesto de que la contratación implique el acceso por parte del contratista a datos personales de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado de tratamiento, y, en consecuencia, tiene el deber de cumplir con la normativa vigente en cada momento, tratando y protegiendo debidamente los datos personales. Tampoco se considerará comunicación de datos cuando se cumpla lo dispuesto ahora en el artículo

28 RGPD, condicionándose igualmente a que las previsiones deban constar por escrito.

Hay que tener en cuenta que cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, debe condicionarse a que el encargado de tratamiento ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos fijados por el RGPD.

Así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 RGPD en las cláusulas administrativas del contrato objeto de licitación habría que fijar las vinculaciones en materia de protección de datos del adjudicatario-encargado respecto del órgano de contratación-responsable, con el siguiente contenido mínimo: duración, naturaleza y finalidad del tratamiento, tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable.

En particular se tienen que contener las siguientes estipulaciones¹³⁹ para su cumplimiento por el encargado de tratamiento:

- tratar los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del órgano de contratación, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del

¹³⁹ La propia AEPD ha publicado unas directrices para la elaboración de contratos entre responsables de tratamiento y encargados de tratamientos, que puede ser accesible en el siguiente enlace [fecha de consulta 23 de enero de 2019]:
<https://www.aepd.es/media/guias/guia-directrices-contratos.pdf>



Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público

- garantizar que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

- asistir al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en materia de protección de datos

- ayudar al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas sobre seguridad del tratamiento y consulta previa del RGPD, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado

- suprimir o devolver, a elección del responsable, todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimir las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros

- poner a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 28 RGPD, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del

responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable. El encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos

- advertir que si un encargado del tratamiento infringe el RGPD y las estipulaciones del contrato al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento

Por otra parte, la previsión que se contenía en el apartado tercero de la Disposición adicional vigésima quinta LCSP, que se remitía al artículo 12 LOPD derogado, debe entenderse que queda afectada por lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 28 RGPD.

Ahora, de conformidad con el artículo 28 RGPD, cuando el pliego permita la subcontratación de actividades objeto del contrato, y para el caso que el adjudicatario pretenda subcontratar con terceros la ejecución del contrato, y el subcontratista deba acceder a datos personales, el adjudicatario-encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del órgano de contratación-responsable. La falta de respuesta del órgano de contratación a la solicitud del contratista equivale a oponerse a dichos cambios. Además, en este caso, el encargado tiene que informar al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

Asimismo, cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas



actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico establecido con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado a que se refiere el artículo 28.3 RGPD, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del RGPD.

Finalmente, en relación con el RGPD, indicar que en el caso de que ese otro encargado incumpla sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado.

En cuanto a la LOPD Y GDD, esta norma incide directamente en la disposición adicional vigésima quinta de la LCSP puesto que deroga expresamente la LOPD, si bien en la disposición transitoria quinta se dispone que los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal mantienen su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022. Se añade que durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 y en el Capítulo II del Título V de esa ley orgánica.

También se contiene una referencia específica al ámbito de la contratación en el artículo 33.2 LOPD Y GDD para excepcional a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público la previsión de que tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 RGPD.

El incumplimiento de las exigencias anteriormente descritas puede acarrear que resulte de aplicación el régimen sancionador previsto en la LOPD Y GDD en el que, entre otras, se considera infracción grave:

- la contratación por el responsable del tratamiento de un encargado de tratamiento que no ofrezca las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV RGPD (artículo 73 j)
- encargar el tratamiento de datos a un tercero sin la previa formalización de un contrato u otro acto jurídico escrito con el contenido exigido por el artículo 28.3 RGPD (artículo 73 k)
- la contratación por un encargado del tratamiento de otros encargados sin contar con la autorización previa del responsable, o sin haberle informado sobre los cambios producidos en la subcontratación cuando fueran legalmente exigibles (artículo 73 l)

Otras cuestiones que pueden afectar al proceso de la contratación pública es la prevista en la disposición adicional séptima, que fija los criterios para la protección de datos personales en la identificación de los



interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos realizados por las Administraciones Públicas.

En la LOPDP Y GDD se regula cómo deben actuar las Administraciones Públicas cuando procedan a la publicación y notificación de actos administrativos que contengan datos personales. Así, se detalla que cuando se publique un acto administrativo que contenga datos personales del afectado, se tiene que identificar al mismo *"mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente"*, añadiendo que cuando la publicación esté referida a una pluralidad de afectados esas cifras aleatorias deberán alternarse. En el caso de notificaciones por medio de anuncios, *"se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente"*.

Se contempla que en el supuesto que la persona afectada no tuviera cualquiera de los documentos mencionados anteriormente, se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos.

En todo caso, se declara que en *"ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente"*, fijándose cautelas para desarrollar en el ámbito de la violencia de género¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Se contempla que, para prevenir riesgos para víctimas de violencia de género, el Gobierno impulse la elaboración de un protocolo de colaboración que defina procedimientos seguros

III. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar la normativa en materia de protección de datos personales tiene una indudable incidencia en el ámbito de la contratación pública. La regulación que se contiene en la LCSP se ha visto también directamente afectada por las nuevas normas que rigen esta materia lo que obliga a los operadores jurídicos del ámbito de la contratación pública a tener que integrarlas en los contratos entre el responsable y encargado de tratamiento y/o en las cláusulas administrativas de los pliegos de los contratos públicos.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de las exigencias en materia de protección de datos en el proceso de contratación pública puede derivar en la consideración de que se ha producido un tratamiento ilícito de datos personales susceptible de generar responsabilidad en el marco del régimen sancionador previsto en materia de protección de datos, que puede ser especialmente gravoso para las empresas privadas con sanciones económicas de una cuantía muy elevada.

IV. RECOMENDACIONES

Desde el punto de vista de técnica legislativa sería recomendable que por el legislador se adaptara la disposición adicional vigésima quinta a la normativa en materia de protección de datos actualmente vigente introduciendo en su articulado los cambios y adaptaciones que estas prevén.

de publicación y notificación de actos administrativos, con la participación de los órganos con competencia en la materia.



Para los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de la contratación pública (sector público, empresas privadas...) sería conveniente contar con la participación activa de un Delegado de Protección de Datos que pudiera verificar el cumplimiento normativo en materia de protección de datos personales.

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

Francisco Javier García Pérez

Auditor Interno de la Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: El devenir de la situación financiera en toda la Unión Europea y su implicación directa en la contratación pública como medio de gasto, supuso la priorización del control de esta, tanto en la normativa europea como en su trasposición al derecho nacional, con tal urgencia que algunas de las normas referidas al control entraron en vigor antes que el resto de la LCSP. Sin embargo, la práctica y otras cuestiones ajenas al gasto público han dejado tal premura en muy poco; lo cual no quiere decir que no se haya hecho nada, pero sí menos de lo que la nueva legislación prometía.

PALABRAS CLAVE: Control de gastos, Auditoría de Contratos Públicos, Gobernanza de la Contratación, Cumplimiento normativo público, Contratación Pública.

ABSTRACT: The economic and financial problems throughout the European Union and its direct participation in the public procurement as a means of expenditure, meant the prioritization of control, both in European legislation and in its transposition to national legislation, with such urgency that Some of the rules related to it came into effect before the rest of the law.



However, the practice and other issues not related to public spending have left almost nothing, which does not mean that nothing has been done, but less than what the new legislation promised.

KEYWORDS: Control of expenses, audit of public procurement, public governance, public compliance, public procurement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— 1. CONCEPTO GENERAL DE CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.— 1.1. El Control Interno.— 1.2. El Control Externo.— II. GOBERNANZA Y CONTROL EN LA LCSP.— 1. ÓRGANOS CONSULTIVOS.— 1.1. Junta Consultiva de Contratación Administrativa.— 1.2. Órganos consultivos CCAA.- 1.3. Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública.— 1.4. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.— 1.5. La Oficina Independiente de Evaluación.— 2. REGISTROS OFICIALES.— 2.1. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.— 2.2. Registro de Contratos del Sector Público.— 3. EL CONTROL EXTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.— 3.1. Tribunal de Cuentas.— 3.2. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea.— 3.3. Otros Órganos de Control Externo.— III. CONCLUSIONES.— IV. RECOMENDACIONES.

“El control de la contratación pública no es un gasto, es una inversión”
(J.M. Gimeno Feliú, Cuenca 2018)

I. INTRODUCCIÓN.

La regulación normativa, como expresión última de la voluntad de una sociedad en autorregularse supone que ha de atender a la situación de la realidad impuesta por las circunstancias en las que se encuentre. En este marco de referencia podemos incardinar, en el seno de la Unión Europea, la *gran ampliación* hacia el Este operada en 2004¹⁴¹, el advenimiento de la mayor crisis financiera conocida en occidente y los pertinaces casos de corrupción que han irrigado toda la Unión; atendiendo a que el gasto público se canaliza mayoritariamente por medio de la contratación pública (junto con la actividad subvencional), han obligado a poner el acento en el control de la contratación¹⁴² como instrumento garante (en la medida de lo posible) de la eficiencia del gasto público.

1. CONCEPTO GENERAL DE CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El control de la contratación pública supone un importante grado de madurez democrática porque sirve para justificar al contribuyente, pagador último, el buen o mal uso del erario. Así, en la propia Constitución Española —CE— (art. 103) se establece que: “La

¹⁴¹ El 1 de mayo de 2004, se incorporaron a la UE 10 países (República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia), la mayor ampliación de toda su historia, a pesar de que dos países se quedaron fuera (Rumania y Bulgaria) por no cumplir los criterios de cohesión (su incorporación se retrasó hasta 2007).

¹⁴² Desde este momento debemos poner de manifiesto que el contrato no termina con su formalización, debiéndose contemplar la ejecución y liquidación como partes esenciales del mismo.



Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” y la contratación en la que actúa como poder adjudicador esa Administración Pública debe ser objeto esencial de este control. Por medio de la contratación pública se despliegan actividades de estrategia, se interviene en el mercado y se desarrollan políticas públicas (igualdad entre mujeres y hombres¹⁴³, medioambientales, de integración de discapacitados¹⁴⁴, de modulación del mercado, etc.).

La anterior afirmación constitucional ha sido desarrollada por medio del art. 7.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, al establecer que *“La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público”*. Esto otorga a la contratación pública una naturaleza poliédrica que hace necesarios procedimientos de fiscalización y auditoría pública tan amplios como para impedir que algún aspecto escape al control, debiendo tener presente una serie de principios informadores de la actividad de gasto a través de la

¹⁴³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece en su art. 4 que *“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*.

¹⁴⁴ Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/18/CE y 2014/24/UE (en vigor, con alcance limitado, desde el 18.04.2016).

contratación¹⁴⁵ y debiéndose observar tal control desde la doble perspectiva del control interno del poder adjudicador y el control externo.

1.1. El Control Interno.

Las Directrices para las normas de control interno de la *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) define este tipo de control como una estructura compuesta por el conjunto de planes, métodos, procedimientos y otras medidas (incluyendo la actitud de la Dirección)¹⁴⁶ que posee una institución para ofrecer una garantía razonable de que se cumplan los objetivos vinculados a la eficiencia económica, la protección del erario y al cumplimiento normativo.

1.2. El Control Externo.

Respecto del control externo de la contratación pública, existe una especialidad; se trata de los Tribunales de Recursos Contractuales¹⁴⁷ a través de un recurso

¹⁴⁵ Básicamente, nos estaríamos refiriendo a los principios de *libertad de acceso a la licitación* (conurrencia), de *publicidad* adecuada y suficiente, de *transparencia* del procedimiento y de *no discriminación* e igualdad de trato.

¹⁴⁶ El control interno de la contratación pública se ejecutará por medio de la Función interventora, el Control financiero permanente y la Auditoría Pública.

¹⁴⁷ En algunas CCAA sus funciones las asumen las denominadas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y en otras son órganos separados. Otras CCAA suscriben convenios con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para que sean resueltos por éste en su ámbito territorial.



especial¹⁴⁸ establecido 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).

Dentro del control externo propiamente dicho, nos encontramos con multitud de órganos (a algunos de ellos nos referiremos más adelante):

a) Control jurisdiccional: Al que se someterán todos los actos y disposiciones de los órganos de contratación una vez agotada la vía administrativa. Pudiendo ser los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo (para resolver sobre actos puramente administrativos en el procedimiento de contratación ordinaria¹⁴⁹) o del orden Civil (cuando se trate de controversias sobre contratos privados sobre actos posteriores a la adjudicación, así como todos los actos del expediente cuanto el órgano de contratación no tenga la consideración de Administración Pública. También los actos de financiación privada en el contrato de concesión de obra pública¹⁵⁰).

¹⁴⁸ Por la vía del Recurso Especial en Materia de Contratación (art. 44 y ss LCSP).

¹⁴⁹ Ver Art. 25, Ley 29/1998, 13 julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹⁵⁰ Arts. 253-260, RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aún vigentes).

b) Tribunal de Cuentas¹⁵¹ y Tribunal de Cuentas de la Unión Europea¹⁵².

c) Otros Órganos de Control Externo. Hace referencia principalmente a los órganos de control creados por las CC.AA.

II. GOBERNANZA Y CONTROL EN LA LCSP.

Una vez visto el entorno de control en la contratación pública, debemos poner el foco en las medidas de control que manifiesta la LCSP, entendiendo como tal tanto los órganos consultivos, los registros oficiales que favorecen ese control y los órganos de control externos propiamente dichos.

1. ÓRGANOS CONSULTIVOS.

Como hemos referido con anterioridad, la creciente complejidad de la contratación pública y sus imbricadas relaciones con diversos sectores de actividad pública y privada, han supuesto que, en la obligada transposición de las Directivas europeas de cuarta generación sobre la gobernanza de la contratación pública por medio del Capítulo III del Título I del Libro IV (arts. 328 a 334) LCSP, se articulen una serie de órganos cuya principal función sea el control, análisis y asesoramiento en esta vasta materia. Tal relevancia alcanza esta cuestión que estos preceptos saltaron (inanemente, dicho sea de

¹⁵¹ Art. 136 CE, Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

¹⁵² «*La fiscalización, o control de cuentas de la Unión, será efectuada por el Tribunal de Cuentas*» (TFUE, artículo 285).
www.eca.europa.eu



paso) la *vacatio legis* general de la ley y entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (a diferencia de la práctica totalidad del texto, que lo hizo a los 4 meses).

1.1. Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La JCCA es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública de todo¹⁵³ el sector público estatal. Es un órgano colegiado con composición abierta a la participación del sector privado, adscrito al Mº de Hacienda y Función Pública, al que serán de aplicación las disposiciones relativas a órganos colegiados de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACA). Con las funciones establecidas en el art. 328 LCSP, así como la elaboración de un informe cada tres años¹⁵⁴ referido a todos los poderes adjudicadores, respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos sujetos a regulación armonizada.

1.2. Órganos consultivos CCAA.

Al igual que lo referido para la JCCAE, y sin perjuicio de sus competencias, los órganos consultivos en materia de contratación pública que creen las Comunidades Autónomas¹⁵⁵ ejercerán su competencia en su respectivo

¹⁵³ Incluidos los que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Disp. Adic. Octava LCSP).

¹⁵⁴ Los informes serán remitidos a la Comisión Europea en los quince días que siguen a su adopción.

¹⁵⁵ En la actualidad existen los siguientes órganos consultivos regionales (por orden alfabético):

ámbito territorial, en relación con la contratación de las Entidades que integren el sector público autonómico y, de establecerse así en sus normas reguladoras, de las Entidades Locales incluidas en el mismo.

1.3. Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública.

Se encuentra integrado en la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para asumir, en ejercicio de sus competencias, compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones Públicas, conforme a los principios del artículo 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

-
1. ANDALUCIA (Comisión Consultiva de Contratación Pública)
 2. ARAGÓN (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 3. CASTILLA Y LEON (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Castilla y León)
 4. CATALUÑA (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 5. EXTREMADURA (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 6. GALICIA (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 7. ISLAS BALEARES (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 8. ISLAS CANARIAS (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 9. MADRID (Junta Consultiva de Contratación Administrativa)
 10. MURCIA (Junta Regional de Contratación Administrativa)
 11. NAVARRA (Junta de Contratación Pública)
 12. VALENCIA (Junta Superior de Contratación Administrativa)
 13. PAÍS VASCO (Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi)



1.4. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

La OIReSuC es una de las grandes novedades de la LCSP, la cual, por medio de su art. 332, la crea como órgano colegiado de los previstos en el art. 19 LRJSP, 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 en todo el territorio nacional¹⁵⁶. La Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional, en la cual se integrará la preexistente Oficina Nacional de Evaluación (ONE). Estará integrada por un presidente y cuatro vocales que no podrán solicitar ni aceptar instrucciones¹⁵⁷ de ninguna entidad pública o privada. Reglamentariamente se establecerá¹⁵⁸ el nivel administrativo del titular de la presidencia y demás miembros¹⁵⁹ de esta. El presidente¹⁶⁰ y los demás

¹⁵⁶ “Las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación” (art. 332.12 LCSP).

¹⁵⁷ A efectos puramente organizativos y presupuestarios, la Oficina se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

¹⁵⁸ Ya ha sido establecida por Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017.

¹⁵⁹ Durante el desempeño de sus cargos, estarán sujetos a los arts. 13, 14 y 15 de la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Admón. General del Estado.

¹⁶⁰ Resolución de 10 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se nombra como presidente de la OIReSuC a Dña. María José Santiago Fernández.

miembros serán designados por el Consejo de Ministros por un periodo improrrogable de seis años¹⁶¹.

Como actividades, en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 332.6 LCSP, la OIRESuC: aprobará, a propuesta del Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, la Estrategia Nacional de Contratación Pública¹⁶² vinculante para el sector público. También podrá: realizar encuestas e investigaciones, remitir informes (a la vista del resultado de las anteriores), aprobar instrucciones (obligatorias en términos generales) fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación y, por último, elaborar estudios relativos sus funciones.

La OIRESuC elaborará un *informe de supervisión* que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada tres años. Asimismo, elaborará un *informe anual*¹⁶³ que recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de

¹⁶¹ No obstante, la primera renovación parcial será a los tres años del nombramiento.

¹⁶² "...es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público... Tendrá un horizonte temporal de cuatro años..." (art. 334 LCSP).

¹⁶³ También remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre sus actuaciones.



supervisión¹⁶⁴ realizada por las administraciones competentes.

1.5. La Oficina Nacional de Evaluación.

La Oficina Nacional de Evaluación —ONE—, órgano colegiado integrado en la OIRESuC, tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, incluidos los de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan creado su propia oficina. Por lo que, con carácter previo a la licitación de estos contratos, evacuará informe preceptivo¹⁶⁵ en los casos establecidos en el art. 333.3 LCSP.

2. REGISTROS OFICIALES.

2.1 Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.¹⁶⁶

El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público —ROLECSP— tiene por objeto la inscripción de los datos y circunstancias que resulten

¹⁶⁴ La función de supervisión se realizará sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado y a las que, en su ámbito territorial, correspondan a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local.

¹⁶⁵ Los informes previstos evaluarán si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario.

¹⁶⁶ www.registrodelicitadores.gob.es

relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con los poderes adjudicadores del sector público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del sector público (art. 337 LCSP). Reglamentariamente se establecerán el procedimiento y requisitos para la inscripción de dichos datos y circunstancias¹⁶⁷. Por ello estará interconectado y será interoperable con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado¹⁶⁸ que tendrá carácter subsidiario.

En el ROLECSP, que será público y se podrá acceder de forma abierta, previa identificación, contando con un buscador que facilite su uso (art. 344 LCSP), se harán constar de oficio¹⁶⁹ los datos relativos a las clasificaciones otorgadas a los empresarios por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹⁷⁰. Del mismo modo, en los casos en que con respecto a la empresa de cuya clasificación se trate, no constasen inscritas en el ROLECSP los datos correspondientes a la personalidad jurídica y la capacidad de obrar, así como

¹⁶⁷ El art. 339.2 LCSP ha sido desarrollado por Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del ROLECSP.

¹⁶⁸ En caso de discrepancia entre los poderes inscritos, prevalecerá el inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público —ROLECSP— frente a los inscritos en cualquier otro registro de apoderamientos.

¹⁶⁹ "...por el órgano del Ministerio de Hacienda y Función Pública designado para su llevanza..." (Art. 340 LCSP).

¹⁷⁰ Asimismo, se harán constar las otorgadas por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, siempre que no resulten contradictorias.



los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales¹⁷¹ se inscribirán estas de oficio¹⁷², si bien con carácter potestativo para los operadores económicos¹⁷³, en este registro podrán constar los datos y circunstancias acreditadas por los empresarios.

Todas las inscripciones practicadas en el ROLECSP (sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas podrán llevar sus propios Registros de licitadores y empresas clasificadas) tendrán, sin distinción alguna, los mismos efectos acreditativos y eficacia plena frente a todos los órganos de contratación del Sector Público (art. 340.3 LCSP).

2.2. Registro de Contratos del Sector Público.

El Ministerio de Hacienda y Función Pública mantendrá un Registro de Contratos del Sector Público –RCSP–, en el que se inscribirán los datos básicos¹⁷⁴ de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público sujetas a esta Ley (art. 346 LCSP). El RCSP constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en

¹⁷¹ Art. 339.1. a y c LCSP.

¹⁷² Lo mismo ocurrirá con los datos relativos a las prohibiciones de contratar (art. 73.2 LCSP). Así como las que se inscriban en los registros regionales.

¹⁷³ "...la inscripción en los Registros de licitadores y empresas clasificadas es voluntaria para los empresarios..." (art. 342 LCSP).

¹⁷⁴ A saber: a) La identidad del adjudicatario, b) El importe de adjudicación de los mismos, junto con el desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido, c) Igualmente comunicarán, en su caso, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos.

España, por lo que su información deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional, facilitando de modo telemático el acceso¹⁷⁵ a sus datos a los órganos de las Administraciones Públicas que legítimamente lo precisen.

3. EL CONTROL EXTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

3.1. Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas –TCu–, tiene su anclaje el art. 136 CE¹⁷⁶ como supremo órgano fiscalizador de cuentas y de la gestión económica del Estado, habiendo extendido sus funciones a todo el sector público (incluso la OIRESuC, ex art. 332.4 LCSP) por mor del art. 1.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y determinando sus funciones fiscalizadoras como de “...*carácter externo, permanente y consultivo y se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos...*” en el art. 27.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento

¹⁷⁵ Asimismo, de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan carácter confidencial y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet.

¹⁷⁶ Art. 136.1 CE. “*El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*”.



del Tribunal de Cuentas, además de en otras leyes específicas. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas de las Comunidades Autónomas previstas en sus Estatutos.

Su cometido principal en el ámbito de la contratación pública, además de considerársele poder adjudicador a los efectos de la LCSP para sus adquisiciones (Disp. Adic. 44ª), es la fiscalización externa, para lo cual la LCSP prevé, por el art. 335, la remisión al TCu de los documentos de formalización de los contratos adjudicados y un extracto del expediente, incluso los contratos celebrados en el extranjero (Disp. Adic. 1ª.1.e LCSP).

3.2. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea.

«La fiscalización, o control de cuentas de la Unión, será efectuada por el Tribunal de Cuentas» (TFUE¹⁷⁷, artículo 285)

El Tribunal de Cuentas de la Unión Europea es una institución propia de la Unión Europea, cuyo cometido es, básicamente, la fiscalización de las finanzas de la Unión. La finalidad del Tribunal ha sido mejorar la forma de gestionar las finanzas de la Unión y contribuir a la rendición pública de cuentas por lo que respecta a los ingresos y gastos del presupuesto de la UE a través de la fiabilidad y el asesoramiento.

3.3. Otros Órganos de Control Externo.

El hecho de que diferentes Estatutos de Autonomía contemplaran la existencia de órganos propios de fiscalización externa de sus cuentas avocó a la creación

¹⁷⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

de los Órganos de Control Externo Autonómicos (OCEx)¹⁷⁸, los cuales no ejercen competencias de naturaleza jurisdiccional (función exclusiva del TCu)¹⁷⁹. Sus funciones en materia de contratación pública se resumen en asumir el papel del TCu en el territorio regional de que se trate.

III. CONCLUSIONES.

La LCSP hace una apuesta decidida por aumentar el control de la contratación pública, si bien resulta muy discutible el momento procedimental en el que se pone el foco, pues aumentar la presión sobre el gestor de contratos no reducirá significativamente la corrupción en este ámbito a la vista del pequeño porcentaje de

¹⁷⁸ Solo vamos a enumerar aquí los OCEx regionales que existen, sin desarrollar cada uno de ellos, por exceder de la pretensión del presente apartado:

1. Cámara de Comptos de Navarra
2. Sindicatura de Comptes de Catalunya
3. Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana
4. Consello de Contas de Galicia
5. Tribunal Vasco de Cuentas Públicas
6. Cámara de Cuentas de Andalucía
7. Audiencia de Cuentas de Canarias
8. Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid
9. Sindicatura de Comptes de les Illes Balears
10. Consejo de Cuentas de Castilla y León
11. Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
12. Cámara de Cuentas de Aragón

Hay otras 5 Comunidades Autónomas que carecen de OCEx, por lo que su cometido lo asume directamente el Tribunal de Cuentas, estas son: Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja y Murcia.

¹⁷⁹ Pero si pueden llevar a cabo la instrucción previa de los procedimientos cuando así se delegue por el TCu.



funcionarios gestores implicados en causas judiciales sobre corrupción. La ley también racionaliza la gobernanza de la contratación pública desde el desafío de dotarla de independencia en aras de la eficiencia y la agilidad.

Sin embargo, lo que se prometían 'luces' de la contratación ha quedado ensombrecido por la realidad, contaminada por la inestabilidad política y debilitada por una serie de hechos reales que han derivado en una timorata iniciativa de hacer cosas efectivas en esa dirección.

El 'mirlo blanco' de la nueva ley, la OIReSuC, a más de un año de su entrada en vigor no ha ido más allá del papel. A pesar de haber entrado en vigor su regulación antes que el resto de la norma y de haber nombrado como presidente de la misma a una persona muy capaz, la cual ha trabajado contra reloj para designar a sus vocales (en algunos casos con grandísimo acierto); lo cierto es que no se ha puesto en marcha plenamente, con la rémora añadida de hacerse cargo de un órgano preexistente (la ONE) con un retraso acumulado en resolución de expedientes muy anterior a su efectiva instrumentación.

Similares conclusiones se ciernen sobre la plena contratación electrónica tan cacareada con la entrada en vigor de la LCSP, asociada al cumplimiento de requisitos que a la fecha actual resultan una quimera. Caso flagrante resulta el ROLECSP, sobre el que pivota inexorablemente el llamado procedimiento supersimplificado (simplificado abreviado) del art. 159.6 de la Ley; la falta de medios a disposición de este humilde órgano administrativo, ha supuesto que tras la entrada en vigor de la obligatoriedad de estar inscritos en este registro (art. 159.4.a) tras la *vacatio legis*

cualificada de la Disposición Final 16ª de la propia Ley; la JCCA ha tenido que tomar cartas en el asunto, por medio de su Recomendación de 24 de septiembre de 2018, para evitar la paralización de estos procedimientos, dando marcha atrás en la aplicación de la contratación electrónica y admitiendo la justificación analógica de los requisitos para licitar.

IV. RECOMENDACIONES.

La plena aplicación de la LCSP está hipotecada por la plena implantación de la contratación electrónica, hija natural de la Administración Electrónica; y una voluntad decidida de conseguir un gasto público eficiente. En tanto no funcionen plenamente los registros electrónicos, interoperables e interconectados, que den soporte a una licitación y adjudicación con trazabilidad electrónica que permita la plena implantación de los procedimientos novedosos de la Ley (como el llamado *supersimplificado* y los sistemas dinámicos de adquisición) que permita un control efectivo, ágil y parametrizable del procedimiento de contratación; la fiscalización seguirá siendo una asignatura pendiente, aún después de conseguir la deseable profesionalización y especialización de los órganos de control.

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

Javier Píriz Urueña

Letrado
Consejo Consultivo de Castilla y León
Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de
Castilla y León

RESUMEN: recurso especial en materia de contratación: doctrina de los tribunales sobre algunas cuestiones derivadas de la LCSP. Especial referencia a la presentación electrónica de ofertas.

ABSTRACT: special resource on procurement: doctrine of the administrative courts on some issues arising from the LCSP. Special reference to electronic procurement

PALABRAS CLAVE: recurso especial contratación. Doctrina. Tribunales administrativos. Contratación electrónica.

KEY WORDS: especial resource procurement doctrine administrative courts electronic

SUMARIO: introducción; objeto del recurso: contratos susceptibles de recurso y actos recurribles; plazo de presentación; lugar de presentación; especial referencia a la obligatoriedad de la presentación electrónica de ofertas.



INTRODUCCIÓN

Tras su inclusión *ex novo* en el ordenamiento jurídico español hace casi nueve años por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (motivada por la Sentencia de 3 de abril de 2008, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-444/06), de condena a España por la inadecuada transposición de la Directiva de recursos), la LCSP aborda la regulación del recurso especial en materia de contratación en los arts. 44 a 60 con la inclusión de novedades con respecto al texto refundido de la Ley de Contratos de 2011 (TRLCSP): ha ampliado el objeto del recurso y la legitimación para recurrir, ha modificado reglas sobre plazo, lugar y forma de presentación del recurso y ha suprimido el anuncio previo y la cuestión de nulidad (cuyas causas se han reconducido a la vía del recurso especial).

Esta regulación se completa con el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPE), que precisa algunos aspectos del procedimiento; norma vigente en lo que no se oponga a la LCSP.

Se pretende con este estudio hacer una breve reflexión sobre algunas de las cuestiones más relevantes de la aplicación de la LCSP, en lo relativo al recurso especial en materia de contratación, que se han podido abordar por los tribunales de recursos contractuales, con especial incidencia en lo relativo a la presentación electrónica de ofertas.

OBJETO DEL RECURSO

Como se ha indicado, la LCSP ha ampliado el objeto del recurso especial: por un lado, al reducir sensiblemente el umbral económico de los contratos susceptibles de impugnación por esta vía (antes limitada a los contratos SARA) e incluir los contratos administrativos especiales y los encargos y, por otro, al incrementar el elenco de actos que pueden ser objeto de este recurso (admisión de candidatos y ofertas, modificaciones de contratos, formalización de encargos a medios propios y rescates de concesiones).

1. Contratos susceptibles de recurso.

La reducción de las cuantías de los contratos susceptibles de recurso especial ha ampliado notablemente la posibilidad de acudir a esta vía especial para la defensa de los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas a las que el art. 48 de la LCSP atribuye legitimación para recurrir.

Esta ampliación del objeto del recurso especial, unido a la cada vez mayor especialización de los profesionales del sector privado en materia de contratación pública, ha supuesto un aumento de las impugnaciones y de su complejidad; lo que exige que los tribunales de recursos contractuales se refuercen con los medios materiales y personales precisos para resolver con la exigible calidad jurídica y agilidad procedimental los recursos de que conocen¹⁸⁰.

¹⁸⁰ El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCyL) en su Memoria del año 2017 ya advierte, en su página 6 *in fine*, que la ampliación del ámbito de aplicación del recurso "exigirá una dotación suficiente de medios a los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, para que la garantía de tutela restitutoria que les corresponde siga siendo una realidad". (<https://www.cccyl.es/es/tribunal->



2. Actos recurribles.

Procede hacer varias consideraciones sobre este aspecto:

a) Se establece una limitación para la impugnación de los pliegos y demás documentos contractuales. El art. 50.1.b), *in fine*, de la LCSP dispone que "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

Debe recordarse que, conforme al art. 139.1 de la LCSP, la presentación por el licitador de una proposición supone su aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones recogidas en los pliegos, sin salvedad o reserva alguna, por lo que, en virtud del principio de seguridad jurídica y del principio que impide volver contra los propios actos (*non venire contra factum proprium*), el licitador participante no podría impugnar los pliegos que aceptó y consintió, salvo, claro está, que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, la expresión "con carácter general" utilizada por este precepto permite que, a pesar de haberse presentado la proposición, el recurso pueda, de forma excepcional, admitirse. Como señala el Acuerdo 78/2018, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹⁸¹, "Dado el tenor literal

[administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/memorias-tarccyl\)](#)

¹⁸¹ En el Acuerdo 78/2018, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se admite el

del precepto, en el que se señala que con carácter general no se admitirá el recurso en esos casos, salvo lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho, parece deducirse que el legislador pretende que se analice el caso concreto y las circunstancias concurrentes, especialmente para concretar si se está ante un supuesto de denuncia de vicios de nulidad de pleno derecho”.

Por tanto, ha de concluirse que tal limitación, prevista “con carácter general”, no será aplicable cuando así resulte de las circunstancias del caso concreto (en particular, causas de nulidad de pleno derecho), en cuyo caso el tribunal podrá admitir el recurso interpuesto y analizar el fondo de la cuestión¹⁸².

recurso, al concluir que “sin necesidad de entrar a valorar si concurre en este momento una causa de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, caso en el que sin duda cabría entrar a conocer el fondo del asunto dado que los vicios de nulidad son vicios de orden público, este Tribunal considera que el presente caso con las circunstancias antes descritas, constituye un supuesto especial para admitir el recurso y exceptuar la aplicación la regla general establecida por el artículo 50.1.b) de la LCSP, en virtud del principio *pro actione*”.
(<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/ACTA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1037850813636>)

¹⁸² Así, la Resolución 104/2018, de 22 de octubre, del TARCCyL, que admitió el recurso de un licitador frente a los pliegos y anuló estos por exigir la presentación de ofertas únicamente en papel. Dicha resolución analiza también el carácter de ley especial de la LCSP frente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre.
(<https://www.cccyl.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leo/resoluciones-tribunal/resoluciones-ano-2018/resolucion-104-2018>)



b) En cuanto a la impugnación de modificaciones de contratos y de rescates de concesiones (como forma de resolución del contrato), dado que en algunos casos estos acuerdos del órgano de contratación exigen el previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, es preciso que en aquellos supuestos en que el tribunal de recursos esté adscrito al órgano consultivo autonómico correspondiente (caso de las Comunidades Autónomas de Castilla y León y de Extremadura) se aprueben las disposiciones legales precisas para que pueda garantizarse la debida imparcialidad del tribunal en la resolución de los recursos que se interpongan frente a dichos actos¹⁸³.

c) En relación con la impugnación de encargos a medios propios, cabe citar la Resolución 1156/2018, de 17 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)¹⁸⁴, que aborda la naturaleza de los encargos, que se configura como “técnica auto-organizativa de cooperación vertical”, y se analizan los requisitos legales recogidos en el art. 32 de la LCSP: conceptualización propia del encargo (art. 32.1), control sobre el medio propio (art. 32.2.a), actividad del medio propio (art. 32.2.b y 32.4.b), exclusión de capital privado (art. 32.2.c y 32.4.c) y reconocimiento expreso en los estatutos o norma de creación (art. 32.2.d y 32.4.d), aspectos todos ellos desarrollados más extensa en otro de los trabajos de esta revista.

d) Finalmente, el listado contemplado en el art. 44.2 de la LCSP no puede considerarse como *numerus clausus*, y

¹⁸³ El TARCCyL, en su Memoria del año 2017 (página 7), advierte de esta circunstancia.

¹⁸⁴[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%201084-2018%20\(Res%201156\)%2017-12-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%201084-2018%20(Res%201156)%2017-12-2018.pdf)

ello porque el art. 1.1 de la Directiva de recursos considera recurrible toda decisión adoptada por los poderes adjudicadores que puedan infringir el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o la normativa nacional que la trasponga, lo que impide optar por una interpretación restrictiva de estos actos. Por ello, también podrá ser objeto de este recurso, por ejemplo, la renuncia a la celebración del contrato¹⁸⁵, el

¹⁸⁵ La Resolución 189/2017, de 17 de febrero, del TACRC, admite un recurso especial interpuesto contra la renuncia a un contrato (vigente el TRLCSP) y analiza los requisitos para que pueda acordarse la renuncia a un contrato. ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200056-2017%20GA%209-2017%20\(Res%20189\)%2017-02-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200056-2017%20GA%209-2017%20(Res%20189)%2017-02-2017.pdf)). En igual mismo sentido, las resoluciones del TACRC nº 507/2016, de 24 de junio ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200428-2016%20\(Res%20507\)%2024-06-2016.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200428-2016%20(Res%20507)%2024-06-2016.pdf)), y 400/2017, de 5 de mayo ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200233-2017%20CAN%2010-2017%20\(Res%20400\)%2005-05-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200233-2017%20CAN%2010-2017%20(Res%20400)%2005-05-2017.pdf))



desistimiento del procedimiento de licitación¹⁸⁶ o la resolución por la que se declara desierta una licitación¹⁸⁷.

¹⁸⁶ La Resolución 1125/2018, de 7 de diciembre, del TACRC, admite un recurso especial frente a un acuerdo de desistimiento del procedimiento de licitación, en cuanto "acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento", y analiza, con cita de varias resoluciones, los requisitos para que pueda acordarse el desistimiento. ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%201127-2018%20IB%2077%20\(Res%201125\)%2007-12-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%201127-2018%20IB%2077%20(Res%201125)%2007-12-2018.pdf)). También puede verse la Resolución 1072/2018, de 23 de noviembre, del TACRC ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200804-2018%20\(Res%201072\)%2023-11-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200804-2018%20(Res%201072)%2023-11-2018.pdf))

¹⁸⁷ En muchos casos la declaración de desierta de una licitación deriva de la exclusión de todas las ofertas. Así, resoluciones del TACRC 1151/2015, de 18 de diciembre ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201158-2015%20\(Res%201151\)%2018-12-15.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%201158-2015%20(Res%201151)%2018-12-15.pdf)), 988/2016, de 2 de diciembre ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200850-2016%20CLM%2050-2016%20\(Res%20988\)%2002-12-2016.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200850-2016%20CLM%2050-2016%20(Res%20988)%2002-12-2016.pdf)) o 1128/2017, de 24 de noviembre ([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%201086-2017%20\(Res%201128\)%2024-11-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%201086-2017%20(Res%201128)%2024-11-2017.pdf))

PLAZO DE PRESENTACIÓN

El art. 50.1 de la LCSP mantiene el plazo de 15 días hábiles para interponer el recurso, si bien introduce ciertas novedades sobre el cómputo del plazo:

- a) Cuando el recurso se interpone frente al anuncio de licitación, los pliegos y demás documentos contractuales, las modificaciones¹⁸⁸ o los encargos¹⁸⁹, la LCSP fija como *dies a quo* el siguiente al de la publicación del acto que se impugna en el perfil de contratante (siempre que se cumpla lo previsto en el art. 347.5 de la LCSP), con las especialidades que se recogen en el art. 50.1.b) de la LCSP para el recurso frente a los pliegos y demás documentos contractuales, que liga el inicio del cómputo del plazo a la posibilidad de acceso al contenido de dichos documentos.
- b) Cuando el acto recurrido sea la adjudicación, el cómputo se inicia el día siguiente al de su notificación a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP (ya no se atiende a la fecha de la remisión de la notificación, como se preveía en el TRLCSP).
- c) Cuando se recurran actos de trámite (cualificados) y actos dictados en un procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se inicia desde el día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la

¹⁸⁸ La modificación debe publicarse en el plazo de cinco días (naturales) desde su aprobación (artículo 207.3, párrafo segundo, de la LCSP)

¹⁸⁹ Los artículos 32.6.b) y 63.6 de la LCSP exigen la publicación de su formalización en la plataforma de contratación que corresponda y en el perfil de contratante, si bien no se indica un plazo para hacerlo.



posible infracción (la LCSP mantiene el mismo cómputo de plazo que el TRLCSP).

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

No obstante, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad del art. 39 de la LCSP (antigua cuestión de nulidad), el art. 50.2 mantiene como plazos para interponer el recurso el de 30 días desde la publicación de la formalización y el de seis meses desde la formalización, según los casos.

LUGAR DE PRESENTACIÓN

El art. 51.3 de la LCSP permite que el recurso pueda presentarse, no solo en el registro del órgano de contratación o en el del tribunal de recursos (como "necesariamente" exigía el TRLCSP), sino también en los lugares previstos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, acogiendo, por tanto, la regla general sobre lugares de presentación prevista en esta última norma.

No obstante, al objeto de favorecer la agilidad en la admisión y resolución del recurso, si éste no se presenta en el registro del órgano de contratación o en el del tribunal de recursos, la LCSP exige que se comunique al tribunal de recursos "de manera inmediata y de la forma más rápida posible" que se ha presentado el recurso en aquellos lugares. Sobre quién debe ser el obligado a comunicar este hecho (el recurrente o el registro en el que se presente el recurso) la doctrina no es unánime: mientras algunos tribunales de recursos, como el TACRC,

interpretan que esta obligación compete al recurrente¹⁹⁰, alguno, como el TARCCyL¹⁹¹ (en línea con algún autor¹⁹²), considera que dicha comunicación inmediata debe realizarla el registro en el que se presente el recurso.

ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGATORIEDAD DE LA PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE OFERTAS¹⁹³

Una de las cuestiones abordadas recientemente por algunos tribunales de recursos contractuales es la relativa a la obligatoriedad de la presentación electrónica

¹⁹⁰ Resolución 620/2018, de 29 de junio
([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200538-2018%20VAL%20134-2018%20\(Res%20620\)%2029-06-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200538-2018%20VAL%20134-2018%20(Res%20620)%2029-06-2018.pdf))

o Resolución 907/2018, de 5 de octubre
([http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200823-2018%20\(Res%20907\)%2005-10-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200823-2018%20(Res%20907)%2005-10-2018.pdf))

¹⁹¹ La Memoria del TARCCyL correspondiente al año 2017, páginas 13, *in fine*, y 14, considera responsable de dicha comunicación al titular del registro en el que se presentó el recurso.

¹⁹² Fernández Acevedo, Rafael. Revista de Contratación Administrativa Práctica nº 153 (enero-febrero 2018), página 150.

¹⁹³ Sobre esta cuestión, es interesante el post de Charo Delgado: "Valoración general de la actividad de los Tribunales de Contratación con la entrada en vigor de la Ley 9/2017. Caso particular de la contratación electrónica", disponible en <https://lapartecontratante.blog/2018/10/23/variacion-general-de-la-actividad-de-los-tribunales-de-contratacion-con-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-9-2017-caso-particular-de-la-contratacion-electronica-por-charo-delgado/>



de ofertas; en concreto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en varias resoluciones y el TARCCyL en su Resolución 104/2018, de 22 de octubre.

La D.A. 15ª de la LCSP prevé en su apartado 3, párrafo primero, que “La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”.

Tanto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como los tribunales de recursos mantienen el carácter obligatorio de la presentación electrónica de ofertas desde la entrada en vigor de la LCSP, salvo que concurra alguna de las circunstancias recogidas en la D.A. 15ª y así se justifique debidamente por el órgano de contratación. Y ello porque la D.A. 15ª transpone el artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a la presentación electrónica de ofertas. En el considerando 52 de la Directiva se señala, además, que “debe hacerse obligatoria (...) -tras un período transitorio de 30 meses- una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas”.

El artículo 90.2 de la Directiva permitía a los Estados miembros diferir hasta el 18 de octubre de 2018 la aplicación del citado artículo 22.1, esto es, la obligatoriedad de exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas. Sin embargo, la LCSP no solo no ha contemplado aplazamiento alguno para dicha obligación, sino que ha previsto de manera expresa la entrada en vigor de su D.A. 15ª desde el 9 de marzo de 2018.

El problema radica en la interpretación, y sobre todo en la posible aplicación, de las excepciones a dicha obligación, previstas en el párrafo segundo del apartado 1, que permite a los órganos de contratación no exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas:

- a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.
- b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.
- c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.
- d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.

A lo que añade en su inciso final que “los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos”; inciso este que está en consonancia con lo previsto en el art. 336.1.h) de la LCSP que obliga a los órganos de



contratación a redactar un informe escrito sobre cada contrato, en el que se incluirá, al menos, “En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas”.

El apartado 4 de la D.A. 15ª establece que “Los órganos de contratación tampoco estarán obligados a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido expresado en el apartado 7 de la presente disposición adicional. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos”.

La controversia se ha suscitado, sobre todo, en relación con la concurrencia de las excepciones recogidas en las letras a) y c) del apartado 3.

A) Algunas resoluciones han declarado contrario a derecho la presentación de ofertas en papel, al considerar que no estaba justificada en el expediente la concurrencia de ninguna de las excepciones enumeradas en el apartado 3 de la D.A. 15ª. Cabe citar las siguientes:

- La Resolución 632/2018, de 29 de junio, del TACRC, anuló unos pliegos que permitían presentar en papel los documentos relativos a la licitación, al no estar justificada la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en la LCSP ni haberse invocado

- su existencia por el órgano de contratación. En el mismo sentido, la Resolución 861/2018, de 1 de octubre, del TACRC.
- La Resolución 808/2018, de 14 de septiembre, del TACRC, dictada en un recurso frente a una adjudicación, declaró que no es válida “la presentación de ofertas en papel, por aplicación del principio de concurrencia, unido a la necesidad de evitar que se puede admitir la presentación de ofertas extemporáneas, como consecuencia de la presentación de las mismas en un formato papel, cuando toda la legislación y el pliego de ese contrato, obligan a la presentación de ofertas en formato electrónico”.
 - La Resolución 104/2018, de 22 de octubre, del TARCCyL, rechazó la concurrencia de la excepción prevista en la letra c), al señalar que “las alegadas dificultades para la implantación de la contratación electrónica en el plazo previsto por la LCSP, aunque comprensibles y reales, no pueden obstar la aplicación de la LCSP ni tampoco imponen, de facto, la utilización de una determinada plataforma electrónica” y que la presentación electrónica de ofertas “no exige «equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación», sino, al contrario, la LCSP obliga a que los órganos de contratación dispongan de herramientas y sistemas que, con los requisitos específicos exigidos en la disposición adicional decimoséptima de la LCSP, permitan la presentación de ofertas por medios electrónicos”. En sentido similar, las Resoluciones 869/2018, de 1 de octubre, y 1077/2018, de 23 de noviembre, del TACRC.
 - La Resolución 1023/2018, de 12 de noviembre, del TACRC, consideró ajustada a derecho la inadmisión de



la oferta de la recurrente “porque su presentación en papel, aun dentro de plazo, infringe la exigencia de presentación electrónica impuesta para todos los licitadores en el PCAP”, ya que “Lo contrario implicaría, además de una clara contravención del Pliego, un injustificado trato de favor a favor de la empresa recurrente y una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en los que se fundamenta la contratación pública”.

B) Otras resoluciones del TACRC, en cambio, han admitido la presentación de ofertas en formato papel por considerar justificada la excepcionalidad:

- Resolución 931/2018, de 11 de octubre: aprecia imposibilidad material de utilización de medios electrónicos por un municipio de pequeña población, además de que “dicha carencia no perjudica en absoluto a la recurrente ni a los restantes licitadores, que podrán siempre presentar sus ofertas de forma presencial, no lesionándose por tanto derecho alguno de los licitadores”.
- Resolución 1007/2018, de 2 de noviembre: reitera el mismo criterio.
- Resolución 1053/2018, de 16 de noviembre: admite la concurrencia de una imposibilidad técnica, alegada por el órgano de contratación (si bien no se trataba de un pequeño municipio), y resuelve en los mismos términos de la Resolución 931/2018.
- Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre: aprecia la insuficiencia técnica del Ayuntamiento contratante: “Bien es verdad que quizás el equipo requerido no es un equipo ofimático especializado, pero lo cierto es que el órgano de contratación no dispone de la infraestructura adecuada para asegurar el correcto desarrollo del procedimiento con ofertas presentadas

- electrónicamente. Tal principio debe, por tanto, ceder, en pro del principio de eficacia administrativa, (...)”.
- Resolución 1202/2018, de 28 de diciembre: consideró que una oferta presentada, dentro de plazo, en formato papel no podía ser excluida solo por este motivo.

Las resoluciones indicadas ponen de manifiesto que se trata de una cuestión controvertida, no por la obligatoriedad de la presentación electrónica de ofertas, admitida de forma pacífica, sino por la interpretación y aplicación que deba hacerse de las excepciones previstas en la D.A. 15ª. Y ello porque no cabe obviar la realidad, cual es que no son pocas las Administraciones que, quizá por razones económicas u organizativas, quizá por imprevisión o quizá por falta de diligencia en la implantación de medios electrónicos, no disponen de los medios técnicos adecuados para admitir la presentación electrónica de ofertas en los procedimientos de contratación.

CONCLUSIONES

1.- La LCSP ha supuesto un avance en el control de la contratación, no solo respecto a las actuaciones previas a la adjudicación sino también en relación con actos posteriores, como la modificación o el rescate de concesiones; y tal control permite una depuración ágil y profesionalizada de la contratación.

2.- La contratación electrónica es obligatoria desde la entrada en vigor de la LCSP, si bien la interpretación sobre la aplicación de las excepciones a la presentación electrónica de las ofertas adolece de cierta disparidad, por casuística, en las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales.



3.- La necesidad de seguridad jurídica aconseja que se fijen unos criterios homogéneos sobre esta cuestión.

4.- En la nueva D.A. 11ª del proyecto de ley sobre procedimientos de contratación de los sectores especiales (informe de la ponencia publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 28 de enero de 2019¹⁹⁴), se habilitaba al Consejo de Ministros para posponer hasta un máximo de dos años la entrada en vigor de la contratación pública electrónica obligatoria en la licitación de contratos no sujetos a regulación armonizada. No obstante, dicha norma no parece que vaya a ser aprobada en esta legislatura.

194

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-3-3.PDF

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

**BLOQUE VIII:
TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA
PÚBLICA**



Castilla-La Mancha

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

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017¹⁹⁵

Patricia Valcárcel Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. como
Catedrática)
Universidad de Vigo

RESUMEN: Este trabajo estudia la delimitación objetiva del contrato de suministro en la Ley 9/2017.

¹⁹⁵ 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", (Ref: DER2015-67102-C2-2-P). Tiene su origen en uno de los aspectos tratados en el trabajo más amplio VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2018); "La delimitación de los tipos contractuales"; *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir: José María Gimeno Feliú), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 411-475. Sobre la regulación del contrato de suministro en la Ley 9/2017, cfr. asimismo, los completos estudios de LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO; "El contrato de suministro en la nueva ley de contratos del sector público", *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, (Dir: José María Gimeno Feliú), **Aranzadi Thomson Reuters, Navarra**, 2018, pp. 1485-1536 y MELÓN PARDO, CARLOS; "Capítulo LI. El contrato de suministro", *Tratado de contratos del sector público*, (Coord.: Isabel Gallego Córcoles, Eduardo Gamero Casado), Vol. 3, (Tomo III), Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 2665-2708.



ABSTRACT: This paper studies the objective characterization of the supply contract in Law 9/2017.

PALABRAS CLAVE: suministro, bienes muebles, contrato de suministro, contrato público.

KEY WORDS: Supply, movable assets, public contract, supply contract

SUMARIO: 1.- Evolución del contrato de suministro y configuración de sus caracteres básicos en la Ley 9/2017. 2.- Delimitación "negativa" del contrato de suministro. 3.- Delimitación "positiva" del contrato de suministro. 4.- Conclusiones.

1.- EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO Y CONFIGURACIÓN DE SUS CARACTERES BÁSICOS EN LA LEY 9/2017

En la concepción clásica, el hoy contrato público de suministro se presenta como aquel celebrado entre un ente del sector público y un empresario cuyo objeto, esencialmente, consiste en aprovisionar a la parte contratante de bienes de naturaleza mueble, tenga o no que realizar el contratista la provisión de tales bienes de forma periódica.

A diferencia de lo que ocurre con su homónimo en el Derecho privado, donde el contrato de suministro se considera un contrato atípico en tanto que figura prevista solo de manera implícita en el artículo 1452 del Código Civil¹⁹⁶, en el seno del Derecho administrativo español

¹⁹⁶ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, LUIS; "El contrato de suministro"; en *Comentario a la Ley de contratos de las*

desde el mismo momento en que la categoría de los contratos administrativos empezó a tomar cuerpo, al contrato de suministro se le reservó una tipificación autónoma, considerándose un contrato típico o nominado.

Si nos remontamos incluso a antes de que tal concepción hiciese fortuna, explica COSCULLUELA MONTANER, que en nuestro Derecho administrativo moderno el origen de este tipo contractual se remonta al siglo XIX y está relacionado, por lo que a la Administración militar se refiere, con la celebración de contratos para el aprovisionamiento del ejército, y, en cuanto a la Administración civil, con la adquisición de bienes, especialmente de alimentos, con los que cubrir las necesidades de colectivos humanos atendidos en establecimientos públicos¹⁹⁷.

Sin embargo, como en breve tendremos ocasión de comprobar al analizar la conceptualización que de este contrato que ofrece el artículo 16 de la LCSP/2017, su objeto se define actualmente por referencia a una categoría amplia y heterogénea de potenciales prestaciones al ente del sector público que lo celebra, - en origen integradas por acumulación de varias que se

Administraciones públicas (Dir: Rafael Gómez Ferrer Morant) Civitas, 2004, p. 981.

¹⁹⁷ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, LUIS; "El contrato de suministro (...) *opus cit*, p. 984. Estudios completos acerca de este tipo contractual se encuentran también en los trabajos ya clásicos de RIVERO YSERN, JOSÉ LUIS; "El contrato administrativo de suministro", Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976 y LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO; *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, Barcelona, 2000; SOSA WAGNER, FRANCISCO; *El contrato público de suministro*, Civitas, Navarra, 2003.



fueron segregando del contrato de servicios públicos-, cuya nota común descansa en la naturaleza de bienes muebles que jurídicamente se atribuye a dichas prestaciones.

En efecto, pese a la nota común indicada referida al carácter "mobiliario" predicado de la prestación principal de este negocio, el contrato de suministro ha evolucionado hasta convertirse en una figura compleja que puede adoptar modalidades muy dispares entre sí. Esto resulta hoy evidente atendiendo a la amplia presentación que del mismo hace la LCSP/2017 en su artículo 16. Este precepto, tras una definición global del contrato en el apartado 1, enuncia, en sus apartados 2 y 3, una serie de supuestos concretos para declarar si pueden o no incluirse como prestaciones propias de este tipo contractual. El precepto en cuestión dispone que:

"1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el



arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada”.

La definición básica que el legislador español ofrece de este contrato en el apartado 1 del precepto transcrito se acomoda con bastante acierto a la que de este tipo contractual realiza el vigente artículo 2.1.8) de la Directiva 2014/24/UE, que se refiere a los contratos públicos de suministros como aquellos *“cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación”.*

Con todo, abordando un repaso de la normativa europea y española sobre el contrato de suministro apreciaremos la evolución o depuración que progresivamente ha sufrido la tipificación de esta figura.

Por lo que se refiere al Derecho europeo, merece la pena destacar la mucho más escueta y “limitada” presentación que de esta figura hacía la Directiva 77/62/CEE, de



coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, que en su artículo 1.a), delimitaba los contratos de suministro como aquellos *"a título oneroso celebrados por escrito entre un proveedor (persona física o jurídica) por una parte y por otra adjudicadores de los poderes definidos en la letra b) y que se refiere a la entrega de productos. Dicha entrega podrá comprender, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación"*.

La referencia a la *"entrega de productos"* era vaga y jurídicamente poco refinada por lo que ya en las Directivas de segunda generación se optó por recoger un concepto más acabado y concreto del tipo. Ello con la finalidad de evitar que los órganos de contratación pudiesen eludir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las mismas, por ejemplo, redactando contratos que les confiriesen el derecho solo de uso de determinados bienes y productos y, con ello, impedir la calificación de tales negocios como contratos públicos de suministro en el sentido tradicional del término¹⁹⁸. Es así que se dejó claro en ellas¹⁹⁹ que dicha *"entrega"* podía consistir en una compra, pero no necesariamente; esto es, a diferencia de lo que de la literalidad de la normativa española entonces en vigor parecía desprenderse, se

¹⁹⁸ Recuerdan MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, que esta razón última fue reconocida y resaltada por el Abogado General Sr. GULMANN en sus Conclusiones al asunto C-272/1991, Comisión contra Italia, presentadas el 14 de julio de 1993 (Rec. 1994, p. I-1411, apartado 40). Cfr. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO; PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO; *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, p. 271.

¹⁹⁹ Cfr. artículo 1.a) de la Directiva 93/36/CEE y artículo 1.2.c) de la Directiva 2004/18/CE.

aludía en ellas ya expresamente a que la "entrega" no necesariamente tenía que comportar la transferencia de propiedad del bien en cuestión a la entidad contratante, pudiendo abarcar otras posibilidades, tales como el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos²⁰⁰.

Por lo que respecta al Derecho español, en él el contrato de suministro aparecía inicialmente acotado por referencia a la compraventa de bienes muebles. Baste solo recordar que el artículo 83 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, lo presentaba precisamente indicando que "*a los efectos de esta ley se considerará contrato de suministro la compra de bienes*

²⁰⁰ En relación con la definición del contrato público de suministro que han ido haciendo las Directivas de contratación, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas claramente ha asumido el concepto amplio que sanciona de acuerdo con el que resulta indiferente *«que la Administración no adquiera la propiedad del sistema de que se trata hasta el término de las relaciones contractuales con el adjudicatario y que el "precio" de dicho suministro constituya una retribución anual proporcional al volumen de los ingresos. La ampliación (...) de la definición del ámbito de aplicación de la directiva (...) demuestra la voluntad del legislador comunitario de incluir en el ámbito de aplicación de la directiva también el suministro de productos cuya propiedad la Administración no adquiere necesariamente y cuya contrapartida está fijada de manera abstracta»*. Cfr. STJCE de 26 de abril de 1994, Asunto C-272/1991, Comisión contra Italia, Rec. 1994, p. I-1409. Hoy en día, debe tenerse presente que la Directiva 2014/24/UE en su considerando 4 aclara que: "*El concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad a los poderes adjudicadores*".



muebles por la Administración en la que concurra alguna de las siguientes características (...)”, desglosando acto seguido las modalidades que de esta tipología contractual entonces se reconocían.

Como apuntamos, al menos de la configuración literal de este contrato que plasmaba la normativa interna parecía desprenderse que el mismo solo abarcaba la compraventa de bienes muebles -y, además, no de todos²⁰¹-, dejando fuera otras opciones, como el arrendamiento, con o sin opción de compra, que no llevaban aparejada una transmisión de la titularidad.

La sola referencia a la “compra” de bienes muebles en la definición de este tipo contractual y la falta de mención expresa al arrendamiento no estuvo exenta de equívocos. Y si bien en la práctica era posible encontrar ejemplos que evidencian que en España bajo la normativa citada determinados arrendamientos se canalizaron a través de la celebración de contratos de suministro²⁰², -lo que demuestra que el arrendamiento constituía un supuesto típico de contrato de suministro pese a no contar con una mención expresa en la

²⁰¹ La compra de algunos otros bienes muebles excluían de este contrato. En particular era clara la Ley de Patrimonio del Estado de 1964²⁰¹ cuando en su artículo 92 indicaba que: “*La adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para el ornato y decoración de las dependencias oficiales, tendrá lugar mediante concurso, que se regirá por esta Ley salvo cuando tenga la calificación legal de suministro*”.

²⁰² *Cfr.* el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas aprobado por Decreto 2527/1973, de 21 de diciembre.

norma²⁰³⁻, parecía lo más conveniente acercar la redacción de la disposición española a la definición de este contrato ofrecida por el Derecho europeo. Esto ocurrió con la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 172 al tipificar el contrato de suministro se incluyen ya dentro del mismo los arrendamientos de bienes muebles, en los que el empresario arrendador asume durante el plazo de vigencia del contrato la obligación de mantenimiento del objeto arrendado, debiendo fijarse separadamente en el contrato las cantidades derivadas del arriendo de las que, en su caso, debiese satisfacer el ente contratante en concepto de canon de mantenimiento. En esta línea de depuración conceptual, un paso más se dio a través de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que cambia la redacción de dicho precepto para incluir en el marco del contrato de suministro al arrendamiento financiero y al arrendamiento con o sin opción de compra.

Hoy en día, una comparativa entre el artículo 16.1 de la LCSP/2017 y el artículo 2.1.8) de la Directiva 2014/24/UE permite apreciar una sintonía entre ambos en la definición básica del tipo contractual. Ello no obstante, se pueden apuntar dos diferencias. La primera se localiza en la alusión más amplia que hace la norma española refiriéndose a "productos o bienes muebles" y no solo a "productos", lo que de partida no genera problema alguno. La segunda tiene que ver con que el legislador español nuevamente deja fuera de la definición de este contrato la referencia del segundo párrafo del artículo 2.1.8) de la Directiva 2014/24/UE;

²⁰³ Cfr. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO; PLEITE GUADAMILLAS; *Texto Refundido (...) opus cit.* p. 270.



esto es, la relativa a que *“un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesorio, operaciones de colocación e instalación”*. La no inclusión de esta referencia en la definición del contrato de suministros que hace el legislador español, no suscitará normalmente mayores problemas y no significa que el contrato de suministros no pueda comprender dichas actuaciones. Para empezar a esta posibilidad alude expresamente el artículo 76.1 de la LCSP/2017 al regular la concreción de las condiciones de solvencia en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación de los bienes suministrados. Además, en aquellos casos en que en un mismo negocio jurídico se den cita prestaciones que se corresponderían con las propias de distintos tipos contractuales, -en el caso que plantea el segundo párrafo del artículo 2.1.8) de la Directiva 2014/24/UE prestaciones propias del contrato de suministros y del contrato de obras o servicios, según corresponda) la determinación del régimen jurídico al que ha de quedar sometido el negocio en cuestión se concretará aplicando las reglas previstas para los contratos mixtos, ahora fijadas en el artículo 18 de la LCSP/2017 que luego comentaremos. De forma tal que si las otras prestaciones que hayan de realizarse pueden decirse realmente accesorias a los bienes o productos suministrados, el contrato se regirá por las disposiciones que regulan este tipo contractual, -que es en lo que está pensando la Directiva: *“podrá incluir, de forma accesorio”*-, no en otro caso.

En suma, a la vista de lo expuesto, puede apreciarse que el contrato de 2 sigue conservando su esencia originaria, en tanto que recae sobre bienes a los que jurídicamente se reconoce naturaleza mueble, si bien se ha incrementado y matizado la heterogeneidad de lo que pudiera ser su hipotético contenido. Por lo que, a mayores de lo ya explicado, procede analizar con más

detalle la delimitación negativa y positiva que se hace de su objeto en la LCSP/2017.

2.- DELIMITACIÓN "NEGATIVA" DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

Igualmente, por diversas razones, el apartado 2 de este precepto niega de forma particular que haya de reconducirse al contrato de suministro la contratación de ciertos bienes. Indica que además del caso de la adquisición de los programas de ordenador desarrollados a medida al que nos referiremos al glosar el apartado 3, tampoco se calificarán como contratos de suministro los relativos a la adquisición de propiedades incorpóreas o valores negociables. Ello en consonancia con las exclusiones que establece la Ley en su artículo 9.2 sobre "*Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial*".

3.- DELIMITACIÓN "POSITIVA" DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

La LCSP/2017 ofrece en el apartado 3 del artículo 16 un abanico amplio de variedades cuya contratación, en todo caso, debe reconducirse a la celebración del tipo contractual que nos ocupa. Esto es, se identifican una serie de prestaciones específicas que deben estar sometidas al régimen jurídico del contrato de suministro. Se mencionan las mismas variedades que en la regulación anterior, con una pequeña matización en la letra b) y la adición de una nueva letra, la d).

En primer término la letra a) refiere que serán contratos de suministro "*Aquellos en los que el empresario se*



obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

La modalidad a la que se refiere esta primera letra se viene conociendo como “contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario”. En ella tienen cabida aquellos supuestos en los que atendiendo a la naturaleza específica de lo que en cada caso sea el objeto del suministro y a la imposibilidad de cuantificar de antemano y de forma absolutamente cerrada las unidades precisas para satisfacer las necesidades del poder adjudicador, la adjudicación del contrato debe efectuarse a través de precios unitarios. En otras palabras, las entregas concretas que se vayan a realizar quedan subordinadas a las que resulten necesidades efectivas del órgano de contratación, cuya dimensión total y real no se conocen al preparar el procedimiento licitatorio. Por esta razón el presupuesto global de la licitación se señala de forma global, o, en su caso, para cada lote, -si existiese división en lotes-, y se configura como un límite máximo del gasto, eso sí, calculado sobre la base de una estimación previa aproximada de las necesidades de suministro.

Esta modalidad del contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario ya fue regulada en normativas anteriores²⁰⁴. Sin embargo, a través la Ley

²⁰⁴ Así, en el artículo 83.1 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; en el artículo 237.1 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre; en el artículo 173.1 a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas

30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el legislador adicionó a su enunciado que su adjudicación debería efectuarse de acuerdo con las normas previstas para los acuerdos marco celebrados con un único empresario, sin realizar mayores precisiones. Esta referencia se mantuvo hasta la aprobación de la LCSP/2017 en el artículo 9.3.a) del TRLCSP y ahora desaparece. Hemos de felicitarnos por dicha supresión, en tanto que la indicación no había sido especialmente afortunada, y ello por cuanto no parece apropiada la referencia a un instrumento concebido para la racionalización de la contratación, como los acuerdos marco, en la definición misma del tipo de un contrato típico, en este caso el contrato de suministro, no es precisa²⁰⁵. Ello no es óbice, no obstante, para que, en efecto, la instrumentalización concreta de los suministros que se realicen a través de esta modalidad se articulen siguiendo el esquema propio de los acuerdos marco.

De forma ilustrativa, como contratos de suministros que encajarían en esta primera posibilidad puede citarse la adquisición de material médico-quirúrgico del estilo de jeringuillas, apósitos, guantes, etc.; de material básico de oficina; de alimentos para centros públicos - hospitales, colegios o residencias de la tercera edad; etc.

y en el artículo 172.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

²⁰⁵ Al respecto, *cf.* el Informe 2/2015, de 15 de julio, sobre el contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario regulado en el artículo 9.3 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía.



La letra b) incluye a los contratos *“que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios”*.

La contratación del tipo de bienes a los que se refiere esta letra ha evolucionado considerablemente desde que en los años setenta viese la luz el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, por el que se aprobó el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas de tratamiento de la información, y de mantenimiento, arrendamiento y programas, luego complementado por el Decreto 533/1992, de 22 de mayo²⁰⁶.

Qué duda cabe que la adquisición de soluciones y bienes a los que se refiere la letra transcrita, en general, permite la integración y la actualización o mejora de soluciones tecnológicas en la gestión pública que incrementan la eficiencia de la actuación del sector público. El impulso, cada vez más decidido por la implementación de una auténtica *“administración electrónica”*, tanto en el marco de la gestión ordinaria y mucho más especialmente en el caso de la actuación automatizada, no vienen más que a elevar la importancia de los contratos a través de los que se suministra este tipo de bienes.

²⁰⁶ Cfr. **ESCRIHUELA MORALES, FRANCISCO JAVIER; La Contratación del sector público: especial referencia a los contratos de suministro y de servicios**, La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012.

La amplitud de posibilidades en que pueden consistir estas compras, y que se desprende del tenor de la letra que comentamos, hace que la concreción, en la medida de lo posible, si no de los bienes sí de las prestaciones básicas que satisfacen los bienes que pueden comprenderse en cada una de las categorías que se mencionan, resulte especialmente útil y oportuna. A este respecto, eran clarificadoras las definiciones que contenían los artículos 174 de la Ley 13/1995 y 173, del TRLCAP, que pormenorizaban qué debía de entenderse por algunas de las realidades a que se refiere el artículo 16.3.b) de la LCSP/2017 que nos ocupa, y que el operador jurídico podría seguir tomando como referencia. Así, se señalaba que se entendería: a) Por equipos para el tratamiento de la información, las máquinas o conjuntos de máquinas y dispositivos, interconectados o no, capaces de realizar las operaciones necesarias para preparar la utilización de la información a fines determinados; b) Por programa de ordenador, toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado cualquiera que fuese su forma de expresión y fijación; c) Por programación, el conjunto de tareas de concepción, análisis, escritura y prueba de programas, así como las labores de preparación precisas para la puesta en marcha de un servicio y la realización de cuantos trabajos se detallan en el correspondiente pliego de cláusulas particulares; d) Por sistemas para el tratamiento de la información, los sistemas compuestos de equipos y programas capaces de realizar las funciones de entrada, proceso, almacenamiento, salida y control de la información, con el fin de llevar a cabo una secuencia de operaciones con datos.



Antes avanzábamos que dos son las novedades, más bien precisiones, que introduce la LCSP/2017 en comparación con la legislación anterior equivalente. Pues bien, la primera se localiza en esta letra cuando tras la enumeración de las categorías tecnológicas a la que nos hemos referido puntualiza que su adquisición quedará incluida en el ámbito de este contrato *"en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición"*.

La inclusión de dicha matización se produjo en sede de tramitación parlamentaria a instancias del Grupo Parlamentario Socialista, que explicaba su propuesta aludiendo a que el avance de los procesos tecnológicos hace que actualmente el acceso a los programas de ordenador pueda llevarse a cabo en las formas tradicionales, pero también, y cada vez de forma más habitual y extendida, de forma remota, en la nube (*Cloud*). Esto, se razonaba en la enmienda, ha hecho que en la práctica, algunos órganos de contratación hayan mostrado sus dudas sobre si, conforme a la redacción que tenía en el TRLCSP este precepto, la calificación como contrato de suministro pudiera extenderse también a la cesión del derecho de uso de programas de ordenador cuyo acceso es remoto; esto es, cuando el programa está instalado y se ejecuta en la nube (*Cloud*). A este respecto, explicaban con acierto, que la calificación como contrato de suministro o no de los contratos de cesión del derecho de uso de los programas de ordenador no viene determinada por la modalidad de acceso o puesta a disposición del producto que se contrata, sino que deriva conceptualmente de la "cesión del derecho de uso", en definitiva, de la autorización a un tercero distinto del titular de los derechos de propiedad intelectual para el uso de dichos productos. De ahí que, para evitar dudas e interpretaciones erróneas, se sugiriera la inclusión en el artículo 16.3.b) del inciso del que damos cuenta. Este inciso deja claro que

estaremos ante un contrato de suministro con independencia de la modalidad de puesta a disposición que se utilice.

Por último debemos prestar atención a la exclusión -delimitación negativa- que realiza esta misma letra del tipo contractual dejando fuera del mismo la adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, e indicando que su adquisición ha de reconducirse al contrato de servicios.

La justificación de esta diferente calificación del negocio la ha recordado recientemente la JCCA del Estado en su Informe 4/16, de 30 de junio de 2016, sobre "*Calificación jurídica de un contrato de actualización de software*". Explica que este diferente tratamiento obedece a la diferencia fundamental que existe entre un "programa a medida" y un "programa estandarizado". De forma tal que mientras que en el primero el órgano de contratación adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa así como, en la medida en que se adquiere también su código fuente, poder modificar ese programa con cualquier finalidad, en el segundo no. En efecto, con la adquisición de un programa estandarizado, el órgano de contratación no adquiere la propiedad, sino únicamente la licencia de uso del mismo. Por tal razón tampoco tiene derecho a modificarlo, incluso en el caso de que pudiera hacerlo sin el código fuente, ni a enajenarlo.

Al margen de lo anterior, el informe aludido presta asimismo atención a otro aspecto muy interesante. Se le plantea y busca aclarar la naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la actualización (nuevas versiones de productos ya adquiridos) y soporte técnico de software estandarizado. Para contextualizar el alcance del tema al que se refiere, debemos recordar que



en relación con programas estandarizados, el ahora artículo 16.3.b) de la LCSP/2017 se refiere a la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de los mismos, pero no se refiere expresamente a su "actualización". Pues bien, para resolver la cuestión la JCCA realiza un ejercicio interpretativo en orden a determinar si la actualización de programas ya adquiridos, programas de carácter estandarizado, puede equipararse con la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de uso de los mismos y calificarse, por tanto, el contrato a través del que se lleva a cabo como contrato de suministros, o, por el contrario, no puede equipararse y, debe calificarse el negocio como contrato de servicios. Y la respuesta que da la JCCA parte de analizar la complejidad que conlleva conseguir la actualización del programa estandarizado. De tal suerte que si la misma no conllevase ningún tipo de actuación compleja sino tan sólo la mejora, el parcheado o la corrección de fallos (*bugs fixing*) en el programa, cabe entender que dicha actualización forma parte del desarrollo normal de cualquier programa estandarizado del que se venden licencias de uso, tales como sistemas operativos, paquetes de procesamiento de textos, tablas de cálculo, etc. En este supuesto, resultaría difícil sostener la calificación como contrato de servicios del negocio, puesto que el contratista únicamente suministra una nueva versión del programa ya adquirido. Por el contrario, cuando la actualización del programa implicase tareas complejas como la incorporación de nuevas funcionalidades al mismo, la instalación o adaptación de los equipos o sistemas que emplean los programas o incluso la formación del personal destinado a su utilización, sí podría argumentarse la calificación de la actualización como contrato de servicios. Y ello en la medida en que no solamente se entrega el programa sino que también se desarrollan actividades complejas destinadas a su utilización. En este supuesto podríamos

considerar que este contrato tiene elementos propios del contrato de servicios ya que no implica únicamente la actualización del software sino también otra serie de actuaciones adicionales a la anterior.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

El recurso a esta variante del contrato de suministro procederá cuando el suministro preciso lo sea de productos que se no encuentran como tal en el mercado, o cuando sobre los existentes en el mercado deban realizarse adaptaciones con las que el resultado satisfaga las necesidades del órgano de contratación. Las adaptaciones precisas se concretarán habitualmente a través de las prescripciones técnicas que se incluyan en los pliegos que rijan el contrato.

Esta variante del contrato de suministros se viene calificando como un contrato de obra sobre un bien mueble y, por ello, no es extraño que le sean aplicables algunas normas propias tal contrato. El actual artículo 299 de la LCSP/2017 marca los límites de esta aplicación al indicar, al igual que hacia la normativa anterior, que a estos contratos se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que esa aplicación pueda abarcar las normas relativas ni a la publicidad ni al procedimiento de adjudicación, que han de acomodarse, en todo caso, al contrato de suministro.

Dentro de esta modalidad del contrato de suministro



queda comprendido también el supuesto en el que, por ejemplo, el órgano de contratación se obligue a entregar y poner a disposición del contratista determinados materiales, equipos, programas o componentes industriales, con los que haya de realizarse la fabricación del producto o productos requeridos. En tal caso, el contratista no responderá de los defectos pudieran detectarse en dicho material.

Como contratos de suministros que pueden encajar en este tipo pueden proponerse, por ejemplo, el suministro de fabricación de armamento y equipamiento a una Administración pública, el suministro de fabricación de mobiliario escolar o el suministro de fabricación de embarcaciones con ciertas características, etc.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada"

La letra d) de este apartado, es la otra de las "novedades" que incluye este precepto, aun cuando se trata de una novedad relativa, por cuanto la adquisición de energía primaria (gas, petróleo, biomasa, etc.) o transformada (calor y/o frío), por los poderes adjudicadores ya se venía realizando a través de este tipo de contractual, encajándose en la variante sancionada en la letra a).

Que ello era así lo demuestran numerosos pliegos contractuales y algunos Informes y Recomendaciones de JCCA. En este último caso resulta de particular interés²⁰⁷

²⁰⁷ Cfr. también la Recomendación 43/2009 de la JCCA del Estado de 23 de julio de 2009, sobre "modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos"; o el Informe 31/96, de 30 de mayo de 1996 sobre

el Informe 59/05, de 24 de marzo de 2006 de la JCCA del Estado que se refiere en particular a los contratos de suministro de energía eléctrica. En él se explica que, en su día, el artículo 2.3 de la LCE dejaba fuera del ámbito de su ámbito, entre otros supuestos, *"las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos"*. Indicación en la que tenían perfecto encaje los suministros de energía eléctrica. Sucedió que la STJCE de 17 de noviembre de 1993, recaída en el asunto C-71/92, declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las Directivas de contratación entonces vigentes, al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituían una exclusión del campo de aplicación de la legislación nacional sobre contratación pública, citando expresamente el número 3 del artículo 2 de la LCE, anteriormente referido. Consecuencia de ello es que desde la aprobación de la Ley 13/1995 la legislación de contratos, ahora del sector público, omite toda exclusión de contenido similar. En la práctica, como se ha indicado, la contratación de energía ya se realizaba habitualmente a través del contrato de suministro y ahora la referencia expresa refuerza esta solución.

En cualquier caso, nuevamente la razón de ser que llevó a la singularización de este tipo de adquisición en una letra autónoma la encontramos en una de las enmiendas formuladas en sede parlamentaria. En particular en la impulsada por el Grupo Parlamentario Socialista, que

"Determinación del tipo de contrato aplicable a los contratos de servicios bancarios, de servicios de seguros, suministro de energía eléctrica, servicio de teléfono, actividades culturales y recreativas".



adujo para explicar su propuesta que pese a que es algo asumido que la compra de este tipo de "productos" se canaliza a través de este contrato era conveniente precisarlo de forma clara, en tanto que se trata de una adquisición cada vez más habitual para atender el alumbrado público municipal o la gestión energética de edificios.

4.- CONCLUSIONES

El contrato de suministro resulta esencial para el funcionamiento ordinario de las entidades del sector público. Este trabajo estudia las novedades que en su tipificación ha realizado la Ley 9/2017. Se ha dicho que el contrato de suministro es como el lubricante que permite el funcionamiento cotidiano de la Administración pública, engrasando los engranajes de la pesada y compleja maquinaria administrativa. No son excesivas las novedades que el artículo 16 de la Ley 9/2017 establece en lo que a la tipificación de este contrato se refiere, y las consecuencias prácticas que las novedades introducen no son de gran calado. La definición del contrato de suministro que recoge el citado precepto bascula sobre un elemento formal, que hace referencia al negocio jurídico traslativo que puede estar en la base del suministro; y otro objetivo en tanto que objeto de este contrato deben ser siempre "productos o bienes muebles". A partir de ahí la Ley sigue distinguiendo una serie de posibilidades que permiten afirmar la heterogeneidad de lo que pueda constituirse en objeto de este contrato. A modo de breve recapitulación

conclusiva sigue siendo posible realizar las siguientes clasificaciones de esta figura²⁰⁸:

1. Atendiendo a la naturaleza de la adquisición, se puede distinguir entre suministros de compraventa de bienes muebles -los originarios y más característicos-, contratos de venta a plazos, como variantes de la anterior, contratos de *leasing* o arrendamiento con opción de compra y contratos de arrendamiento puro.

2. Si prestamos atención al carácter de la ejecución del contrato, podemos hablar de contratos de tracto sucesivo y cuantía inicialmente indeterminada; contratos de tracto único.

3. Por la naturaleza de las prestaciones a las que se obliga el contratista, se puede distinguir a aquellos contratistas que solo se obliguen a la entrega de los bienes, o a su entrega e instalación o colocación de los aparatos suministrados; contrato que supone revisión periódica de lo entregado, sustitución de piezas, suplencia de equipos en caso de avería, o contrato de suministros con fabricación.

4. Finalmente, a la luz de su especificidad, la legislación ha singularizado dos contratos de suministros por su objeto particular, el relativo a la adquisición o arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, etc.; y ahora también el que tenga por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

²⁰⁸ Seguimos en este punto la clasificación propuesta por COSCULLUELA MONTANER, LUIS; "El contrato de suministro" (...) *opus cit.*, pp. 997-998.



En fin, aunque históricamente, la adquisición de bienes muebles que el contratista debía entregar periódicamente a la Administración en fases sucesivas fue la modalidad básica que caracterizó al contrato de suministro, esa visión ha quedado ampliamente superada, por haberse integrado en el mismo otras manifestaciones muy variadas que hacen que el objeto de este contrato pueda estar constituido por una categoría amplia y dispar de prestaciones. Todas ellas, en la forma que hemos visto, configuran hoy en día las señas de identidad de este tipo contractual.

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.

José Manuel Martínez Fernández

Doctor en Derecho.
Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid.
Director del Observatorio de contratación pública local
del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y
Tesoreros de Administración Local

RESUMEN: La Ley de Contratos del Sector Público introduce cambios sustanciales en las formas de prestación en la gestión de los servicios públicos. Las entidades públicas han de elegir en cada caso la forma más eficiente y sostenible de prestar sus servicios, teniendo además en cuenta que la transferencia de riesgos y el equilibrio económico permitan a la vez cumplir las exigencias legales, evitar que las inversiones necesarias no computen como deuda pública y atraer la financiación privada necesaria.

ABSTRACT: The Spanish Public Sector Procurement Law introduces substantial changes in the ways of



management of public services. Public entities must choose in each case the most efficient and sustainable way to provide their services, taking into account that the transfer of risks and economic balance allow both to fulfil legal requirements, to avoid that the necessary investments do not count as public debt and attract the necessary private funding.

PALABRAS CLAVE: Concesión, riesgo operacional, riesgo y ventura, equilibrio económico

KEY WORDS: Concession contracts, operating risk, risk and chance, economic balance

SUMARIO: 1. El concepto de servicio público en las LCSP. Concesiones y contratos de servicios en la LCSP. 2. Los diferentes modos de prestación de servicios públicos. 3. La elección entre las diferentes formas de gestión sobre la base de la eficiencia, sostenibilidad y transferencia de riesgos. 4. Riesgo y ventura, riesgo operacional, equilibrio económico e inversión privada en los servicios públicos.

1. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN LAS LCSP. CONCESIONES Y CONTRATOS DE SERVICIOS EN LA LCSP

Las entidades públicas tienen su razón de ser en la prestación de servicios de interés general a los ciudadanos. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) señala en su exposición de motivos que su objetivo es contribuir, mediante un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, a la conseguir la

prestación de **mejores servicios** a los usuarios de los mismos, y *“establece 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**”* (e.m. II y art. 145.4 LCSP)²⁰⁹.

Pero el concepto de «SERVICIO PÚBLICO», no es unívoco, ni tiene una sola acepción legal, doctrinal ni jurisprudencial²¹⁰ y la LCSP utiliza el término servicio público sin precisar a qué tipo de prestaciones en concreto se refiere. Simplificando, legalmente se utilizan dos conceptos diferentes de servicio público:

²⁰⁹ La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, alude en su considerando uno a que los ciudadanos de la Unión deben *“disfrutar de unos servicios de **calidad al mejor precio**”*, y el art. 2.1 dispone que las autoridades nacionales, regionales y locales,... tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios” pero siempre *“garantizando **un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos**”*.

El artículo 27 del Reglamento (CE) 137/2007 habla de “otorgar eficacia y calidad a los servicios” (de transporte)

²¹⁰ *“el concepto de servicio público, calificado frecuentemente como **polisémico**, no es ciertamente **una categoría dogmática unívoca**”*, señalaba la STS 23 de mayo de 1997. Sobre el concepto de servicio público puede verse el “Manual de Gestión de los Servicios Públicos Locales”, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manuel, Edit. El Consultor, 2005, págs. 36 a 57.



- Concepto estricto: son servicios públicos los que prestan las EELL a sus vecinos de forma obligatoria por venir impuestos por una Ley «servicios mínimos obligatorios» de los arts. 26 y 86.3 de la LBRL. *“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación”*. (STS 23 de mayo de 1997).
- Concepto amplio: son servicios públicos locales todos los que prestan o reglamentan las EELL, en el ámbito de sus competencias, para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Es la acepción utilizada en los artículos 25.1 y 85.1 de la LBRL; art. 31 del RSCL; art. 2 de la LRSAL 27/2013 o en la Orden en HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales. Engloba esta acepción amplia de servicio público los «servicios de interés general», que incluye los servicios regulados o reglamentados, los servicios complementarios y los servicios mínimos obligatorios.

La LCSP utiliza el concepto amplio de servicio público al definir el contrato de concesión de servicios en su art. 15.1, al igual que lo empleaba el art. 8 del TRLCSP para el contrato de gestión de servicios públicos: *“El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, **la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia**, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*. Este precepto admite que cualquier servicio puede ser prestado contractualmente en régimen de concesión, con el sólo

requisito de que sea susceptible de explotación y se traslade al concesionario el riesgo operacional de dicha explotación. El artículo 284.1 de la LCSP incide en ello desde la misma acepción amplia de servicio público.

Sin embargo, los artículos 284.2 y 285.1 de la LCSP, se refieren a los servicios públicos en sentido estricto al indicar expresamente "**en los casos en que se trate de servicios públicos**". Y 312.a) crea una nueva figura jurídica a caballo entre los contratos de servicios y la concesión de servicios públicos del artículo 284.2, exigiendo el mismo régimen preparatorio que en las concesiones de servicios. La Ley tampoco precisa a qué servicios en concreto se refiere, y no ayuda a la categorización el concepto de "servicios especiales", relacionados en el anexo II de la Ley a aludidos en diferentes preceptos de la misma como «concesión de servicios especiales del Anexo IV», con unas exigencias singulares (arts. 131.2; 135.5; DA. 36ª; DA 47ª). Esta adicional distingue entre "contratos de concesión de servicios del anexo IV", y "contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV". Es decir, una misma prestación puede ser contratada con transferencia del riesgo de explotación al contratista, encontrándonos ante una concesión, o sin transferirle más riesgo que general de todos los contratos, como un contrato de servicios especiales.

La LCSP no cierra la utilización del contrato de concesión de servicios a los servicios mínimos obligatorios, servicios públicos en sentido estricto, sino que permite el recurso a esta figura que sea utilizada para prestar cualquier tipo de servicios con tal de que sea posible trasladar el riesgo operacional de la explotación al contratista. Sin embargo, cuando en la regulación de la concesión de servicios matiza que determinados requisitos solo se exigen en los contratos que se refieren



a “servicios públicos”, puede entenderse que se refiere exclusivamente a los servicios mínimos obligatorios. Pero al establecer en el artículo 312.a) los mismos e imprecisos trámites que el artículo 284.2, nos conduce a que todos los “*servicios en favor de la ciudadanía*” pueden gestionarse por un tercero mediante «concesión de servicios», si el contrato trasfiera de manera efectiva al contratista el riesgo de la explotación, o por un contrato de «servicios en favor de la ciudadanía» del art. 312 si el contratista solo asume el riesgo y ventura normal de todo contrato. Sin embargo, al no precisar qué servicios en concreto pueden recibir esta calificación, el operador jurídico se encuentra ante la decisión de optar por el tradicional contrato de servicios (arts. 16 y 308 a 315 LCSP), o por el contrato que regula el artículo 312, que tiene la misma compleja y larga preparación que las concesiones de servicios, y algunas otras consideraciones idénticas en su ejecución. Esto sucede, por poner un ejemplo bien elocuente, en el contrato de ayuda a domicilio, hasta ahora tramitado generalmente como un contrato de servicios, pero que parece evidente que se tratan de prestaciones directas en favor de la ciudadanía, que obligaría tras la nueva LCSP a considerarlo y tramitarlo como un contrato del art. 312 de la misma.

2. LAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

Es tradicional categorización entre formas directa y indirectas de gestión de los servicios públicos. Aunque las modalidades de prestación siempre han tenido muchas alternativas organizativas y gestoras, las Leyes de Reacionalización y Sostenibilidad de la Admnsitración Local (Ley 2/2012), la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015 y las Ley de Contratos del Sector Público

9/2017, han ampliado (y complicado) esas posibilidades. La distinción entre formas de gestión directa e indirecta se mantiene (el art. 284.1 LCSP, la «concesión de servicios» es una forma de gestión indirecta de servicios públicos), aunque con los importantes cambios en las modalidades de gestión contractual, especialmente por la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, y se completan con algunas novedades también en las formas de prestación colaborativa, con la participación extracontractual de entidades privadas y la contratación conjunta esporádica.

La clasificación en este contexto de las diferentes formas de prestación de los servicios públicos ofrece las siguientes modalidades:

- A. **GESTIÓN DIRECTA**, por la propia entidad, con sus propios medios. La gestión directa tiene las siguientes modalidades: GESTIÓN POR LA PROPIA ENTIDAD LOCAL, con o sin órgano especial de administración; ORGANISMO AUTÓNOMO LOCAL; ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL; SOCIEDAD MERCANTIL DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE LOCAL (art. 85.2 LBRL). No cita la LBRL las FUNDACIONES constituidas al amparo de la legislación estatal o autonómica de fundaciones²¹¹. Hay denominaciones de entidades públicas que no identifican su naturaleza jurídica, como las “Agencias”, que suelen

²¹¹ El artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones prevé que “*Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*”. Las leyes autonómicas de Fundaciones también prevén esta posibilidad. En el ámbito estatal, se refiere a ellas el artículo 2.2.2º.e) de la Ley General Presupuestaria 47/2003.



ser entidades públicas empresarias, o las "Fundaciones públicas del servicio" locales que son organismos autónomos (arts. 85 a 88 RSCL).

B. **GESTIÓN INDIRECTA** por la propia entidad, contratando a una empresa para prestar el servicio, aunque bajo el control de la Administración titular del servicio²¹². La remisión del artículo 85.2.B LBRL ha de entenderse ahora hecha a la LCSP 9/2017, que modifica las tradicionales formas de gestión indirecta y prevé dos formas de prestación por un empresario privado mediante contrato:

B.1. **CONCESIÓN DE SERVICIOS** (arts. 15 y 284 a 297 LCSP): para prestaciones de servicio público en las que se transfiere el riesgo de la explotación al contratista (por ejemplo, la explotación del servicio municipal de agua o de transporte urbano de viajeros²¹³).

Las tradicionales formas de gestión indirecta de servicios públicos que enumeraba el artículo 277 del TRLCSP, a las que se remite el artículo 85.4 han sido unificadas en la concesión, con la excepción de las

²¹² La STC de fecha 30 de abril de 2015, que analizó la gestión indirecta de los servicios públicos del Servicio Madrileño de Salud admite que el mantenimiento de un régimen público de un servicio no exige necesariamente de un sistema de gestión pública directa, siempre que se preserve la titularidad pública del servicio.

²¹³ Siempre con la matización de que, por medio de algún tipo de subvención, pago fijo, o garantía de reequilibrio económico, no se garanticen rendimientos mínimos al concesionario (como ha rechazado siempre el art. 129.4 del RSCL, o puede verse en el RTACRC 562/2016, 15 de julio de 2016).

sociedades de economía mixta. El TRLCSP previa que *“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades”: CONCESIÓN, GESTIÓN INTERESADA, CONCIERTO, SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA*”. A estas formas de prestación se podrían añadir otras previstas en otras normas de régimen local estatal y autonómica, como el ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS o las COOPERATIVAS²¹⁴. En la práctica, de esas formas de gestión indirecta de servicios públicos, prácticamente sólo se ha venido utilizando la concesión, y en menor medida las sociedades mixtas. La exposición de motivos de la LCSP ya deja claro la desarticulación del contrato de gestión de servicios públicos y la disposición adicional 34ª remite en las referencias que se recojan en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos *“al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*”. No obstante, hay autores que mantienen que por debajo de los umbrales comunitarios podría seguir utilizándose estas figuras siempre que se transfiera el riesgo de la explotación al contratista en los términos que impone la Ley²¹⁵.

²¹⁴ Al “arredramiento” como modo de prestación de los servicios locales se refieren los arts. 138 a 142 del RSCL y 95.2 TRRL y alguna normativa autonómica de régimen local. A las cooperativas”, el art. 104 TRRL y legislación estatal y autonómica de cooperativas, que prevé la participación pública en ellas.

²¹⁵ Así, MERINO ESTRADA, Valentín, en el artículo “la concesión de servicios”, publicado en el número especial de la Revista de Estudios Locales CUNAL sobre la LCSP 9/2017, diciembre 2017, págs. 350 a 361. Y ya antes, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, en Blog de espUBLICO, entrada del día 10 de junio de



B.2. CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA (arts. 14 y 247 a 283 LCSP). Las obras públicas que se gestionan en concesión albergan usualmente servicios públicos en sentido amplio, por ejemplo, instalaciones deportivas, culturales o sanitarias (como reconoce el artículo 14.2.b LCSP). No es fácil su distinción de las concesiones de servicios públicos con obras (285.2 LCSP) pues, aunque se suele indicar que en la concesión de obra pública es lo esencial la obra, mientras que en las de servicios la obra es accesoria a la explotación del servicio²¹⁶, el hecho de que ambos tipos de concesión tengan la misma duración máxima, desmonta ese criterio (art. 29.5 LCSP).

B.3. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS A FAVOR DE LA CIUDADANÍA (art. 312 LCSP).

2016, Contratos excluidos de las Directivas europeas; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", 27/05/2016, revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho número 60 (Iustel, abril 2016). En el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 153/18, de 19 de octubre de 2018 cita aún el arrendamiento y el concierto como formas de gestionar de forma indirecta el servicio público de transporte, pág. 6.

Es mayoritaria sin, embargo, la opinión de la desaparición de las formas de prestación indirecta, salvo la concesión, sea a un tercero o a una sociedad de economía mixta. Véase por ejemplo, MORENO MOLINA, José Antonio y PINTOS SANTIAGO, Jaime, en "Los Contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios", Edit. Wolters Kluwer, 2018, pág. 204.

²¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea, sobre concesiones en Derecho comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C 121/02, apartado 2.3). IJCAE 25/2001, 15/2006, 4/2009.

Prestaciones de servicios público directamente a los usuarios en las que no se trasfiere el riesgo de la explotación al contratista (por ejemplo, la recogida de residuos sólidos urbanos).

B.4. CONTRATO DE SERVICIOS (art. 16 y 308 a 315 LCSP). Para atender la prestación de servicios públicos que no reciben directamente los usuarios ni el contratista asume el riesgo operacional (por ejemplo, el mantenimiento de la red semafórica o de alumbrado público).

B.5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES (art. 25.1.b LCSP). Mantiene la LCSP esta categoría de contratos, en términos similares al TRLCSP, cuando una Ley de da tal carácter y para todos aquellos *“que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla”*, y que no tengan atribuido el carácter de contratos privados. Estos contratos fueron utilizados para prestaciones servicios públicos en sentido general (servicios de restauración, monitores de autobuses escolares, servicios diversos en una piscina, ...), pero la expansión del contrato de servicios con la Directiva 2004/18 llevó a considerar los contratos administrativos especiales como una categoría residual²¹⁷. Sin embargo, la relación de servicios del

²¹⁷ Tanto por la doctrina científica como legal ha considerado contratos de servicios todas las prestaciones incluidas en el anexo II del TRLCSP, (IJCAE 55/05; 12/10, 45/11 y 65/11; 12/2012; IJCCA de Valencia 9/2009; Recomendación 1/2011 de la JCCA de Aragón; informe del Tribunal de Cuentas 1.113/2015...).



anexo IV de en la LCSP 9/2017 no incluye todos los servicios posibles (ni todos los del anexo II del TRLCSP), por lo que podría caber una revisión de ese carácter restrictivo de la categoría de contratos administrativos especiales, que puede utilizarse para contratar la prestación de servicios que, por su objeto o características de prestación, no tengan encaje ni en las concesiones de servicios ni en los contratos de servicios (por ejemplo, la explotación de un bar, cuando el objetivo esencial no es la obtención de un ingreso económico²¹⁸).

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES en un trabajo sobre los contratos administrativos especiales publicado en la revista *El Consultor*, nº 100, de 2010, págs. 60ss. GIMENO FELIU, José María, del artículo "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP" *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, octubre-diciembre 2012, pág. 35

²¹⁸ Parece desproporcionado que para establecer un bar en un inmueble público haya que hacer la compleja tramitación que la Ley exige para las concesiones de servicios y que haya luego que mantener el equilibrio económico de esa concesión. Discrepamos por ello de esta calificación que hace el ATARC Madrid 49/2017, de 15 de febrero; la RTACRC 668/2018, de 12 de julio de 2018; o el IJCCA de Aragón 13/2018, de 30 de mayo, por ejemplo,. Nos parece más adecuado considerarlo como concesión demanial, si el objetivo principal de la entidad titular de bien es la obtención de una rentabilidad económica por éste (Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 366/2017), o la de un contrato administrativo especial (que pese a su carácter restrictivo, sigue existiendo), cuando el objetivo sea también ofrecer un servicio de restauración a los empleados públicos o usuarios del inmueble en cuestión (criterio que habían mantenido la RTACRC 192/2011, de 20 de julio; 18/2013, de 7 de marzo; 29/2014, de 17 de enero; 558/2014, de 18 de julio 18/2013, de 17 de enero; IJCCE 14/91, de 10 de julio, 5/96, de 7 de marzo; 28/07, de 28 de

B.6. CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO (art. 78 RBEL). La concesión demanial puede utilizarse para que los particulares ofrezcan prestaciones de servicio público en sentido amplio, como actividades de restauración (bares o quioscos en espacios públicos), de ocio o deportivas (parque de actividades, un campo de golf); incluso se han calificado en alguna ocasión como tal la concesión de un aparcamiento subterráneo (IJCAE 41/09, de 1 de febrero de 2010). La remisión que hace el art. 78 el RBEL al RSCL entendemos que se refiere los servicios públicos en sentido estricto²¹⁹. También se acude en ocasiones a instituciones jurídicas más próximas al derecho privado (y al urbanístico) para realizar determinadas actividades de servicio público en sentido amplio asentadas sobre bienes patrimoniales, como el DERECHO DE SUPERFICIE.

C. En **ASOCIACIÓN con otras entidades o instituciones o privadas**: En realidad estas asociaciones, con o sin personalidad jurídica, prestarán los servicios bien directamente, bien mediante contratos. También a en este modo de prestación introduce novedades la LCSP:

julio de 2007; ICCCA Andalucía 10/2010 y 10/2016, de 17 de octubre; etc.).

²¹⁹ La RTARC de Andalucía 276/2018, de 4 de octubre de 2018. "Concesión demanial para el uso privativo del inmueble consistente en Tanatorio, sito en calle Arrecife s/n de Ayamonte (Huelva)". Rechaza el TARC que se trate de una concesión de dominio público, por el carácter predominante de la prestación del servicio frente a la explotación del bien demanial y lo califica como concesión demanial.



C.1. Formas asociativas públicas personificadas, con las singularidades nominativas en la normativa autonómica: CONSORCIOS, MANCOMUNIDADES, ÁREAS METROPOLITANAS, COMARCAS, Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT, D. A. 26ª LCSP²²⁰).

C.2. Formas asociativas sin personalidad propia: «CONTRATACIÓN CONJUNTA ESPORÁDICA», varias entidades del sector público puedan acordar la realización conjunta de contrataciones específicas (art. 31.2, que traspone de manera literal el artículo 38 de la Directiva 2014/24).

C.3. CONVENIOS y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN celebrados entre sí por Administraciones y Universidades Públicas, *“para garantizar que los servicios que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común”*, prevista en el artículo 6 de la LCSP y 11 LRJ 40/2015 (un ejemplo pueden ser las depuradoras de aguas residuales en entre municipios próximos, o la encomienda de la recaudación municipal a las Diputaciones).

C.4. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA de capital público mayoritario (D.A. 22ª LCSP). La LCSP no las contempla como una forma de gestión indirecta de un servicio público, sino como una personificación de *“colaboración mercantil”* entre el sector público y el privado para la explotación de concesiones de obras y de servicios. La

²²⁰ Constituidas principalmente para captar y gestionar fondos comunitarios, podrían prestar algún tipo de servicio para todas las entidades agrupadas, como promoción turística, por ejemplo

concesión que se les puede otorgar directamente si la selección del socio privado ha sido realizada por el procedimiento de adjudicación de la ley para la contratación de concesiones para prestar el servicio que constituye el objeto de la sociedad (algo que se venía haciendo así en la práctica²²¹), o porque posteriormente resultan adjudicatarios de otro contrato en el correspondiente procedimiento de licitación.

D. **GESTIÓN COLABORATIVA** a través de entidades “tercer sector”.

D.1. PRESTACIÓN EXTRACONTRACTUAL DE SERVICIOS A LAS PERSONAS: determinados servicios sociales se pueden prestar sin celebrar contratos públicos, mediante la simple financiación (que puede articularse vía convenio) o la concesión de licencias o autorizaciones de acuerdo con la norma autonómica. Los conciertos sociales que regulan la legislación autonómica son el mejor ejemplo de ello²²².

D.2. Los CONVENIOS DE COLABORACIÓN CON ENTIDADES CON PERSONALIDAD JURÍDICA PRIVADA para colaborar en determinados aspectos

²²¹ Este planteamiento ya lo defendía en el artículo “Las sociedades municipales de economía mixta”, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la Revista de Estudios Locales CUNAL, nº 23, Septiembre-octubre de 1998, págs. 36 a 68.

²²² Regulados, por ejemplo, en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía o la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.



de prestación de servicios públicos, siempre que la actividad no constituya el objeto de un contrato (art. 6.2 LCSP). Convenios con asociaciones de vecinos para realizar determinadas actividades subvencionadas o con colegios profesionales para colaborar en determinadas tareas administrativas.

- E. Servicios **REGLAMENTADOS**, prestados por particulares servicios públicos prestados por particulares sometidos a regulación y licencia municipal, del que el más generalizado es el de los taxis (y en el ámbito estatal los estancos).

3. LA ELECCIÓN ENTRE LAS DIFERENTES FORMAS DE GESTIÓN SOBRE LA BASE DE LA EFICIENCIA, SOSTENIBILIDAD Y TRANSFERENCIA DE RIESGOS.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introduce una nueva exigencia que ha de tenerse en cuenta para gestionar de manera indirecta un servicio público, para poder prestarla mediante un contrato de gestión de servicios públicos: acreditar que la forma elegida es la «más **SOSTENIBLE y EFICIENTE**», de entre las formas de gestión que relaciona el precepto, directas o indirectas (contractual, art. 277 del TRLCSP) (art. 85.2 de la LBRL). Este mandato ya se deducía del principio de eficiencia y de la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que para celebrar cualquier tipo de contrato por una Administración demanda el art. 7.3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Ley 2/2012).

El artículo 85.2 de la LBRL deja claro que la elección de la forma de gestionar un servicio público local ha de realizarse en función del mejor cumplimiento de los

principios de sostenibilidad financiera y eficiencia, tanto si se opta por una forma de gestión directa, como indirecta o contractual²²³. Del precepto se deduce la prioridad de la gestión directa, con o sin organismo autónomo, frente las formas societarias de gestión pública (entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local), y parece que también de las formas contractuales de gestión indirecta frente a las societarias públicas si se trata de servicios económicos para los que el derecho administrativo no sea lo más conveniente. Ello por la menor exigencia de motivación para la gestión directa 'pura' que para el resto. En todo caso entendemos que es necesario justificar adecuadamente que la forma elegida es la más sostenible y eficiente de entre las posibles.

Ha de tenerse también presente el carácter subsidiario de la contratación frente a la realización directa de las prestaciones que precisa realizar el sector público para cubrir sus necesidades, como se deduce de los arts. 1.1, 30.3, 63.3.a, 28.2, 116.1 de la LCSP. El artículo 30.3 de la LCSP dispone que la prestación directa es la forma normal de ejecutar las competencias de las Administraciones públicas y es la prestación contractual la que imperativamente ha de motivarse: "*La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley*". La exigencia de acreditar que no se dispone de medios propios se recoge de manera explícita en la LCSP en relación con el contrato de servicios (arts. 30.3, 63.3.a y 116.4.f), pero



entendemos que es una exigencia para cualquier tipo de contrato, como se deduce la exigencia de justificación de una “necesidad” que ha de acreditarse y “solo” en ese caso se puede celebrar un contrato (arts. 1.1, 28.1 y 116.1 LCSP) y desde luego, el principio de eficiencia en la gestión de fondos públicos no permite contratar fuera trabajos para cuya realización se dispone de medios propios, como se deduce del art. 1.1 LCSP (eficiencia del gasto para atender las necesidades públicas a satisfacer e idoneidad del contrato para cubrirlas) y del artículo 7.3 de la LOEPSF. Entendemos por todo ello que la LCSP parte de la **subsidiariedad de la gestión contractual frente a la prestación directa**²²⁴. El Tribunal de Cuentas ya con la legislación anterior había recomendado que *“resulta especialmente relevante justificar la necesidad de la contratación, no sólo en sí misma, sino con indicación de los motivos por los que se*

²²⁴ Y aunque es cierto que la LCSP y la LRJ establecen más exigencias para la concertación de prestaciones con medios propios, y no compartimos la idea de que la LCSP promueva la subsidiariedad de lo público, como apuntan algunos autores (TEJEDOR VIELSA, J.), ni entendemos que “en puridad, cualquier administración pública puede contratar sin más límites que el ordenamiento jurídico y el interés general”, como señalan GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (en el trabajo “El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica”, publicado por la Cambra de Comerç de Barcelona, mayo de 2017, pág. 25). TEGEDOR VIELSA, Julio, considera que la regulación en la LCSP de los trabajos por administración; los encargos a medios propios las restricciones a la “republicación”, vía rescate, de la gestión indirecta; o la regulación de las sociedades mixtas, suponen una regulación restrictiva de la prestación directa. E «La contratación pública en España ¿sobreregulación o estrategia», Edit. Civitas- Thomson Reuters 2018, págs. 89 a 102.

acude a la contratación externa y no se presta con medios propios” debiéndose realizar un estudio comparativo de costes que permita constatar que la que la prestación mediante medios externos resultaba más económica para la hacienda municipal.

Pero incluso una vez acreditada la necesidad de celebrar un contrato para prestar un servicio, público o no, el órgano de contratación no dispone de libertad absoluta para decidir el tipo de contrato que puede hacer. Como se ha señalado en el epígrafe anterior de este trabajo, en función de los destinatarios de las prestaciones objeto del contrato, puede que se haya de celebrar un contrato de servicios en favor de la ciudadanía del art. 312, cumplir los principios y demás exigencias que impone la disposición adicional 48ª, y solo podrá concertar un contrato de concesión de servicios o de obras si es capaz de transferir al concesionario el riesgo operacional de la explotación con el alcance que exige el artículo 14.2 de la LCSP.

Todo ello supone que la potestad de autoorganización de las entidades locales para prestar sus servicios (art. 4.1.a) de la LBRL), está altamente condicionada y ha de motivar adecuadamente la elección de la forma de gestión de un servicio en términos de eficiencia y sostenibilidad, en una memoria elaborada al efecto analizando de forma comparativa entre las diferentes opciones (art. 85.2 LBRL), la necesidad de celebrar un contrato y el tipo de contrato en concreto adecuado al servicio de que se trate y a la sujeción de riesgos en el mismo. Es la limitación se ha de tener muy presente no solo para decidir prestar un servicio de manera indirecta mediante un contrato, sino también a la hora de decidir



“remunicipalizar” un servicio externalizado²²⁵.

4. RIESGO Y VENTURA, RIESGO OPERACIONAL, EQUILIBRIO ECONÓMICO E INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Todos los contratos se celebran a «riesgo y ventura» del contratista, principio clásico y general que se recoge en el artículo 197 de la LCSP (como todos sus precedentes al menos desde el artículo 46 de la LCE de 1965). Los Tribunales inciden en que *“frente a la legítima aspiración de obtener beneficios, (el contratista) asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del contrato, porque éstas son las consecuencias del carácter aleatorio de este tipo de relaciones jurídicas”* (STS de 6 mayo 1988)²²⁶.

²²⁵ Puede verse al respecto, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, en los artículos “La remunicipalización de servicios”, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 9, mayo de 2017, pág. 1195, Editorial Wolters Kluwer; y “La remunicipalización del agua en el ayuntamiento de Valladolid” (este junto a REDONDO ARRANZ, Teresa), publicado en Cuadernos de Trabajo Waterlat-Gobacit, Vol. 5, nº 1, marzo de 2018, accesible en <http://waterlat.org/es/vol5no1/>.

²²⁶ Referencias al riesgo y ventura en igual sentido pueden verse en las STS de 21 de octubre de 1981; de 6 mayo 1988; 14 de diciembre de 1989; 8 de octubre de 1991; 6 de octubre 1992, 11 de febrero de 1998; STS de 30 de abril de 1999; 22 de noviembre de 2001; STS de 16 de mayo de 2008, rec. casación 328/2006; STS de 27 de octubre de 2009 rec.763/2007; STS de 24 de marzo de 2015; STSJ de Castilla y León nº 1109/11, de 16 de mayo de 2011;). STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2017, rec. 622/2015; STS de 6 de noviembre de 2015, rec, 2785/2014; STS, Sala 3ª, de 31 mayo de 2016: St. del Juzgado C-A nº 3 de Valladolid, de 3 de

El principio de riesgo y ventura en los contratos de gestión de servicios públicos, como ahora en las concesiones de obras y servicios, se ve muy matizado por el principio de «mantenimiento del equilibrio económico del contrato», que rompe la regla de inmutabilidad de los contratos en favor de la inmutabilidad de servicio, para garantizar la pervivencia de los servicios frente a contingencias ajenas a la gestión del contratista e imprevisibles para éste (*ius variandim, factum principis* y riesgo imprevisible, si bien este se ha reducido desde el TRLCSP y en la LCSP a los supuestos de fuerza mayor del art. 239 de la LCSP). Este principio, que entronca con el civilista *rebus sic stantibus*, trata de que se mantenga durante la duración de la concesión la situación de equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes a lo largo del plazo contractual, configurado también por la jurisprudencia como un principio de derecho necesario en las concesiones, un derecho y un deber para ambas partes de la relación contractual, regulado ahora en los artículos 270.1 y 290.2 de la LCSP.

La doctrina legal y jurisprudencial ha desarrollado una consolidada doctrina en la que trata de asegurar la **coordinación o coexistencia de los principios de «riesgo y ventura» y «mantenimiento del equilibrio económico»**, de manera que la garantía del servicio no se convierta en seguro para el contratista y cualquier riesgo quede cubierto por la Administración. La

septiembre de 2018; Dictamen 1186/2010, de 16 de diciembre de 2010, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana; RTARC Andalucía 276/2018, de 4 de octubre de 2018; etc.

Sobre el principio de riesgo y ventura puede verse el artículo CANDELA TALAVERO, José Enrique, "el riesgo y ventura en la contratación administrativa", la Revista de Estudios Locales CUNAL, diciembre de 2012.



STS de 24 de abril de 1985, incide en que *“hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado “el alea normal del contrato” es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio”*²²⁷. Y es que, como señalaba el profesor SOSA WAGNER *“un concesionario que tiene sus espaldas siempre a cubierto por los dineros públicos no es un empresario, es la misma administración y para hacer ese viaje para nada se necesita la alforja de la concesión que se gestiona –ya lo sabemos- a riesgo y ventura”*²²⁸.

Esta coordinación entre ambos principios se ha tratado de articular sobre la base de un reparto del

²²⁷ En este mismo sentido pueden verse STS de 13- de noviembre de 1986, RJ. 8072; 9 de octubre de 1987, RJ. 8326; STS de 21 de enero de 1991, Arz. 548S; TSJ Cataluña de 4 de octubre de 2004, RJCA 2004\308469. La STSJ de Madrid 434/2013 de 19 de diciembre expresa esa necesaria coexistencia en los términos siguientes: *“la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato (...), ha de relacionarse con el principio de “riesgo y ventura”, ya que el equilibrio financiero es una fórmula que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.”*

²²⁸ “La gestión de los servicios públicos locales”, SOSA WAGNER, Francisco, Ed. Cívitas, Madrid 2008 (7ª edición), pág. 280.

desequilibrio²²⁹, si bien este reparto no ha sido ni recogido por la Ley ni cuantificado por los Tribunales²³⁰. Sin embargo, esta convivencia cohonestada entre riego y ventura y equilibrio económico se ha incumplido en la práctica con demasiada frecuencia en perjuicio del interés público. Como ha expuesto con notables ejemplos FUERTES LÓPEZ, *“las venturas sí son acogidas por los empresarios, pero los riesgos y sus desventuras quedan para la Hacienda Pública”*, produciéndose un *“traslado al erario público de colosales deudas de proyectos fracasados”*²³¹.

²²⁹ MESTRE DELGADO, Juan Francisco en *“Tratado de Derecho Municipal”* coordinado por MUÑOZ MACHADO, Santiago, cit. págs. 246 a 249; SOSA WAGNER, Francisco, en *“La gestión de los servicios públicos locales”*, cit., pág. 275; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *“Curso de Derecho Administrativo”* cit., págs. 780 a 781; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel *“Manual de Derecho Local”* Editorial Comares, 2005, pág. 469. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco J., Edt. Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 164. STS de 21 de octubre de 1980, Arz. 4005; 14 de marzo de 1985, Arz. 1592; 24 de abril de 1985, Arz. 2229; 13 de noviembre de 1986, Arz. 8072; etc.

²³⁰ “Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación”, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Editorial Wolters Kluwer- El Consultor de los Ayuntamientos, 2016, pág. 336.

²³¹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de «riesgo y ventura»”, Edt. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 9. En el estudio de lo sucedido con importantes concesiones estatales fallidas: el almacén subterráneo de gas del mediterráneo, las autopistas radiales de Madrid y la concesión ferroviaria; y cita muchas bien conocidas, como aeropuertos, tranvías, desaladoras, etc. Constata la profesora Fuertes que *“se ha reducido el riesgo del concesionario hasta anularse y generar una dichosa fortuna”*,



En este difícil equilibrio del riesgo y ventura y el equilibrio económico en los contratos concesionales, la Directiva de concesiones incorpora la doctrina del TJUE que distingue los contratos de servicios de las concesiones en el traslado o no al contratista del «riesgo operacional de la explotación» de la obra o servicio, doctrina que ya había sido asumida por nuestros Tribunales y órganos consultivos con anterioridad a la nueva LCSP²³². Ésta recoge en su artículo 14.2 el concepto de riesgo operacional del artículo 5 y considerando 20 de la directiva 2014/23.

El riesgo operacional es un riesgo que escapa del control del concesionario y dependerá de las incertidumbres del mercado en tal grado que el concesionario no tiene *“garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, (...) vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte*

produciéndose un claro *“enriquecimiento sin causa del concesionario que originaría un daño enorme a la Hacienda Pública”*, pág. 149.

²³² El TJUE ha sentado una clara doctrina para diferenciar el contrato de servicios del de concesión, sobre el traslado del riesgo de la explotación, entendido como riesgo de demanda, al concesionario como requisito esencial de las concesiones. Esta doctrina fue asumida expresamente por los órganos revisores y consultivos de nuestro país: STJCE de 18 de julio de 2007, Comisión Italia, C-382/05; STJU 27 de octubre de 2016, asunto C-292/15; el IJCAE núm. 4/08; IJCCA de Valencia 4/2011; IJCAE 65/08, de 31 de marzo de 2009, 22/09, de 25 de septiembre de 2009; RTACRC 267/2013; RTACRC 634/2014, 12 de septiembre; RTACRC 703/2015, de 24 de julio; RTACRC 562/2016, de 15 de julio; RTARCCYL 77/2015; etc.

*de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable” (art. 14.2 LCSP). Es **un riesgo adicional al riesgo y ventura** tradicional, que se superpone a éste, como señala expresamente el considerando 20 de la Directiva 2014/23²³³.*

El riesgo operacional abarca el «riesgo de demanda», el «riesgo de suministro» o ambos (art. 14.2 LCSP). El primero supone trasladar al concesionario el riesgo de la utilización o frecuentación de la obra o servicio (arts. 267.2 y 289.1); sobre el riesgo de suministro no se especifica en la LCSP su alcance y la Directiva 2014/23 solo indica que puede ser, “*en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la oferta*” (cdo. 20 D. 2014/23). El riesgo de suministro, podría referirse también a los aprovisionamientos que el licitador precise para prestar el servicio y que haya de obtenerlos del mercado (como lo suministros energéticos, o el propio bien objeto del servicio que se ha de prestar a los usuarios/consumidores finales, como la compra del agua en alta para el posterior abastecimiento domiciliario, que analizó el IJSCA de Valencia 3/2018); o aquellos casos en los que, como consecuencia de un exceso de demanda, el contratista no pueda prestar el servicio concesionado en las condiciones de calidad previstas (embotellamientos de tráfico, listas de espera), pues esos riesgos sí pueden

²³³ Este considerando parafrasea la STJUE sentencia de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, apartado 24. Ya se había apuntado a este criterio en la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser.



influir en los resultados de la explotación y no son controlables por el concesionario. Aunque hay quien entiende que el «riesgo de suministro» incluye el «riesgo disponibilidad», sin embargo no figura en el texto final de la Directiva, pese a que sí aparecía en el proyecto de 2011 y se admite en el SEC 2010. Y es que la disponibilidad de la obra o servicio no está sometida a las incertidumbres del mercado, sino solo a la capacidad gestora del concesionario. Por ello, la previsión de que el pago de las concesiones se pueda hacer teniendo en cuenta el grado de disponibilidad de las mismas, como prevé el art. 267.4 de la LCSP, consideramos, con la JCCA de Cataluña en su informe 9/2016, de 1 de diciembre, que sólo *“se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido”*.

Como ha señalado el profesor HUERGO LORA, A., la Directiva 2014/23 y la LCSP tratan de coordinar las normas de contratación y la doctrina del TJUE sobre las concesiones y las normas contables SEC-2010²³⁴, de modo que un contrato tramitado como concesión sea considerado contablemente como tal, *“es decir, sin imputar el montante total de la inversión al déficit público”*. Y teniendo en cuenta, además, que, si el riesgo es elevado, el contrato no será interesante para las empresas, y si es muy limitado, no lo será para la Administración porque computará como deuda y

²³⁴ Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

déficit²³⁵. Sin embargo, la Directiva parece más centrada en incorporar el criterio del TJUE de exigir que en las concesiones el contratista asuma un riesgo real de mercado, un riesgo cuyo control no está en su mano.

En todo caso, el «riesgo operacional», determinante de la existencia de una concesión, ha de coexistir con el «riesgo u ventura» ínsito en todo contrato y con el principio de «mantenimiento del equilibrio económico de la concesión». Pero la exigencia comunitaria de que el concesionario quede expuesto a las incertidumbres del mercado, sin garantías de rendimiento mínimo (rechazado ya por el art. 129.4 del RSCL) y sometido a pérdidas no desdeñables, que incluso pueden no cubrir los costes de explotación ni las inversiones realizadas, entiendo que debe llevar a un replanteamiento del principio de equilibrio económico concesional. Y ello no es nada sencillo, porque si la garantía del equilibrio económico mitiga en exceso el riesgo operacional de manera que las pérdidas potenciales sean testimoniales, no podremos calificar el contrato como concesión (RTACRC 562/2016, de 15 de julio²³⁶).

²³⁵ HUERGO LORA, Alejandro, «El riesgo operacional en la nueva Ley de contratos del sector público», publicado en la Revista de Derecho Administrativo nº 4 (Nueva Época), enero-diciembre 2017 (págs. 31 a 51), pág. 50.

²³⁶ Por ello la RTACRC 562/2016, de 15 de julio, rechazó la calificación como concesión el contrato servicio público de abastecimiento de agua potable del Ayuntamiento de Culleredo (A Coruña): "A la vista de la citada Cláusula 26 del PCA resulta que no existe traslación del riesgo pues la retribución del adjudicatario está constituida no sólo por las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento sino también por las subvenciones que, en su caso, fuesen necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato", lo que significa que, aunque se diga literalmente que el contrato se



Por ello, **la transferencia de riesgos es un tema que debe manejarse con sumo cuidado en los estudios económicos y en los pliegos**, pues si es necesario acudir a la financiación de los mercados para la inversión que haya que realizar, se puede correr el riesgo de que no se encuentre esa financiación si los riesgos para el capital privado son excesivos; como ya apuntó anticipadamente FUERTES LÓPEZ, han de medirse adecuadamente "*los riesgos del riesgo*"²³⁷. La prestación contractual de servicios tiene un obvio condicionante externo a las entidades públicas: la explotación tiene que ofrecer una rentabilidad atractiva para el inversor privado, que espera recuperarla y obtener una rentabilidad algo superior a otros sectores con igual o inferior riesgo. De no ser así, no aportará su financiación, sus recursos, para la prestación de ningún servicio... Se ha de buscar un difícil equilibrio entre los riesgos reales que ha de asumir el concesionario durante la explotación de las obras o servicios y el derecho de éste a que se mantengan la honesta equivalencia entre los derechos y obligaciones del concesionario es a lo largo de la vida de la concesión. El PCAP el elemento esencial para asegurar la estabilidad jurídica y económica de la concesión, y debe articular la "*distribución entre la Administración y*

regirá por el principio de riesgo y ventura, lo cierto es que se garantiza al adjudicatario el mantenimiento del equilibrio económico. Ello significa que no hay realmente transferencia de riesgo, por lo que el contrato debe ser calificado como de servicios."

²³⁷ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, "Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios). Capítulo V del libro "*Observatorio de Contratos Públicos 2012*", Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 231-232.

el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista” (art. 250.1.m) y 285.1.c) de la LCSP).

CONCLUSIONES

Las entidades locales han de prestar sus servicios públicos de la forma más eficiente y sostenible posible entre todas las posibilidades gestión y prestación que ofrece la LCSP y la normativa de régimen local. En caso de resultar la modalidad selecciona la concesión, ha de tenerse especial cuidado en que la transferencia al contratista de los riesgos de la explotación sea lo suficiente como para se trate de efectivamente de una concesión por estar sometida las incertidumbres del mercado, pero sin que los riesgos que se transfieran al concesionario hagan que la concesión no sea atractiva para atraer hacia ella financiación privada.

RECOMENDACIONES

- Es necesario conocer todas las modalidades de prestación un servicio para poder elegir comparativamente cual es la que resulta en cada caso más más eficiente y sostenible.
- El juego en los pliegos de la transferencia al concesionario del riesgo operacional de la explotación, adicional al ordinario riesgo y ventura, junto con la regulación del principio del mantenimiento del equilibrio económico, debe articularse de manera que no se desvirtúe la



Castilla-La Mancha

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

naturaleza del contrato, sea atractivo el servicio a explotar para los inversores y a la vez permita no computar la inversión como deuda a efectos SEC 2010.

LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.

THE INTELLECTUAL SERVICES IN THE LCSP: A PRACTICAL APPROACH.

Javier Mendoza Jiménez

Profesor del Departamento de Economía Aplicada y
Métodos Cuantitativos
Universidad de La Laguna

RESUMEN: El ámbito y extensión de las denominadas prestaciones de carácter intelectual no quedan definidos de manera exhaustiva ni en la Directiva 24/2014 ni en la LCSP 2017. Las distintas resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Centrales arrojan algo de luz a los límites de lo que puede y no puede ser considerado dentro de este grupo. Este tipo de contratos cuentan con una serie de características con respecto a los criterios que deben emplearse para la valoración de las ofertas que se recogen en el artículo 145 de la LCSP. En este artículo se realiza un breve análisis del grado de cumplimiento de esos preceptos para este tipo de servicios a través del estudio de una muestra de 25 contratos extraídos de la Plataforma de Contratación. Los resultados muestran que todavía es necesario



ahondar en un mayor peso de la calidad y que pueden existir problemas para licitar este tipo de servicios mediante el procedimiento abierto simplificado.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, Prestaciones de carácter intelectual, Criterios de calidad, PLACE, criterio precio.

ABSTRACT: Neither the Directive 24/2014 nor the LCSP define concretely the scope and range of the intellectual services. The diverse resolutions of the Tribunal Administrativo de Recursos Centrales allows knowing some of the established limits of what can be consider inside this group. This type of procurements has some characteristics regarding the criteria to be employed in the valuation of offers as established in the article 145 of the LCSP. In this article is briefly analyzed, through a sample of 25 procurement processes, if the legal provisions for this kind of services are fulfilled. The results show that it is still necessary to concede more weight to the quality criteria and that problems may occur when using the open simplified procedure in this kind of services.

KEYWORDS: Public procurement, Intellectual services, Quality criteria, PLACE, Price criteria.

SUMARIO: Introducción; 1. Los servicios de carácter intelectual en las Directivas y en la LCSP; 2. La definición y límites de las prestaciones de carácter intelectual; 3. Las licitaciones de prestaciones de carácter intelectual en la práctica, ¿se cumplen los criterios de calidad?; 3.1 Criterios de selección de las licitaciones de la muestra; 3.2 Resultados del análisis; 4. Conclusiones y recomendaciones; Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN:

Las directivas de contratación de cuarta generación y la LCSP 2017 realizan una clara apuesta por la contratación social, que busca usar las licitaciones para generar valor en las comunidades locales (Bonwick & Daniels, 2014), y la contratación verde (Valcárcel Fernández, 2011), con el objetivo primordial de lograr productos y servicios de mayor calidad y que ayuden, en línea con lo establecido por la Estrategia Europa 2020, a la mejora de la innovación en las empresas y a un uso eficaz de los recursos (Comisión Europea, 2010).

Todo lo anterior se traduce en una mayor búsqueda de la calidad precio que apoye la función estratégica de la contratación pública (Gimeno-Feliú, 2017), consiguiendo de este modo las administraciones públicas lograr en sus contrataciones el mejor valor que el dinero puede comprar (Dimitri, 2013). Dentro de esos parámetros de calidad, las prestaciones o servicios de carácter intelectual pueden jugar un papel clave, puesto que son servicios que, además de ser intensivos en mano de obra, cuentan con un componente de innovación donde la calidad juega (o debe jugar) una función fundamental.

La referencia a las prestaciones de carácter intelectual no es nueva ni exclusiva de la LCSP. Ya la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas recogía una referencia explícita a los contratos "los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales



de la Administración”²³⁸ y los definía de manera extensiva.

Este artículo aborda este tipo de prestaciones desde un punto de vista práctico, repasando en primer lugar las disposiciones legales dedicadas a los mismos en las últimas leyes de contratación europeas y nacionales, para posteriormente analizar los límites que se han establecido a través de una serie de resoluciones recientes. A continuación, se estudia cómo se han implementado esas nuevas reglas de contratación con una muestra de 25 contratos extraídos de la Plataforma de Contratación del Estado (en adelante PLACE). El estudio acaba con unas breves conclusiones y con recomendaciones para una mejor implementación de este tipo de prestaciones.

1. LOS SERVICIOS DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LAS DIRECTIVAS Y EN LA LCSP

La Directiva 24/2014 hace mención a los servicios intelectuales a lo largo de su texto, refiriendo con respecto a los mismos la conveniencia de establecer procesos con negociación (considerando 43), la inadecuación de las subastas electrónicas (considerando 67) o la autorización para que los poderes adjudicadores utilicen *la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta*²³⁹. Sin

²³⁸ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, Título IV, Capítulo I, artículo 197 y siguientes.

²³⁹ Considerando 94 de la DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de

embargo, existe una carencia de una definición concreta de cuáles son las características que deben cumplir ese tipo de prestaciones, más allá de que puedan estar dentro de los objetos del contrato nombrados por la Directiva.

Siguiendo esa línea, en la LCSP las prestaciones de carácter intelectual se han recogido de manera asistemática, sin dedicarles un apartado propio (Sanmartín Mora, 2018), definiéndose de manera somera en la disposición adicional cuadragésima primera, que nombra a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo dentro de los mismos. La anterior deja, al menos nominalmente, fuera de este grupo a los servicios jurídicos y similares.

La LCSP incluye a las prestaciones intelectuales dentro de una serie de excepciones y contraexcepciones a lo largo de todo su articulado, sobre todo en lo relativo al peso de los criterios de adjudicación y los procedimientos a utilizar e incluso recomienda que para las prestaciones de especial complejidad se use el procedimiento restringido, si bien esta redacción se recogía ya en la Ley de Contratos de 2007 (Núñez, 2008).

De manera más concreta, y relativo a los criterios de adjudicación a utilizar, el artículo 143 prohíbe la subasta electrónica para contratos con este tipo de objetos, en una clara manifestación de rebajar la importancia del criterio precio. Tal intención queda apoyada por el artículo 145 que establece, primero, la obligación de que se use más de un criterio de adjudicación y, posteriormente, "que los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por cierto

2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.



de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas²⁴⁰.

En cuanto a los procedimientos de contratación a utilizar, la LCSP establece una excepción para el procedimiento abierto simplificado, aumentando hasta el 45 % el peso de los criterios evaluables mediante juicio de valor para los contratos con este tipo de objeto y prohibiendo la utilización del procedimiento sumario para los mismos. La intención del legislador, siguiendo lo recogido en anteriores leyes de contratación, parece ser el impulsar el procedimiento restringido para este tipo de objetos contractuales, si bien quedaría al albur de los órganos de contratación definir que es la "especial complejidad" a la que se hace alusión en el artículo 160.

2. LA DEFINICIÓN Y LÍMITES DE LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL

Como se ha puesto de manifiesto en el punto anterior, no existe en la LCSP una definición concreta sobre qué caracteriza a las prestaciones de carácter intelectual más allá de englobar dentro de ellas a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Esta falta de concreción, unida a los requerimientos especiales para la licitación de este tipo de objetos contractuales han provocado que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante) y diversos tribunales autonómicos hayan debido resolver una serie de recursos que

²⁴⁰ Artículo 145.4 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.

versaban, precisamente, sobre qué puede considerarse o no una prestación de carácter intelectual. Por razones de espacio, este artículo se centrará en la respuesta que el TACRC ha proporcionado a la pregunta apenas planteada en sus resoluciones más recientes²⁴¹ sobre este tema.

La base para delimitar si una prestación es o no de carácter intelectual se encuentra en las resoluciones 946/2017 y 544/2018 del TACRC en las cuales razona que:

siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de obras; es decir, que impliquen una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad.

Es precisamente la última parte, la innovación y cierto grado de creatividad, en la que el TACRC se apoya para desestimar la naturaleza como prestación intelectual de un *Servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos y demás ingresos de derecho público* (en su resolución 1111/2018 de 30 de noviembre de 2018) y los *servicios de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales* (en su resolución 1141/2018 de 7 de diciembre de 2018).

²⁴¹ A fecha de redacción del artículo.



Especialmente discutible pudiera ser la argumentación con respecto a este último caso, dado que el TACRC se apoya en que los preceptos legales de la Directiva 24/2014 (y por ende de la LCSP) afectan a aquellas prestaciones *que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo*.²⁴²

Visto lo anterior, la clave para la designación o no de una prestación como de carácter intelectual parece estar en la creatividad (concepto cuanto menos abstracto) y en el papel que juegue la propiedad intelectual, es decir, si de los trabajos que se realicen en el marco del contrato se derivaran productos o subproductos que pudieran encuadrarse en este ámbito.

3. LAS LICITACIONES DE PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA PRÁCTICA, ¿SE CUMPLEN LOS CRITERIOS DE CALIDAD?

Una vez repasada brevemente la regulación legal de este tipo de prestaciones, este estudio se centrará en comprobar el grado en el que tales preceptos se respetan a la hora de llevar a la práctica las licitaciones que atañen a este tipo de servicios. Para ello, se ha recogido una muestra de 25 licitaciones publicadas en la PLACE, y excluyendo objetos contractuales que no están reconocido dentro de este tipo de prestaciones por las resoluciones analizadas en el punto anterior.

²⁴² Resolución del TACRC 1141/2018 de 7 de diciembre de 2018 sobre el Recurso 1098/2018 C. Valenciana 245/2018 sobre la contratación de "servicios de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales".

3.1 Criterios de selección de las licitaciones de la muestra

La metodología seguida ha sido la de hacer una búsqueda de licitaciones incluyendo aquellos CPVs del grupo 71, 73 y 79, puesto que en ellos se recoge el grueso de las prestaciones que pueden considerarse como de carácter intelectual. Para asegurar que la licitación se guiara por la LCSP y no por el TRLCSP, se ha situado la fecha mínima de publicación de la licitación el 9 de abril de 2018, esto es, un mes después de la entrada en vigor de la nueva Ley.

Se ha seguido también un criterio de distribución territorial, seleccionando licitaciones de varias comunidades autónomas como: Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Canarias, Extremadura y Madrid, e igualmente se han incluido licitaciones del nivel administrativo estatal, autónomo y local.

En cuanto al presupuesto de licitación, se consideraron importes desde 15.000 a un millón de euros para comprobar posteriormente si este factor tenía alguna influencia dentro de la elección de los criterios. Los criterios de adjudicación usados fueron la variable fundamental donde se centró el análisis y para cada una de las licitaciones se extrajo el porcentaje que representaban el criterio precio y los criterios asociados con la calidad.

3.2 Resultados del análisis

La primera (y preocupante) conclusión que puede extraerse del análisis de la muestra es que el 40 % de las licitaciones examinadas no cumplen con el requisito



establecido en el artículo 145 de la LCSP en relación a la ponderación máxima que puede tener el criterio precio. Dentro de este grupo existen incumplimientos que pueden considerarse leves – donde la calidad supone más del 45 % - y otros más flagrantes donde el criterio precio sobrepasa incluso el 70 %. El presupuesto de licitación no parece influir en el peso otorgado de los criterios de calidad, puesto que aquellas licitaciones que no llegan al 51 % incluyen importes desde los 23 a los 450.000 €.

En cuanto a los procedimientos de licitación utilizados, a pesar de las recomendaciones de la LCSP sobre el uso del procedimiento restringido, este solamente se usa en un 4 % de los casos recogidos en la muestra. Dentro de la misma, el procedimiento abierto es la opción usada mayoritariamente (un 64 %), mientras que el procedimiento abierto simplificado se usa solamente en un tercio de las licitaciones (32 %).

El tipo de procedimiento usado tampoco parece afectar al peso otorgado a los criterios de calidad, ya que la diferencia en el promedio de ponderación en el procedimiento abierto (54,41 % y el procedimiento abierto simplificado (57,13 %) no puede considerarse relevante. A la vista de los resultados, el tipo de procedimiento usado si pudiera tener relación con el cumplimiento o no del porcentaje mínimo de ponderación de la calidad, ya que, como puede verse en la tabla 1, el porcentaje de licitaciones que incumplen el mismo es mayor para el procedimiento abierto simplificado que para el procedimiento abierto.

Tabla 1: División de la muestra por tipo de procedimiento

Tipo de procedimiento	% sobre el total	% de Incumplimiento
Abierto	64,00%	37,50%
Abierto Simplificado	32,00%	50,00%
Restringido	4,00%	0,00%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la muestra.

Ello podría derivarse del hecho de que los criterios evaluables mediante juicio de valor en el procedimiento abierto simplificado se limitan al 45 %, en el caso excepcional de este tipo de prestaciones, lo cual exige introducir criterios de calidad evaluables mediante fórmula en ponderados al menos en un 6 % - para alcanzar el mínimo 51 % requerido - lo que añade una "dificultad" añadida al órgano de contratación. Estos, en algunos casos, puede confundir qué evaluar (la calidad) con cómo evaluarla (el tipo de criterio), realizando una relación incorrecta de que la calidad solo puede evaluarse mediante criterios de juicio de valor²⁴³.

Además de este análisis cuantitativo, el examen de la muestra permite comprobar también cuáles son los criterios (mediante fórmula o juicio de valor) que se emplean más frecuentemente a la hora de valorar las ofertas de las empresas licitadoras. Como muestra la tabla 2, existe una gran variedad de factores que los

²⁴³ De hecho, este ha sido el argumento esgrimido por algún órgano de contratación con el que se ha consultado en el transcurso de esta investigación en cuanto a la licitación de prestaciones de carácter intelectual.



órganos de contratación han considerado a la hora de evaluar las ofertas, y que van desde aspectos más consolidados como la propuesta técnica, a algunos más novedosos como la asistencia posterior.

Los criterios técnicos (en forma de memoria, proyecto o similares) están presentes, como es lógico dada la naturaleza de este tipo de prestaciones, en la gran mayoría de las licitaciones analizadas, un 80 %. Siguiendo lo contenido en la Directiva 24/2014, la experiencia del equipo del trabajo ha sido considerada en casi la mitad de los procesos de contratación, mientras que factores como el plazo de ejecución, medidas relacionadas con las condiciones laborales y la asistencia posterior tienen una presencia más residual. Otros criterios como la presentación de un plan de calidad, la ampliación de la garantía, etc. también se contemplan en al menos una de las licitaciones de la muestra.

Tabla 2: Aspectos considerados como criterios de adjudicación

Criterio	% de licitaciones donde se considera
Criterios técnicos (memoria, proyecto, propuesta y similares)	80 %
Experiencia del equipo de trabajo	48 %
Plazo de ejecución	24 %
Criterios sociales	12 %
Asistencia posterior	12 %
Otros	36 %

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A pesar del trato distintivo que la LCSP concede a las prestaciones de carácter intelectual, existen obstáculos para su implementación práctica que provocan que, todavía, se esté lejos de aprovechar todo el potencial que, en materia de calidad, pueden alcanzar este tipo de servicios. El dato extraído de la muestra analizada expone una situación preocupante donde directamente se está incumpliendo la LCSP en casi la mitad de las licitaciones.

La primera cuestión que debería abordarse es lograr una definición clara, por ejemplo haciendo referencia a los CPVs que pueden asociarse con este tipo de prestaciones al igual que se hace en el Anexo IV con otro tipo de servicios, que ayudara a los órganos de contratación a determinar si se encuentran o no ante este tipo de servicios. La definición que podría denominarse "por descarte" que ha hecho el TACRC, ligando la naturaleza de este tipo de prestaciones a la creatividad asociada a la propiedad intelectual es un primer paso, pero debería concretarse más.

En cuanto a las cuestiones procedimentales, el procedimiento restringido, que podría adaptarse a este tipo de licitaciones, todavía cuenta con un escaso predicamento, como demuestran las cifras del Registro de Contratos del Ministerio de Hacienda, donde se recogen, para el sector estatal, apenas 6 contratos sobre un total de 22.592 para 2017 y un importe que apenas llega al 0,01 % del total.²⁴⁴

²⁴⁴ Datos obtenidos del Registro Público de Contratos del Ministerio de Hacienda para 2017, disponibles en: <http://www.hacienda.gob.es/es->



Otra cuestión atañe al uso del procedimiento abierto simplificado, que limita al 45 % los criterios evaluables mediante juicio de valor, y que obliga a los órganos de contratación a introducir, al menos en teoría, criterios de calidad evaluable mediante fórmulas. En cuanto a los criterios de calidad usados, se ha comprobado que la experiencia del equipo de trabajo está presente en casi la mitad de las licitaciones, lo cual puede ofrecer una salida al problema de definir criterios de adjudicación relacionados con la calidad mediante fórmulas.

Las prestaciones de carácter intelectual pueden usarse como palanca para introducir criterios asociados con la calidad dentro de las licitaciones públicas, toda vez que el marcado papel que juega la misma para su ejecución. La correcta definición, y ponderación, de los criterios de adjudicación es clave para evitar errores que puedan poner en riesgo, incluso, los procesos posteriores asociados con las mismas como las obras y/o proyectos que pueda derivarse. En definitiva, se trata de valorar el trabajo intelectual de forma adecuada y dejar de considerar el precio como la cuestión fundamental en las licitaciones. Al menos en este tipo de servicios, las administraciones que quieran optar por esa vía tienen la ley de su parte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Bonwick, M., & Daniels, M. (214). Corporate social procurement in Australia: business creating social value. *Social Traders, Melbourne, Australia*.
- Comisión Europea. (2010). *Comunicación de la Comisión, EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (No. COM (2010) 2020 final) (p. 40). Bruselas: Comisión Europea.
- Dimitri, N. (2013). "Best value for money" in procurement. *Journal of Public Procurement*, 13 (2), 149-175.
- Gimeno-Feliú, J.M. (2017). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública. *Consultor de Los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada En Administración Local y Justicia Municipal*, (23), 2782-2798.
- Núñez, G.L. (2008). La Negociación como Procedimiento Contractual. *Consultor de Los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada En Administración Local y Justicia Municipal*, (10), 1772-1784.
- Sanmartín Mora, M. A. (2018, January 22). La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la ley 9/2017 de contratos del sector público-Observatorio de Contratación Pública. Retrieved January 27, 2019, from <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.208/remelnu.3/chk.c6a87637273d092fad041c976984a59b>



- Valcárcel Fernández, P. (2011). Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable: Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (3), 11-11.

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

THE SCOPE OF THE SPECIAL ADMINISTRATIVE CONTRACT UNDER LAW 9/2017 ON PUBLIC PROCUREMENT.

Estela Vázquez Lacunza

Jefa Área Contratación Administrativa AMAS.
Comunidad de Madrid
Doctora en Derecho por la UCLM

RESUMEN: Con la asunción en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, de los tipos contractuales fijados en las Directivas de 2014, que como novedad incorpora la concesión de servicios y suprime el contrato de gestión de servicios públicos, la categoría del contrato administrativo especial ha quedado prácticamente eliminada, pudiendo en función de la configuración de su objeto calificarse como contrato de servicios o concesión de servicios.

PALABRAS CLAVE: contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.



ABSTRACT: Law 9/2017, on Public Procurement, incorporates the types of contracts covered by the Directives 2014/23 and 2014/24. As a result, service concession is ruled and public services management contract is rule out. Special administrative contract has become irrelevant, as its subject matter may conform either a service contract or a service concession.

KEY WORDS: public contracts, administrative contract, private contract, special administrative contract.

SUMARIO: I. LA DUALIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.- II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL.- 1. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS.- 2. LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO TIPO: LA CONCESIÓN DE SERVICIOS.- III. ¿SE PUEDEN SEGUIR CALIFICANDO COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES LOS SERVICIOS DE BAR, COMEDOR O CAFETERÍA EN DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN?.- IV. CONCLUSIONES.- V. RECOMENDACIONES.

I. LA DUALIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Inicialmente todos los contratos se sujetaban al Derecho civil, pero paulatinamente se fue conformando un régimen específico para los contratos suscritos por la Administración que instaura la sumisión preferente al Derecho administrativo de determinados contratos en

atención a su objeto²⁴⁵. Surge así un doble régimen en los contratos. Por una parte, aquellos calificados como contratos administrativos, por tener un determinado objeto: obras, gestión de servicios públicos, suministros y posteriormente servicios, que se regirán por el Derecho administrativo. Y, por otra parte, los contratos privados, que serán todos aquellos que no encajen en los citados supuestos, que mantendrán la aplicación preferente del Derecho civil.

La primera norma que regula todos los contratos celebrados por la Administración del Estado, tuvieran o no carácter administrativo, fue la Ley 5/1973, de 17 de marzo, que modificó el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (en adelante LCE) y además incorporó la delimitación de los contratos administrativos especiales, aunque no utilizase esta denominación²⁴⁶. Así, la nueva regulación permitió atribuir carácter administrativo no solo a los contratos administrativos típicos o nominados, sino a cualquier otro contrato que se ajustara a las previsiones de la ley²⁴⁷. El resto de

²⁴⁵ Este reconocimiento tiene lugar con la aprobación de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado (Exposición de Motivos, apartado I).

²⁴⁶ Encontramos esta terminología en el Reglamento General de la Contratación del Estado, aprobado mediante el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que en su art. 5, para determinar el régimen jurídico aplicable, clasifica los contratos en: contratos administrativos, contratos administrativos especiales y contratos privados.

²⁴⁷ Según su art. 4.2 cualquier otro contrato podía tener carácter administrativo: "por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público, o por revestir características intrínsecas que hagan



contratos distintos a los anteriores tendría la consideración de contrato privado.

Las disposiciones que se han sucedido en materia de contratación pública han ido paralelamente modificando el objeto de los contratos administrativos nominados y fijando las prestaciones que debían incluirse dentro de los contratos privados. La variación de los contornos entre ambas categorías contractuales ha incidido en los contratos administrativos especiales, que si bien han perdurado con algunos cambios en los criterios que los calificaban, han visto reducido su marco. Por un lado, por la ampliación de los contratos administrativos por su objeto y, por otro, por la atracción hacia el Derecho privado de determinados contratos que fueron calificados en el pasado como administrativos especiales²⁴⁸.

Los contratos administrativos y los contratos privados se han mantenido 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). No obstante, es necesario recordar que por influencia del Derecho europeo de la contratación pública, desde la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007) se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una nueva configuración de las categorías

precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”.

²⁴⁸ Para un examen de la evolución de su deslinde, *vid.* VÁZQUEZ LACUNZA, E. “La controvertida caracterización del contrato administrativo especial”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 54, 2017, págs. 219-232.

contractuales, en la que los contratos típicos ya no tienen relación con los contratos administrativos.

De forma que, como su predecesora, la LCSP parte de la delimitación de los tipos contractuales, que se equiparan a los fijados en las Directivas de 2014, y después determina el régimen jurídico al que se someten: administrativo o privado, en función de los sujetos que los celebren²⁴⁹. Así, se mantiene la dualidad entre contratos administrativos y privados para los contratos suscritos por las Administraciones Públicas, mientras que tendrán carácter privado todos los contratos que celebren el resto de entidades que no tengan la consideración de Administración Pública.

La LCSP dedica su art. 25 a delimitar los contratos administrativos, manteniendo la clásica diferenciación entre nominados y especiales. Los contratos administrativos nominados se definen por su objeto, quedando integrados en este grupo los mismos que los establecidos por el Derecho europeo: "los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios". Aunque de entre éstos se excepcionan: los contratos de servicios financieros, los que tengan por objeto la creación e interpretación

²⁴⁹ Para un análisis de su tipología, se pueden consultar, entre otros, los trabajos de NOGUERA DE LA MUELA, B. "El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra", en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 238-277, y el de DÍEZ SASTRE, S. "El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública", en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 519-553.



artística y literaria y los de espectáculos, así como los referidos a suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos²⁵⁰, que tendrán naturaleza privada. Los contratos administrativos especiales lo serán porque lo declare expresamente una ley y aquellos que teniendo un objeto distinto a los nominados estén vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

También hay que advertir que los contratos celebrados con empresarios particulares que actúen como colaboradores en la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios, cuya ejecución esté a cargo de la Administración Pública, que fueron declarados administrativos especiales por la LCSP 2007, han dejado de serlo en la LCSP. Dichas colaboraciones ahora podrán convenirse mediante la celebración de contratos típicos en función de su objeto²⁵¹.

Serán contratos privados los celebrados por la Administración que tengan un objeto distinto a los contratos administrativos (art. 26 LCSP).

²⁵⁰ Para mayor concreción, se identifican con el número de referencia CPV.

²⁵¹ Las prestaciones de servicios se realizarán normalmente por la Administración con sus propios medios, salvo que se carezca de medios suficientes y se justifique en el expediente, pudiendo concertarse a través de contratos de servicios (art. 30.3 LCSP), y la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles efectuados en colaboración con empresarios a los que les será aplicable el régimen de los contratos de obras o de suministro (art. 30.4 LCSP).

También serán privados, los contratos y negocios excluidos de la LCSP, entre los que están los del ámbito demanial y patrimonial²⁵², que se regirán por su normativa específica (art. 9). Para distinguirlos de los administrativos especiales, resulta aconsejable analizar cada negocio jurídico de forma individualizada para determinar la causa o finalidad perseguida por la Administración para dilucidar si existe un fin público más allá del puramente patrimonial. En el contrato se atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo el interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión patrimonial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido²⁵³. Por ejemplo, la instalación y explotación de quioscos en el marco de servicios de temporada de playas ha sido considerado como una concesión demanial²⁵⁴.

II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

La delimitación de los tipos contractuales en nuestro ordenamiento jurídico ha estado marcada por la

²⁵² Su exclusión se incorpora por exigencia del art. 10.a) de la Directiva 2014/24/CE.

²⁵³ Resolución 49/2017, de 15 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACP).

²⁵⁴ Resolución 797/2018, de 14 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).



evolución que ha experimentado la regulación de la contratación pública en el Derecho de la Unión Europea. Este marco normativo, cuya pretensión ha sido establecer un régimen común en esta materia para todos los Estados miembros para lograr un mercado interior único, ha incidido también en la configuración del contrato administrativo especial. Ya que desde su definición en la LCSP 2007²⁵⁵ precisa tener un objeto distinto a los contratos administrativos típicos²⁵⁶ y que no se le haya atribuido carácter privado, salvo que lo determine expresamente una ley²⁵⁷.

La configuración actual de los contratos de servicios y la incorporación de las concesiones de servicios en la LCSP, conforme a las Directivas de 2014, como analizaremos a continuación, ha reducido el marco de pervivencia de los contratos administrativos especiales. Principalmente, por la supresión del contrato de gestión de servicios públicos que ha provocado que los servicios que eran su objeto se reconduzcan a alguno de los dos tipos, utilizando como criterio diferenciador la transferencia o no del riesgo operacional. El resultado ha sido que tanto

²⁵⁵ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "Contratos administrativos especiales", I y II, *Contratación Administrativa Práctica*, núms. 100 y 101, 2010. También, BERNAL BLAY, M. A. "Contrato administrativo especial", en BERMEJO VERA, J. (Dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 155-161.

²⁵⁶ Como remarcó el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en su Resolución 92/2014, de 27 de junio, en la que sostuvo que solo podían ser así calificados aquellos contratos que no encajasen en ninguno de los contratos típicos.

²⁵⁷ Para la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat de Valencia el margen era tan estrecho que quedaron posiblemente reducidos a los supuestos que fueran declarados por una ley (Informe 9/2009, de 14 de diciembre).

el contrato de servicios como la concesión de servicios pueden tener por objeto servicios públicos y los que no tengan dicho carácter. En definitiva, ambas figuras contractuales se han expandido como consecuencia de la nueva delimitación.

1. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Con la aprobación de la LCSP 2007, los contratos administrativos especiales ya fueron considerados como la categoría residual²⁵⁸ debido a la reducción de su ámbito por la ampliación del objeto del contrato de servicios, que incorporó los de consultoría y asistencia. Precisamente la definición eminentemente negativa de los contratos de servicios, por exclusión de los contratos de obra y suministro, y consistente en una obligación de hacer vinculada a una de las actividades enumeradas en el anexo II de la LCSP 2007, determinó que algunos Tribunales de recursos contractuales considerasen que prestaciones que habían sido tipificadas como contratos administrativos especiales, como los de atención domiciliaria, debían calificarse como contratos de servicios²⁵⁹.

²⁵⁸ *Vid.* Informe 13/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Catalunya. También el Informe 19/2008, de 4 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón (en adelante, JCCAAr) para la que el carácter residual del contrato administrativo especial deriva de que en la regulación prima la tipificación, al margen del régimen jurídico.

²⁵⁹ Por ejemplo, en la Resolución 32/2014, de 19 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC) o en la Resolución 197/2015, de 26 de noviembre, del TACP.



La definición del contrato de servicios que encontramos en el art. 17 de la LCSP es similar a la que hacía la LCSP 2007, en cuanto a que se define por exclusión de los contratos de obra o suministro, y que consiste en una obligación de hacer u obtener un resultado, aunque pierde su remisión al anexo II, que desaparece, e incluye la ejecución de servicios de forma sucesiva y precio unitario.

Sin embargo, a pesar de no encontrar ninguna referencia en su definición, del examen del preámbulo de la ley se desprende que su objeto es ahora más amplio, pues también incluye prestaciones que, en la normativa anterior, eran contratos de gestión de servicios públicos en los que el contratista no asumía el riesgo operacional²⁶⁰. Por ello, se incluye en la LCSP el art. 312 que se refiere a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su finalidad es salvaguardar los principios básicos de los servicios públicos, cuando éstos se presten mediante un contrato de servicios por no trasladarse al contratista el riesgo operacional.

2. LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO TIPO: LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

A las Directivas europeas de contratación pública encargadas de tipificar los contratos públicos, inicialmente centradas en regular la preparación y adjudicación de los contratos y que pasaron después a ocuparse también de su ejecución y resolución, se ha

²⁶⁰ Ya fueron calificados como contratos de servicios por esta causa, por ejemplo, los servicios de pre-recogida, recogida y transporte de residuos urbanos generados por una mancomunidad de municipios (Resolución 80/2017, de 10 de julio, del OARC).

sumado una Directiva de concesiones²⁶¹ que por primera vez regula las concesiones de servicios²⁶².

Los tres elementos esenciales para delimitar el ámbito de la concesión de servicios se extraen de la conjugación de dos preceptos, el art. 15²⁶³ y el art. 284.1²⁶⁴ de la LCSP. En primer lugar, se precisa que los servicios que se liciten sean de la titularidad o competencia del poder adjudicador. Se ha interpretado que con la inclusión de estos dos términos se da cobertura tanto a servicios públicos como a servicios no públicos²⁶⁵. En segundo

²⁶¹ La Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

²⁶² Aunque definidas en la Directiva 2004/18/CE, estaban excluidas de su aplicación.

²⁶³ "1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional (...)"

²⁶⁴ "La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares (...)"

²⁶⁵ TORNOS MAS, J. "El contrato de concesión de servicios", en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 1457. Asimismo, LAZO VITORIA, X. "El contrato de concesión de servicios", en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO



lugar, resulta preciso que los servicios sean susceptibles de explotación económica, ya que la retribución del concesionario por la prestación de los servicios debe provenir en todo caso de su explotación, si bien puede ir acompañada del pago de un precio abonado por la Administración. Y, en tercer lugar, resulta imprescindible que la explotación implique la transferencia del riesgo operacional al concesionario, pues de lo contrario, como ya se ha indicado, estaríamos ante un contrato de servicios.

Debido a que el elemento diferenciador de la concesión de servicios ya no es que el objeto de la prestación sea un servicio público, desaparece una de las notas que determinaron que algunas prestaciones fuesen calificadas en el pasado como contratos administrativos especiales. Así, en base a esta nueva delimitación el OARC calificó como concesión de servicios un contrato consistente en la recepción, selección, clasificación y acondicionamiento de cartón y papel procedente de la recogida selectiva de residuos para su reciclaje, en el que en base a su configuración el poder adjudicador no garantizaba a la adjudicataria la cobertura íntegra de los costes soportados por la gestión de las actividades (Resolución 149/2018, de 6 de noviembre).

También encontramos otro ejemplo en la Resolución del TACRC 790/2018, de 14 de septiembre, relativa a la prestación de transporte con un mini tren turístico, que había sido calificado como contrato administrativo especial. Para el tribunal el contrato debe calificarse como concesión de servicios debido a que el adjudicatario tiene que prestar un servicio de titularidad

CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2588 y 2589.

municipal, por ser los raíles y el itinerario propiedad del Ayuntamiento, abonando un canon y corriendo en su ejecución con el riesgo operacional.

III. ¿SE PUEDEN SEGUIR CALIFICANDO COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES LOS SERVICIOS DE BAR, COMEDOR O CAFETERÍA EN DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN?

De entre los contratos tipificados como administrativos especiales, el más recurrente ha sido el que tenía por objeto servicios de restauración, cafetería, bar o similares en instalaciones de la Administración contratante. Su calificación ha generado gran controversia debido a los cambios en los tipos contractuales, a que para su prestación se utiliza el patrimonio público y a que no todos los servicios se han configurado del mismo modo, sino que las condiciones fijadas para su prestación han sido dispares.

La doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE) ha sostenido que los servicios de comedor, cafetería y análogos podían ser contratos de servicios o contratos administrativos especiales. Cuando la prestación se realizaba a la propia Administración a cambio de un precio, debía calificarse como contrato de servicios. Sin embargo, cuando los servicios se realizaban a favor de usuarios distintos a la Administración que abonaban los servicios, como funcionarios, estudiantes o público en general, la tipificación apropiada era la de contrato administrativo especial porque no eran servicios públicos, pero se trataba de un servicio vinculado al giro o tráfico de la Administración, complementario para la consecución de sus fines.



Sin embargo, con la ampliación del objeto del contrato de servicios en la LCSP 2007, la JCCAA²⁶⁶ y el Tribunal de Administrativo de Contratos Públicos de Aragón²⁶⁷ sostuvieron que los contratos de explotación de bares y cafeterías debían ser calificados como contratos de servicios de la categoría 17 del anexo II, dado el carácter residual del contrato administrativo especial. Criterio que no fue compartido por otras Juntas y Tribunales, en particular, tanto la JCCAE como el TACRC persistieron en considerarlos contratos administrativos especiales²⁶⁸.

Pero los cambios en la delimitación conceptual de los contratos públicos, como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2014/23/UE que regula las concesiones de servicios y la ampliación de la definición de los contratos de servicios en la Directiva 2014/24/UE, ha llevado al TACRC a revisar la calificación de los contratos de cafetería y comedor como contratos administrativos especiales²⁶⁹. El Tribunal ya no se centra en la naturaleza pública o no de los servicios al analizar las prestaciones definidas en los pliegos para establecer su calificación. Lo relevante es determinar si el contratista obtiene la explotación de los servicios y se le transfiere el riesgo

²⁶⁶ Informe 19/2008, de 4 de septiembre.

²⁶⁷ Entre otros, el Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la explotación del bar y cafetería del Palacio de Congresos de Zaragoza.

²⁶⁸ Por ejemplo, en el Informe JCCAE 25/2012, de 20 de diciembre y en la Resolución TACRC 29/2014, de 17 de enero.

²⁶⁹ *Vid.* Resolución 411/2017, de 5 de mayo, en la que estima que el arrendamiento de locales para actividades de restauración en el aeropuerto de Barcelona a favor de viajeros y público en general, si bien no es en puridad un servicio público, encaja en la concesión de servicios si se transfiere el riesgo operacional.

operacional. Así lo hizo, por ejemplo, en su Resolución 300/2018, de 23 de marzo, relativa al servicio de cafetería-autoservicio en diversos edificios del Ministerio de Defensa que en el anuncio de licitación fue calificado como contrato de servicios. Para el Tribunal, el contrato debe conceptuarse como concesión de servicios²⁷⁰, ya que el adjudicatario explotará los servicios asumiendo el riesgo operacional, al no estar garantizado que en condiciones normales de funcionamiento pueda cubrir los costes de explotación²⁷¹.

Los mismos argumentos han llevado a otros Tribunales de recursos contractuales a considerar que la explotación de servicios de cafetería, que venían calificándose como administrativos especiales, tienen encaje en la figura de la concesión de servicios cuando exista riesgo operacional, pues su diferencia con el contrato de servicios no radica en el objeto²⁷² sino precisamente en

²⁷⁰ Del mismo modo que, por efecto directo de las Directivas, estimó que era correcta la calificación de un servicio de cafetería y comedor de un hospital universitario como concesión de servicios (Resolución 86/2018, de 2 de febrero).

²⁷¹ En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la Resolución 693/2018, de 20 de julio, de adjudicación del servicio de cafetería y comedor en dependencias de la Guardia Civil; la Resolución 261/2018, de 16 de marzo, sobre el servicio de cafetería en un campus de la Universidad Politécnica de Valencia; o la Resolución 872/2018, de 1 de octubre, relativa al servicio de bar/restaurante en las instalaciones de un hipódromo.

²⁷² Como advierte el TACRC en la Resolución 417/2018, de 27 de abril, las prestaciones son las mismas tanto si se incardinan dentro del contrato de servicios como en la concesión de servicios, ya que el anexo IV de la Directiva 2014/23/UE y el anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, referidos a servicios sociales y otros servicios específicos, se incluyen como servicios de hostelería y restauración. El contrato examinado



la traslación del riesgo al adjudicatario. Como sostuvo el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que determinó que en un contrato de explotación de bar-cafetería de varios centros de la Universidad de Granada calificado como contrato administrativo especial, en el que el contratista asumía los gastos de explotación y era el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones, así como de los eventuales daños que el funcionamiento pudiera originar a terceros, era una concesión de servicios.

Por último, debido a que los servicios de explotación de un bar o cafetería pueden ubicarse en instalaciones de la Administración, también será preciso analizar cuál es la causa o finalidad del uso privativo del espacio, ya que el régimen contractual será aplicable cuando la actividad a realizar se pueda considerar como prestación de servicios por la finalidad pública que persigue. Por el contrario, cuando la causa del negocio jurídico se limita a autorizar el uso privativo de instalaciones de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho, persiguiendo con la ocupación del espacio únicamente una rentabilidad económica, el contrato tendrá carácter patrimonial. Atendiendo a estas

que consistía en el servicio de cafetería y restauración de un hospital, tenía un doble objeto: la explotación de cafeterías para el personal del hospital y el público en general, cuyos servicios abonarían los usuarios y por cuya gestión el adjudicatario debía pagar un canon a la Administración, y los servicios de comidas para el personal de guardia que pagaría la Administración. Para el Tribunal la explotación de las cafeterías, calificada como de naturaleza administrativa especial era una concesión de servicios, mientras que coincidió con el órgano de contratación en calificar el servicio de comedor para el personal de guardia como contrato de servicios.

consideraciones, la JCCAAr descarta la calificación como patrimonial de un contrato para la gestión del bar y cafetería de una piscina municipal, en el que se asumen otros servicios, por ser la causa del contrato dar servicio a los usuarios de la instalación, fijando las condiciones para su explotación, como horarios o precios²⁷³. Dicha prestación en la que el adjudicatario asume el riesgo de explotación y la responsabilidad frente a terceros ha de calificarse como concesión de servicios (Informe 13/2018, de 30 de mayo)²⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

La ampliación del objeto de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios ha limitado el ámbito de aplicación del contrato administrativo especial. Solo los contratos celebrados por una Administración Pública podrán tener naturaleza administrativa especial, pero debido a que dicha calificación exige que lo haya declarado expresamente una ley o que tengan por objeto prestaciones distintas a los contratos nominados y a los calificados como contratos privados por la LCSP, su marco ha quedado reducido.

²⁷³ *Vid.* en el mismo sentido, la Resolución TACP 153/2017, de 17 de mayo, relativa a la explotación de la cafetería de un auditorio municipal.

²⁷⁴ Sin embargo, la explotación de un bar-cafetería-restaurante en un terreno de dominio público, fue considerada una concesión administrativa debido a que la esencia del negocio era la elección de la solución más ventajosa para la concesión del demanio portuario para su explotación comercial, lo que excluía la idea de que la autoridad portuaria hubiera asumido los servicios para su explotación directa o indirecta (Resolución TACRC 603/2018, de 22 de junio).



V. RECOMENDACIONES

La Administración para realizar una prestación tiene varias opciones: efectuarla con sus propios medios, mediante gestión directa, o a través de la contratación pública, que engloba los contratos de servicios, concesiones de servicios o contratos administrativos especiales.

Para dilucidar si un contrato puede ser calificado como administrativo especial en primer lugar habría que examinar el elemento subjetivo, pues solo puede celebrarlos una Administración Pública. A continuación, sería preciso descartar su encaje en alguno de los contratos típicos. En este sentido, y debido a la nueva configuración del contrato de servicios y a la inclusión de la concesión de servicios, debiera cuestionarse si ciertos contratos considerados administrativos especiales en el pasado pueden mantener su calificación o deben incluirse en alguna de estas categorías contractuales.

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

**BLOQUE IX:
COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO**

CONTRATACIÓN PÚBLICA y URBANISMO.

Ángel José Cervantes Martín

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo

RESUMEN: Al cumplirse el próximo 9 de marzo de 2019 un año de la entrada en vigor de la LCSP/2017, se analiza por el autor las referencias expresas que dicho texto legal hace al urbanismo, analizando la incidencia que la normativa de la contratación pública tiene sobre el mismo, comenzando con el estudio de la implantación en el año 1994 de la figura del agente urbanizador como sistema disruptivo, analizando la naturaleza jurídica del convenio de gestión urbanística que suscribe la Administración actuante con este agente urbanizador, y como la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y del TJUE ha ido recogiendo paulatinamente la aplicación de la normativa de contratación pública a la selección del agente urbanizador y a la ejecución de las nuevas actuaciones urbanizadoras, recogiendo una breve selección de jurisprudencia sobre esta materia, y unas conclusiones finales.

ABSTRACT: At the end of the next 9th of March 2019, one year after the entry into force of LCSP/2017, the explicit references regarding urban planning will be reviewed by the author, analysing the impact of public procurement regulations on it. The review will start with



the study of the implementation in 1994 of the Urban Development Agent as a disruptive system, followed by the legal analysis of the urban planning agreement subscribed between the Administration and the figure of the Urban Development Agent. Additionally, it will also address how the case-law of the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union have been gradually gathering the application of Public Procurement Regulation to the selection of the Urban Development Agent and the execution of new urban development processes, to conclude with a brief selection of case-law and final assumptions.

PALABRAS CLAVE: Urbanismo. Contratación Pública. Agente Urbanizador. Ley Contratos Sector Público. Selección Urbanizador. Convenios Urbanísticos: Naturaleza Jurídica. Jurisprudencia Tribunal Supremo y Tribunal Justicia Unión Europea.

SUMARIO: 1) Introducción. Escasas referencias de la LCSP/2017 al urbanismo. 2) Incidencia de la normativa de contratación pública en el urbanismo español: del sistema tradicional (compensación y cooperación) al sistema disruptivo, con la aparición en 1994 de la figura del agente urbanizador. 3) Sobre la naturaleza jurídica del convenio de gestión urbanística entre la Administración actuante y el agente urbanizador. 4) ¿Es aplicable la legislación de contratos a los convenios urbanísticos?. 5) Jurisprudencia sobre la incidencia de la contratación administrativa en el ámbito urbanístico. 6) Conclusiones. 7) Bibliografía.

1) INTRODUCCIÓN. ESCASAS REFERENCIAS DE LA LEY 8/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP/2017) AL URBANISMO.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, cumplirá su primer año de vida el próximo 9 de marzo de 2019, y ha supuesto la incorporación extemporánea al ordenamiento jurídico español de las Directivas europeas 2014/23 y 2014/24.

Entre sus objetivos se encuentra el conseguir una mayor transparencia en la contratación pública, una mejor relación calidad-precio, y lograr que la contratación pública sea un instrumento para implementar las políticas en materia social, medioambiental, de innovación y de desarrollo.

La nueva ley contiene una excelsa regulación (un total de 347 artículos, más 53 Disposiciones Adicionales, 5 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria, 16 Disposiciones Finales, y 6 Anexos), con lo que podemos concluir que nace con un marcado carácter reglamentista.

En líneas generales, podríamos decir que mantiene el esqueleto de la regulación anterior, si bien incorpora importantes novedades, como son la simplificación de trámites persiguiendo una menor burocracia, buscando con ello facilitar el acceso de las PYMES, como refuerzo del principio de libre competencia, y una serie de mejoras en aras a garantizar el principio de transparencia, como por ejemplo el nuevo procedimiento negociado.

La LCSP/2017 cita sólo en cuatro (4) ocasiones el vocablo "urbanismo": en el art. 71.1 letra a): (prohibición para contratar en esta materia); en el art. 183 apartado 1: concursos de proyectos cuando afecte:



arquitectura, urbanismo, ingenierías, etc., en el apartado 3 del mismo art. 183: en los contratos de servicios que conlleven redacción de proyectos de arquitectura, urbanismo, etc., obliga o remite a las normas específicas del concurso de proyectos, y en la Disposición Adicional 41ª: reconocimiento de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo.

¿Quiere esto decir que no incide la legislación de contratación pública en el urbanismo español?. Veremos a lo largo de este trabajo como hay una incidencia más que influyente.

2) INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL URBANISMO ESPAÑOL: DEL SISTEMA TRADICIONAL (COMPENSACIÓN Y COOPERACIÓN) AL SISTEMA DISRUPTIVO, CON LA APARICIÓN EN 1994 DE LA FIGURA DEL AGENTE URBANIZADOR).

El punto de partida de la incidencia o aplicación de la legislación de contratos al urbanismo se puede residenciar en la conocida Sentencia del entonces denominado Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto del Teatro de la Scalla de Milán (Julio de 2001).

Por aquél entonces, la obra de urbanización en España se realizaba por gestión privada, a través de los sistemas tradicionales conocidos como de compensación (con la constitución de los propietarios de terrenos en Juntas de Compensación) y cooperación (con un mayor protagonismo de la Administración actuante).

Las Juntas de Compensación están integradas por los propietarios afectados, quienes desarrollan una actuación urbanística, son los "promotores" de la actuación, y celebran contratos con terceros. En un primer momento esos contratos se consideraban sujetos al derecho privado, resolviendo en tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 44/2009, de 26 de febrero de 2010, donde vino a decir que a las Juntas de Compensación no les resultaba de aplicación la LCSP, ni sus normas de desarrollo (en este Informe se daba respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Palafrugell (Gerona)).

Sin embargo, esa postura inicial fue poco a poco matizada, y se produjo una huida hacia el derecho público. Así, mediante Informe 21/2011, de 12 de septiembre, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, vino a matizar un poco la postura de la JCCAE, y confirmó que las Juntas de Compensación, aun excluidas del sector público y sin que les corresponda la condición de poderes adjudicadores, *"vienen obligadas a aplicar la normativa de contratación pública solo cuando ejecutan obra pública derivada de la función urbanística encomendada"*, es decir, rechaza la naturaleza contractual de la relación entre la Junta de Compensación y el Ayuntamiento, pero indica que están sujetos a la normativa de contratación pública cuando ejecuten obra pública derivada de la función urbanística encomendada: "encargo o traslado de funciones públicas". (en este asunto daba respuesta a una consulta formulada por el Ayuntamiento de Zaragoza).

Pero este sistema tradicional dio un giro copernicano con la aparición de un nuevo sistema de ejecución urbanística, el conocido como agente urbanizador, figura que fue introducida por primera vez en la legislación



urbanística española de la mano de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU), cuya autoría corresponde al Catedrático de Derecho Administrativo Luciano Parejo Alfonso y al Arquitecto Urbanista Gerardo Roger Fernandez).

Este modelo se importó poco después a otras Comunidades Autónomas, y así en concreto en Castilla-La Mancha, en fecha 20 de junio de 1998, entró en vigor la Ley 2/1998, de 4 de junio, Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, conocida como LOTAU.

En este nuevo sistema de ejecución, los propietarios de suelo quedan relegados, y pasan a tener un nulo protagonismo. Ello dio lugar a numerosos y sonados abusos por los agentes urbanizadores, viéndose obligados los propietarios –dada la poca transparencia de los Ayuntamientos-, a formular denuncias ante el Parlamento Europeo, emitiéndose varios pronunciamientos en contra de estos abusos (Informe Fortou, Informe Auken, e Informe Jääskinen, entre otros), lo que motivó la modificación de la figura del Agente Urbanizador en la legislación valenciana (sustitución de LRAU/1994) apareciendo ya por primera vez con una mínima sujeción al derecho de la contratación pública. Así, la Ley 16/2005, de Urbanismo Valenciana, vino a exigir ya mayores requisitos para la adjudicación de los Programas de Actuación Urbanizadora (PAU), y empieza a exigir por aquel entonces la aplicación de los principios de la contratación pública: solvencia económica, solvencia técnica, utilización de procedimientos de contratación a la hora de adjudicar el PAU (denominados Programas de Actuación Integrada –PAI- en la CC.AA. Valenciana), mediante concurso público; medidas en definitiva que “desapoderan” al agente urbanizador en beneficio de los

propios propietarios. Esta nueva legislación (Ley 16/2005, LUV) fue declarada ajustada a las Directivas europeas de contratación, mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2011.

Con ello podemos concluir que se produjo una (i) incorporación de los principios de publicidad y libre concurrencia al ámbito urbanístico para la selección del agente urbanizador, (ii) se fortaleció la posición de los propietarios frente al agente urbanizador, rompiendo con la posición dominante que mantenía este frente a aquellos, y supuso una (iii) mayor apertura del mercado y al mismo tiempo se favoreció la competencia para las adjudicaciones de los nuevos desarrollos urbanísticos.

3) SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO DE GESTIÓN URBANÍSTICA ENTRE LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE Y EL AGENTE URBANIZADOR.

Un segundo problema anudado a lo anterior, es la naturaleza jurídica del convenio que rige las relaciones Administración actuante-agente urbanizador, pronunciándose en un primer momento parte de la doctrina a favor de no reconocer naturaleza contractual a los mismos, sino que se enmarca en un convenio de colaboración (excluido expresamente de la LCSP). Otros autores sostenían la naturaleza contractual del convenio, y por ende, su plena inserción en el ámbito de la LCSP. En Castilla-La Mancha, el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, conocido como TRLOTAU, en su art. 125 siempre ha apuntado en esta dirección, al disponer que "*las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de*



Actuación Urbanizadora, se regirán por lo dispuesto en esta ley y, en el marco de la misma, en los planes, el propio Programa....., así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos”.

No obstante, hubo disparidad de criterios, pudiendo citar como paradigmático lo acontecido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ Comunidad Valenciana, donde la Sección Primera (STSJ Comunidad Valenciana nº 1322/2002, de 1 de octubre) mantenía la naturaleza contractual administrativa de la relación Administración-agente urbanizador.: “nos encontramos ante un contrato de obra, puesto que el poder adjudicador es una administración pública, la obra es de urbanización, y el urbanizador se compromete con la Administración a ejecutar la actuación urbanística”, y también lo mantiene en otra sentencia (nº 156/2003, de 5 de febrero) donde se pronuncia en términos parecidos, si bien, entiende que es un contrato de concesión de obra pública. Pero por otro lado, la Sección Segunda de la misma Sala del mismo Tribunal Superior de Justicia citado, (STSJ Comunidad Valenciana nº 516/2005, de 13 de mayo), entendía que “*nos hallamos, en definitiva, no tanto en el ámbito de la contratación administrativa, cuanto ante el ejercicio por parte de los particulares de las facultades de redactar y promover proyectos de planes y programas, que vienen reconocidas....., y se ejercitan en régimen de libre concurrencia*”. En este mismo sentido, la sentencia nº 1105/2005 estableció que “*ni por las prestaciones y contraprestaciones son equiparables al urbanizador el contratista o concesionario de obras públicas o el gestor de un servicio público, no siendo, por tanto, aplicable, la normativa estatal tal como se pretende ni, procediendo, por ende, el planteamiento de la duda de constitucionalidad que suscita la actora*”.

Finalmente, este problema fue resuelto por el Alto Tribunal mediante la STS de 22 de noviembre de 2006, por la que confirmó la tesis mantenida por la Sección Primera de la Sala en STSJ Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2003, declarando el carácter contractual (y no convencional) de la relación Administración-urbanizador, estableciendo a estos efectos que *"... la doctrina constitucional transcrita en el motivo no excluye, en modo alguno, que en la selección del urbanizador, y en las normas que lo regulen, hayan de ser respetados los principios que inspiran las normas básicas estatales sobre selección del contratista; ni excluye tampoco, desde luego, que hay de ser respetado el Derecho comunitario europeo"*

También la STS de 28 de diciembre de 2006 declaró posteriormente, con mayor rotundidad si cabe, que resultan plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los PAUS los criterios establecidos en los entonces vigentes arts. 87 y 89.2 de la LCAP, y en esta misma línea la STS de 27 de marzo de 2007 declaró aplicables a las adjudicaciones de los PAUS por los Ayuntamientos las prohibiciones para contratar establecidas en la legislación de contratos administrativos.

Sentado lo anterior (a estas alturas ya nadie discute la sujeción de la adjudicación de los PAU,S a las normas de la contratación pública), y en lo que respecta a su naturaleza jurídica, como antes se dijo, la STJUE de 26 de mayo de 2011 declaró la legalidad de la legislación valenciana por no ser contraria a las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, pero declaró que los PAIS no tienen naturaleza de contrato público de obras, sino que es algo más complejo, pues conllevan la redacción de planeamiento, el desarrollo posterior de la gestión urbanística, la tramitación de los



proyectos de urbanización y del de reparcelación, la ejecución de la obra pública urbanizadora, etc..., razones por lo que la mayoría de la doctrina considera que la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre el agente urbanizador y la Administración actuante es un contrato administrativo especial, que ha de respetar de forma clara los principios de la contratación pública (en mayor medida que en el sistema tradicional representado por el sistema clásico de compensación), y conforme determina el art. 25.2 in fine LCSP/2017, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y la extinción de los mismos, en primer término sus normas específicas (legislación urbanística), y supletoriamente, la legislación en materia de contratación pública.

En lo que respecta al derecho positivo, la regulación legal: art. 9.2 Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Renovación Urbana, de 30 de octubre: *"en los supuestos de ejecución de las actuaciones a que se refiere este capítulo mediante procedimientos de iniciativa pública, podrán participar, tanto los propietarios de los terrenos, como los particulares que nos ostenten dicha propiedad, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable. Dicha legislación garantizará que el ejercicio de la libre empresa se sujete a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia"*.

En el ámbito autonómico de Castilla-La Mancha, el TRLOTAU, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, en su art. 125 dispone que las relaciones derivadas de la adjudicación del PAU se regirán por lo dispuesto en esta Ley, en los Planes y en el propio Programa, así como, supletoriamente, por las reglas del *contrato de gestión de servicios públicos* de la legislación

de contratación del sector público. Su desarrollo reglamentario, en concreto el art. 86 del Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (RAE/TRLOTAU, aprobado por Decreto 29/2011, de 19 de abril, dispone que "la selección del urbanizador ha de realizarse mediante procedimiento de pública competencia cuyas condiciones hayan sido previamente establecidas en la Bases para la adjudicación de Programas de Actuación Urbanizadora que al efecto se aprueben, que habrán de ajustarse a los requisitos establecidos en el TRLOTAU y en este Reglamento y, cuando en ellos esté expresamente previsto, en la legislación sobre contratos del sector público y, en su caso, la de régimen local.

4) ¿ES APLICABLE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS A LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS?.

La práctica de formalizar convenios en el ámbito urbanístico comenzó a finales de los años 80 del siglo pasado (ej. desarrollo urbanístico de Marbella, donde se sustituyó al planeamiento por la firma de convenios urbanísticos puntuales para cada actuación), hasta el punto de que el urbanismo convencional desplazó en muchos municipios al urbanismo legal.

La legislación urbanística no contemplaba ningún tipo de regulación sobre los convenios (ni la primigenia Ley del Suelo de 1956, ni las posteriores leyes estatales del suelo de los años 1975 y 1990). La cobertura inicial de estos convenios se amparaba en el entonces vigente art. 88 de la Ley 30/1992, LRJAPyPAC (posibilidad legal de terminación convencional de los procedimientos administrativos).



Sin embargo, en la actualidad todas las legislaciones urbanísticas (leyes autonómicas) regulan, con mayor o menor detalle, esta importante figura del urbanismo, distinguiendo convenios de gestión y convenios de planeamiento (estos últimos pueden innovar o modificar el planeamiento vigente), incluso en algunas CC.AA. (Navarra, Madrid y La Rioja) se convierten en un modo de ejecución, sustituyendo a los sistemas tradicionales de actuación.

Como ya hemos anticipado, el urbanismo "legal" no puede quedar desvirtuado por un urbanismo "convencional". Hay que evitar que la ordenación urbanística, que es una función pública, sea el resultado de una sucesión de acuerdos bilaterales firmados "a la carta". Para ello, como fórmulas posibles, la legislación valenciana, entre otras, para la firma de un convenio de planeamiento (los que pueden modificar el planeamiento en vigor) requiere la previa justificación de la "conveniencia de lo estipulado para el interés general, y su coherencia con el modelo y estrategia territorial del municipio". Por otro lado, la legislación de la Comunidad de Madrid llegó a prohibir los convenios de planeamiento "para fortalecer la independencia de los ayuntamientos y garantizar mejor la transparencia de todas las decisiones urbanísticas". (art. 245 Ley Suelo Comunidad de Madrid, modificado por la Ley 3/2007).

Así las cosas, podemos preguntarnos: ¿es exigible a los convenios_urbanísticos, además de la publicidad, la aplicación del principio de concurrencia?. Veamos. El art. 6 LCSP/2017 (como antes lo hiciera el art. 4.1 letras c) y d) LCSP/2007, y antes también el art. 3.1 letras c) y d) de la LCAP/2000) excluye de su ámbito los convenios de colaboración suscritos entre entidades públicas; así como los suscritos entre éstas y las personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, salvo que su

contenido esté comprendido en el de los contratos regulados en la propia ley, o en normas administrativas especiales (ejemplo de esta salvedad: STS 27 de diciembre de 2005, donde se analizan las estipulaciones del convenio y se concluye que, pese a su denominación, se trata de un contrato administrativo típico –concesión de una obra pública- que debe someterse a la legislación de contratación pública. Es decir, no basta la mera denominación como convenio de colaboración para excluir el acuerdo del ámbito de la LCSP.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Así, mediante Sentencia de 27 de marzo de 2007 declaró la imposibilidad de contratar con persona incurso en alguna de las causas de prohibición previstas en la legislación de contratos (recogida en el entonces vigente art. 20 TRLCAP/2000).

En otra Sentencia de la misma Sala de fecha 4 de abril de 2012 (recurso nº 8540/2008) -en relación con la STJUE de 26-05-2011- estableció que *"..no era exigible, para resultar designado urbanizador, estar clasificado como contratista de obra pública, ya que pueden resultar designados urbanizadores de sus terrenos los propietarios, pues con ello se respetan estrictamente los principios de no discriminación y libre concurrencia"*.

Igualmente son significativas las Sentencias de la misma Sala de fechas 4 de abril de 2012 (recurso nº 6460/2008) donde declara que la adjudicación al agente urbanizador del PAU no sería un contrato público con el significado contemplado en las Directivas de la Unión Europea, sino un contrato especial, que se debe regir por su regulación específica, y no por lo establecido para los contratos de obras o de servicios en la legislación estatal de contratos. Otra importante es la Sentencia de 27 de



enero de 2009, donde indica de forma clara que resulta procedente observar las exigencias de la legislación de contratos administrativos, y de forma concreta a la acreditación de la solvencia económica (art. 16 TRLCAP/2000) y a la solvencia técnica (art. 17 TRLCAP/2000). Esta sentencia casa y anula una STSJ Castilla-La Mancha (adjudicación PAU por el Ayuntamiento de Guadalajara), donde recoge que a las adjudicaciones de los PAUS les es aplicable la LCAP, y así lo habían declarado incluso antes en SSTJ, Sala 3ª, de 04-01-2007 (rec. casación 4839/2003) y de 05-02-2008 (rec. casación 714/2004), si bien en este caso, introduce un importante matiz: es un defecto subsanable ya que se trata de una mera falta de acreditación de aquellos requisitos, y así, en la parte dispositiva de la sentencia, se indica que se deberá requerir al agente urbanizador a fin de que en el plazo de 10 días pueda acreditar su solvencia económica y su solvencia técnica.

En la Sentencia de 12 de noviembre de 2014 el Alto Tribunal estima el recurso de casación y declara la necesidad de que por parte de la Administración actuante se aprueben unas bases reguladoras (pliegos de cláusulas) que han de regir el procedimiento de adjudicación del PAU y selección del agente urbanizador, anulando una STSJ Comunidad Valenciana (aprobación definitiva y adjudicación PAU por parte del Ayuntamiento de Bétera (Valencia), recuerda que, conforme a la STJUE de 26-05-2011, la relación existente entre el urbanizador y la Administración no es un contrato de obras, ha de conceptuarse como una modalidad especial de contratación administrativa que se rige por su regulación específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la legislación estatal de contratación del sector público. Y por último, citar la Sentencia nº 2056/2016, de 26 de septiembre, que como colofón de todo lo anterior, recoge lo siguiente: *"En definitiva, lo que venimos afirmando*

como un imperativo indeclinable es la necesaria observancia por los PAI de las exigencias mínimas y básicas requeridas a la contratación administrativa. Entre tales exigencias, los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia han de venir inexorablemente a presidir la adjudicación de los PAU, más allá de su consideración como contratos de obras o como contratos administrativos de carácter especial...” (esta sentencia casa y anula una STSJ Comunidad Valenciana que había declarado la nulidad de la adjudicación de un PAI, por no justificar el adjudicatario clasificación como contratista, así como por la inexistencia de publicidad en el ámbito comunitario – DOUE-).

CONCLUSIONES:

- 1) La nueva LCSP (Ley 9/2017) no introduce ninguna novedad significativa en las relaciones contratación-urbanismo, y no regula los aspectos de la adjudicación y selección del contratista “agente urbanizador”.
- 2) La incidencia más significativa de la nueva LCSP, en el ámbito urbanístico, afecta a la adjudicación de los contratos sobre proyectos urbanísticos, y que remite a las normas que regulan el concurso de proyectos como modalidad de adjudicación del contrato.
- 3) La influencia más notable de la legislación de contratación pública se produce en los supuestos de ejecución urbanística a través de la figura del agente urbanizador (fundamentalmente Comunidades Valenciana y Castellano-manchega), de la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado lo siguiente:



- resulta de aplicación la LCSP a las adjudicaciones de los PAUS,
- la ejecución de los PAUS no es un contrato de obras, sino un contrato administrativo especial, de ahí que se le aplique su legislación específica (urbanística), y supletoriamente la LCSP en determinadas cuestiones.
- resulta obligada la observancia a los requisitos de la LCSP para las siguientes cuestiones:
 - a) acreditar la solvencia técnica y la solvencia económica –aunque la no justificación es un requisitos subsanable–,
 - b) también es obligada la aprobación de bases o pliegos de cláusulas que rijan la adjudicación del PAU y la selección del agente urbanizador.
 - c) son de aplicación los supuestos de prohibición para contratar con el sector público.
- por el contrario, no resulta de aplicación la LCSP para:
 - a) Clasificación como contratista de obra pública (en el registro habilitado a tal efecto).
 - b) Publicidad comunitaria (publicación de anuncios en función de la cuantía del contrato en diarios oficiales de ámbito supranacional).

BIBLIOGRAFÍA:

- *"Urbanismo y Contratación, una larga relación. ¿En qué medida afecta la nueva Ley de Contratos del Sector Público al urbanismo?"*. ANTONIO JESÚS ALONSO TIMÓN. El Derecho.com, 29 de diciembre de 2017.
- *"Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización"*. ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH. Estudios sobre la Ley de contratos del sector público. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- *"Urbanismo y Contratación Pública"*. PROFESORA MARÍA FUENSANTA GÓMEZ MANRESA. Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, núm. 23. Editorial Thomson Reuters.
- *"Pero, ¿alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2003 relativas al agente urbanizador"*. RDU, núm. 217, 2005. Profesor IGOR YAÑEZ VELASCO.
- *"La selección del Agente Urbanizador"*. JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO. Observatorio de Contratación Pública, 17 de abril de 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 Verdana²⁷⁵. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso

²⁷⁵ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:



Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y 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

