

QDL48

Octubre de 2018 · Cuadernos de Derecho Local

Número monográfico

Contratación pública



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL48

Octubre de 2018 · Cuadernos de Derecho Local

Número monográfico

Contratación pública



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Marino Rubio Izquierdo

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL48

I. Estudios

- 12 La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades · TOMÁS CANO CAMPOS
- 68 Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley · ÍÑIGO SANZ RUBIALES
- 89 Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017) · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- 121 Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta · AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
- 150 El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP · EDUARDO GAMERO CASADO
- 178 La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa · ISAAC MARTÍN DELGADO
- 221 Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública · DOLORS CANALS AMETLLER

Sumario

Ley de Contratos del Sector Público y Entidades
Locales: la exigencia de planificación de la
contratación · JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

247

El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,
de Contratos del Sector Público · JULIÁN GARRÁN DÍAZ

265

Especialidades de la contratación administrativa en el
ámbito local tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de
Contratos del Sector Público
· FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO

291

II. Informe

Estudio jurídico sobre la condición de bienes
incorporales de la producción en televisión (derechos
intelectuales) a efectos de la aplicación de la
normativa de contratos públicos. Procedimientos
de adjudicación · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

312

III. Recensión

GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

346

IV. Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 1 de junio a 30 de
septiembre de 2018)
· ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

356

QDL48

I. Estudios

La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades

TOMÁS CANO CAMPOS

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción

2. Perspectiva general de la nueva LCSP

- 2.1. El cambio de estrategia en sus fines y objetivos
- 2.2. Los aspectos formales de la nueva Ley
- 2.3. La ampliación de su ámbito de aplicación y la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos
- 2.4. Cambios en la tipología contractual
- 2.5. ¿Simplificación en la contratación pública?

3. El régimen de invalidez de los contratos y su control

- 3.1. La invalidez de los contratos: entre la inercia y la confusión
- 3.2. Las novedades del recurso especial
- 3.3. El nuevo reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil

4. La preparación y la adjudicación de los contratos públicos

- 4.1. La preparación del contrato
- 4.2. Los procedimientos de selección
- 4.3. Los criterios de adjudicación

5. Efectos, cumplimiento y extinción

- 5.1. Las prerrogativas de la Administración y el responsable del contrato
- 5.2. Obligaciones medioambientales, sociales y laborales y condiciones especiales de ejecución

Artículo recibido el 03/09/2018; aceptado el 15/09/2018.

- 5.3. Incumplimiento, demora y responsabilidad del contratista
- 5.4. La modificación de los contratos
- 5.5. Cesión y subcontratación
- 5.6. Suspensión y resolución

6. Conclusión

Resumen

El presente estudio ofrece una perspectiva general de las principales novedades llevadas a cabo por la nueva LCSP por las que se transponen a nuestro ordenamiento las denominadas Directivas de cuarta generación. Desde un planteamiento crítico con nuestra legislación de contratos públicos por sus vertiginosos cambios y su desmesurada extensión, se analizan las cuestiones formales y materiales más relevantes de la nueva regulación, entre las que destacan el cambio de estrategia en sus fines y objetivos, la ampliación de su ámbito de aplicación, la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos, los cambios en la tipología contractual y las novedades que se han incorporado prácticamente en todas las fases de la contratación, desde la preparación de los contratos a sus efectos y extinción.

Palabras clave: *contratos públicos; novedades de la nueva LCSP; invalidez contratos; recurso especial; preparación y adjudicación de los contratos; modificación de los contratos; efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.*

The new law on public procurement and the pathologies of the sector: general perspective and new insights

Abstract

This article offers a general perspective of the new national legislation on public procurement which transposes the so-called Fourth Generation Directives. From a critical standpoint regarding the vertiginous changes in national legislation and its excessive length, the article analyzes the most relevant formal and substantive transformations in the new legislation. Inter alia, the article deals with the change in the strategy between the purposes and objectives of the new legislation, the extension of its scope of application, its approach to the legal framework of public

contracts, the changes of the contractual typology and the new insights regarding all the phases of contracting, since the preparation of public contracts to their effects and termination.

Keywords: public contracts; new legislation on public procurement; invalidation of contracts; special appeal; preparation and awarding of public contracts; modification of public contracts; effect, compliance and termination of public contracts.

1

Introducción

La regulación de los contratos del sector público es relativamente reciente, pero en los últimos años se ha acelerado e incrementado a un ritmo vertiginoso, que ha dado como resultado uno de los cuerpos normativos más extensos, complejos e inestables de todo nuestro Derecho Administrativo. Hace falta ser un verdadero experto en la materia para orientarse con solvencia en un texto que en la actualidad supera ya casi en extensión al propio Código Civil.

La hipertrofia normativa, la complejidad interna y el cambio acelerado que caracterizan nuestra actual regulación de los contratos públicos constituyen una mala noticia, porque dificultan extraordinariamente su conocimiento, fomentan su incumplimiento (muchas veces involuntario) y generan en todos inseguridad. Además, eliminan virtualmente la jurisprudencia, tan necesaria como guía en la interpretación y aplicación de las normas, particularmente en este ámbito. Para colmo, no parece que con tan abundante y volátil regulación se estén alcanzando los numerosos (y variables) objetivos que hoy se persiguen con la contratación pública: la creación de un mercado europeo de compras públicas, el fomento de la competencia entre licitadores, la eficiente utilización de los fondos públicos, la simplificación de los procedimientos de contratación, la prevención de la corrupción y ahora hasta la utilización de los contratos para implantar determinadas políticas públicas¹.

En las páginas que siguen ofreceré, en primer lugar, una perspectiva muy general de la nueva Ley de contratos del sector público, donde realizaré una valoración de conjunto centrada en algunas de las cuestiones que considero más importantes: el cambio de estrategia en sus fines y objetivos, los aspectos formales más relevantes que presenta, la ampliación de su ámbito de aplicación, la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos que

1. Sobre tales cuestiones, por todos, *vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 25 y ss.

consagra, los cambios en la tipología contractual que establece y la supuesta simplificación en el sector a la que alude su propio Preámbulo. Después de todo ello me centraré, en términos necesariamente sintéticos, en las novedades más destacadas de la Ley, que afectan prácticamente a todas las fases de la contratación. En concreto, me ocuparé de las siguientes cuestiones, algunas de las cuales serán abordadas en otros trabajos de este mismo número: el régimen de la invalidez de los contratos y su control, la preparación y adjudicación de los contratos y las novedades en sus efectos, cumplimiento y extinción. Finalizaré con unas conclusiones que, en parte, ya he avanzado en esta introducción.

2

Perspectiva general de la nueva LCSP

2.1

El cambio de estrategia en sus fines y objetivos

Como es de sobra conocido, la nueva LCSP se dicta fundamentalmente, aunque tarde, para trasponer las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, de la misma fecha, sobre contratación pública. Pero se aprovecha la reforma para realizar numerosos cambios con la finalidad, no siempre conseguida, de mejorar la anterior regulación y, sobre todo, de introducir una nueva estrategia en la contratación².

La Ley explicita en su Preámbulo y en su art. 1 una pluralidad de fines u objetivos (aunque algunos, en rigor, son principios de la contratación): garantizar la igualdad de acceso y la libre competencia entre licitadores, la publicidad y transparencia en los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; asegurar la utilización eficiente de los recursos públicos, la selección de la oferta económicamente más ventajosa, la simplificación de los trámites, la reducción de la burocracia para los licitadores y un

2. Para una visión general de las novedades más relevantes de la nueva LCSP, *vid.* J. M.^a GIMENO FELIU, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 47 y ss.; I. GALLEGÓ CÓRCOLES, «El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGÓ CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 72 y ss.

mejor acceso para las PYMES; el fomento de la integridad mediante la profesionalización, una nueva regulación del conflicto de intereses y la extensión de las prohibiciones de contratar, etc.

La consecución de tantos y tan variados fines y objetivos, muchos de ellos no fácilmente conciliables entre sí, no parece fácil de alcanzar con una regulación tan densa y confusa como la que introduce la nueva Ley. En mi opinión, su consagración revela, además, alguna de las patologías que aquejan a nuestro Derecho Administrativo en general y a la legislación de contratos públicos en particular³. En concreto, hay algo de *legislación placebo* en todo ello, pues el legislador nos ilusiona con principios y objetivos que están de moda y con conceptos que tienen una clara connotación positiva, como eficiencia, transparencia, simplificación, innovación, integridad o lucha contra la corrupción, etc. Y también hay algo (o mucho) de *legislación obsesiva*: hay una fijación por la transparencia, la simplificación y la prevención de la corrupción.

Pero en lo que a los fines se refiere, lo importante es el cambio estratégico fundamental de la nueva Ley (que no estaba en el Proyecto), pues los contratos ya no constituyen únicamente un medio para proveer de bienes y servicios a los poderes adjudicadores, sino también un instrumento para implantar determinadas políticas públicas, al punto que se habla ya de ellos como un modo de la actividad de regulación o como un instrumento de ordenación⁴. Así, de un lado, la Ley exige la introducción transversal de cláusulas sociales, laborales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, y que se pueden establecer como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución de los contratos, en la convicción (no se sabe muy bien de quién) de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (arts. 1.3 y 122.2). De otro, se pretende facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social (art. 1.4), a cuyo objeto se fomenta y hasta exige la división de los contratos en lotes (art. 99.3).

3. Sobre las patologías de la legislación contemporánea, *vid.* el inteligente e irónico libro de L. VANDELLI, *Trastornos de las instituciones políticas*, Madrid, Trotta, 2007.

4. J. BARNÉS, «La contratación como forma alternativa de regulación», en *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global. Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, pág. 17; J. L. MEILÁN GIL, «La distinción acto-norma» en J. L. MEILÁN GIL y M. GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Madrid, Iustel, 2017, pág. 25; Í. SANZ RUBIALES, «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 2015, 2018, págs. 49 y ss.

Esto último es un claro ejemplo de otra patología más, la *legislación pendular o bipolar* que también aqueja a nuestro sistema normativo: hasta hace poco la división del contrato en lotes se veía como un intento fraudulento de fragmentar el contrato para evitar determinados procedimientos de adjudicación; ahora, sin embargo, se alienta la fragmentación como un instrumento al servicio de las PYMES y del fomento de la competencia en la contratación.

2.2

Los aspectos formales de la nueva Ley

En el plano formal, lo primero que llama la atención de la Ley es su absurdo título, su desmesurada extensión y la desproporción del contenido de los libros en que se estructura.

i) El título exacto de la nueva norma de cabecera de los contratos públicos es el siguiente: 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. Respecto de él únicamente diré que menos mal que solo transpone dos Directivas.

ii) Es una Ley muy extensa, innecesariamente larga y detallada: tiene 400 artículos exactos si incluimos sus disposiciones adicionales (muchas de las cuales, por cierto, no deberían ser disposiciones de ese tipo, sino formar parte del articulado de la Ley). Algunos de sus preceptos, como el art. 32 o el 159, ocupan varias páginas del BOE.

Además de extensa, la Ley es reglamentista en exceso, lo que la convierte en un texto de una gran complejidad interna, con preceptos plagados de continuas remisiones, excepciones y excepciones a las excepciones, donde se consagran diferentes regímenes jurídicos en función del tipo de contrato y de un sinfín de cuantías, que la hacen de difícil manejo y de peor comprensión y aplicación. Por ejemplo, ya hay divergencias interpretativas acerca de los procedimientos de adjudicación que pueden utilizar los poderes adjudicatarios no Administración Pública en los contratos no armonizados que superen los umbrales de los menores [art. 318.b)]⁵. Todo lo cual es una muestra de otra patología más, la *legislación verborreica*: la LCSP es un río desbordante de normas espesas, confusas y repletas de remisiones y excepciones, que

5. Vid. la Instrucción 32018, de 6 de marzo, de la Abogacía del Estado, y el Informe de 20 de diciembre de 2017 de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña.

nos complica la vida a quienes la tenemos que interpretar, aplicar y también explicar.

No solo hay un claro abuso de la ley y, por consiguiente, una alteración de las relaciones tradicionales entre la ley y el reglamento, sino también un claro exceso y expansión de las bases estatales, por lo que apenas se deja margen a la normativa autonómica y local. Que es posible una Ley más clara y menos extensa para regular la contratación pública no solo lo demuestra la normativa de otros países de nuestro entorno, sino la propia legislación de contratos de Navarra, tanto la anterior Ley como la que se acaba de aprobar⁶.

iii) La LCSP presenta una nueva sistemática, más clara que la anterior regulación. El TRLCSP también se dividía en libros, pero tal división se refería a las diversas fases del contrato: preparación (Libro II), adjudicación (Libro III), efectos, cumplimiento y extinción (Libro IV). La nueva Ley vuelve en parte al texto refundido de 2000 y divide los libros en función del sujeto contratante: el Libro II se refiere a los contratos de las Administraciones Públicas y el Libro III a los contratos de los demás entes del sector público, su Título I a los poderes adjudicadores no Administración Pública y el Título II a los entes del sector público que no son poder adjudicador.

Pero el criterio adoptado, a pesar de su lógica y claridad, ha provocado una llamativa e innecesaria desproporción en la extensión de los libros en que se estructura la Ley: mientras que el Libro II tiene 201 artículos (arts. 115 a 315), el Libro III solo consta de 7 preceptos (arts. 316 a 322). En mi opinión, sobra por completo todo el Libro III, pues buena parte de sus preceptos son de remisión y los que contienen una regulación sustantiva se podrían haber incluido perfectamente en otro lugar. En concreto en la Sección 3.^a del Capítulo II del Título Preliminar relativa al régimen aplicable a los contratos administrativos y a los contratos privados. El art. 26, relativo al régimen aplicable a los contratos privados, en efecto, se podría haber desdoblado en varios preceptos: uno relativo al régimen jurídico aplicable a los contratos privados de las Administraciones Públicas, otro sobre los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública y otro sobre los contratos de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores. O dos preceptos para los contratos privados de cada uno de tales sujetos: uno relativo a la preparación y adjudicación y otro sobre los efectos, cumplimiento y extinción.

6. Hay que tener en cuenta al respecto que la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra (como la anterior Ley Foral 6/2006, de 9 de junio) no se limita a desarrollar las bases estatales, sino que contiene una regulación mucho más densa en la materia, por cuanto que la LORAFNA atribuye a dicha Comunidad, «en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva en la materia de contratos y concesiones administrativas, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado».

De paso se habrían evitado las deficiencias del propio art. 26, cuyas remisiones constituyen un auténtico galimatías. Por ejemplo: el apartado 3 se refiere a los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública y su apartado primero se remite en cuanto a su preparación y adjudicación al Título I del Libro III. No se especifican los artículos. Pero dicho Título tiene cuatro preceptos y solo dos de ellos se refieren a la preparación y adjudicación, los arts. 317 y 318. El 317 se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada y remite, a su vez y sin especificar los preceptos, a las normas de las secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II, es decir, a los arts. 115 a 187. El art. 318 se ocupa de los contratos no armonizados y distingue en función de la cuantía: si se trata de contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios de valor inferior a 40 000 euros o de servicios y suministros de valor inferior a 18 000 se pueden adjudicar directamente; si son de cuantía superior (hasta llegar a ser SARA), se pueden adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Libro II (también sin precisar los preceptos), es decir, en los arts. 131 a 187, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad. Además, el contenido del apartado 3 del art. 26 no se corresponde del todo con el art. 319, pues el párrafo segundo no alude a las condiciones de pago que sí contempla este último precepto. Sin comentarios.

2.3

La ampliación de su ámbito de aplicación y la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos

Pero vayamos a las cuestiones materiales que son las importantes. Desde esta perspectiva, la nueva LCSP se caracteriza por la ampliación de su ámbito de aplicación, por la aproximación del régimen jurídico de los contratos que regula y por la vuelta o retorno del Derecho Administrativo.

i) Con la nueva Ley se extiende el Derecho de la contratación pública, incluso más allá de las exigencias de las Directivas comunitarias. La ampliación del ámbito de aplicación es tanto objetiva como subjetiva.

Desde el punto de vista objetivo, la nueva Ley también se ocupa, como veremos con precisión más adelante, de los contratos privados de los poderes adjudicadores, sean o no armonizados: vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión y subcontratación y resolución. También amplía, como veremos, el régimen de invalidez de los contratos y el ámbito del recurso especial.

En cuanto a los negocios excluidos, se mejora la sistemática anterior y se trata de clarificar su régimen jurídico, que ahora es más prolijo o detallado: los negocios y contratos que excluía el art. 4 TRLCSP se han tipificado en diversos preceptos (arts. 4 a 11) en función de los sectores de la actividad a que se refieren, y, desde el punto de vista material, se ha precisado mejor su alcance.

Se regula minuciosamente también la cooperación vertical (medios propios) y horizontal (convenios de colaboración). En particular, se incluye una exhaustiva regulación de los encargos a medios propios (arts. 32 y 33, y disposición final cuarta.3), reforzándose los requisitos para su utilización: que el medio propio disponga de medios personales y materiales suficientes para cumplir el encargo, que disponga de autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación privada y que no pueda realizar en el mercado más del 20 % de su actividad.

Desde el punto de vista subjetivo, se mantiene la distinción en tres grupos de sujetos, que siguen enumerados en el mismo ilógico orden que introdujo la Ley anterior: entidades del sector público (que es el concepto más amplio), Administraciones Públicas (que es la categoría más reducida) y poderes adjudicadores. Pero se incluyen en su ámbito de aplicación nuevas entidades que formalmente no pertenecen al sector público, como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las corporaciones de derecho público, si bien solo se les aplica la Ley cuando cumplan los requisitos para tener la condición de poder adjudicador, lo que rara vez sucederá. También se mencionan expresamente algunas entidades que antes estaban comprendidas en las cláusulas generales, como, por ejemplo, las autoridades administrativas independientes, y se hacen algunas aclaraciones respecto de los consorcios y las fundaciones. Se suprime la previsión de que las Entidades Públicas Empresariales no tienen la condición de Administraciones Públicas [ahora podrán serlo si se pueden subsumir en la cláusula del art. 3.2.b)] y se precisa que no son Administraciones Públicas las entidades que se financien con ingresos de mercado.

El artículo 3 sigue siendo la clave de bóveda en la arquitectura de la Ley, pues para determinar el régimen jurídico de un determinado contrato es preciso saber con carácter previo el tipo de entidad que lo celebra, lo que no es fácil porque las cláusulas generales que sigue manteniendo el precepto no son un dechado de claridad y rigor conceptual [apartados 2.b) y 3.d)].

ii) Hay, en segundo lugar, una clara aproximación del régimen jurídico de los contratos del sector público. Con la nueva LCSP, ya no es tan relevante determinar si un poder adjudicador es o no Administración Pública o si celebra un contrato armonizado o no, pues se establece una regulación uniforme

de la preparación y, sobre todo, de la adjudicación de los contratos de todos los poderes adjudicadores, tengan o no la condición de Administración. Por eso se ha eliminado la remisión a las instrucciones internas para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores no Administración Pública. Las instrucciones internas se mantienen, pero únicamente para las entidades del sector público que no son poder adjudicador (art. 321) o para los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales (paradójicamente cuando tengan la condición de poder adjudicador, art. 3.5). En rigor las instrucciones internas se pueden mantener, pero con carácter *ad intra*, para regular aspectos organizativos (por eso la disposición transitoria quinta alude a su adaptación).

También se relativiza la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a tal regulación de los poderes adjudicadores a efectos del recurso especial, pues los umbrales, como veremos, son ahora más bajos que los de los contratos armonizados. Y, como se ha adelantado, también hay una aproximación en el régimen de invalidez y en la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados de los poderes adjudicadores, que también se someten parcialmente a la LCSP. Esta uniformización del régimen jurídico supone una vuelta o retorno del Derecho Administrativo. Algunos autores han hablado certeramente de un fenómeno de administrativización⁷. Una administrativización en parte europeizada.

Otro claro ejemplo de este fenómeno de administrativización es la consideración de todos los actos de preparación y adjudicación de todos entes del sector público (aunque no sean poder adjudicador) como actos administrativos (art. 41.2) y, como tales, susceptibles de revisión de oficio, de recurso en vía administrativa (art. 321.5) y de sujeción al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 27.1.d)].

Pero, si bien se mira, la referida uniformización es solo externa o formal, pues luego en la Ley hay una enorme dispersión interna, una gran diversidad de regímenes jurídicos especiales en función del tipo de contrato y de un sin-fín de cuantías imposibles de retener.

Hay una vuelta a la ley, una legalización de la materia en la medida en que, como se acaba de señalar, se suprimen las instrucciones internas de los poderes adjudicadores. Pero junto a ello, y paradójicamente, hay una devaluación del valor de la ley, como consecuencia no solo de introducir

7. S. Díez Sastre, «Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 2017, pág. 301.

en ella disposiciones más propias de los reglamentos, sino también de la pérdida de su generalidad, abstracción y durabilidad, que constituyen, como es de sobra conocido, algunas de las propiedades tradicionales del concepto de ley⁸. Como ha señalado Santamaría Pastor, esta subversión en las relaciones entre la ley y el reglamento que caracteriza la legislación de contratos actual, no solo supone un debilitamiento del principio democrático (las leyes largas y complicadas evitan su cabal conocimiento y dificultan la discusión parlamentaria), sino también la exclusión del control por la jurisdicción contencioso-administrativa de disposiciones normativas que ven cómo se eleva artificialmente su rango normativo con esa precisa finalidad.

2.4

Cambios en la tipología contractual

La nueva LCSP también introduce cambios en los tipos contractuales. Los más relevantes son estos.

Se suprime el contrato de colaboración público-privada, de perfiles confusos y de escasa utilización en la práctica. También desaparece el contrato de gestión de servicios públicos (algo que no exigían las Directivas), aunque con él no desaparecen necesariamente las tradicionales formas de gestión de los servicios públicos; alguna, como la sociedad de economía mixta, se mantiene expresamente en la disposición adicional vigésima segunda.

También desaparece la distinción de los contratos de servicios en categorías. El contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios se diferencian ahora no por su objeto, sino por el sujeto que asume el riesgo operacional, que en el primero (y en el de concesión de obras) es el concesionario, y en el segundo la Administración o el poder adjudicador⁹. Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a re-

8. Sobre ello, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», cit., págs. 27-29. Sobre las propiedades históricas de la ley y su crisis, vid. F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, págs. 151 y ss.

9. Sobre la delimitación entre uno y otro tipo de contratos, F. J. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesiones de servicios», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 477 y ss.

cuperar las inversiones realizadas y a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios objeto de la concesión¹⁰. La parte de los riesgos transferidos 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. Puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro o en ambos. Ahora, por consiguiente, los servicios públicos se pueden prestar mediante el contrato de concesión de servicios (arts. 15 y 284 y concordantes) o mediante el contrato de servicios (arts. 17 y 312). En ambos permanecen las notas de regularidad, continuidad e igualdad.

Se incorpora una regulación más rigurosa de los contratos menores, aunque no menos confusa y problemática: reducción de cuantías (valor inferior a 40 000 euros para obras y 18 000 para suministros y servicios), duración no superior a 1 año, imposibilidad de prórroga, informe en el que se motive la necesidad del contrato, etc. (arts. 118 y 131.3).

También se regula el contrato mixto de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. La preparación y adjudicación de tales contratos se rigen por las normas del contrato que contenga la prestación principal, pero los efectos y extinción se regirán por las normas aplicables a cada una de las prestaciones fusionadas (arts. 18, 34.2 y 122.2).

Por último, la nueva delimitación de los tipos contractuales y, en particular, la amplitud con la que se regula el contrato de servicios, acentúa el carácter residual de los contratos administrativos especiales.

2.5

¿Simplificación en la contratación pública?

La simplificación es otro de los conceptos de moda con los que la nueva Ley nos trata de ilusionar.

La Directiva 2014/24/UE contempla una serie de medidas de simplificación en la contratación: uso del documento europeo único de contratación consistente en una declaración del propio interesado, sistema de e-Certis que permite a los Estados el intercambio de certificados y pruebas documentales, simplificación en los contratos de servicios a las personas, etc. De conformidad con ello, el propio Preámbulo de la Ley señala que «se da satisfacción

¹⁰. Sobre el riesgo operacional, *vid.* A. HUERGO LORA, «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *Documentación Administrativa: nueva época*, núm. 4, 2017, págs. 31 y ss.

aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación».

Las medidas que contempla la LCSP al servicio de la simplificación son esencialmente las siguientes: la extensión a todos los procedimientos de la declaración responsable para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos, la cual se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación (arts. 140 y 141), la posibilidad de prever como criterio de solvencia que el adjudicatario cumple con los plazos de pago a proveedores [art. 87.1.c)], la división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan (art. 99.3), la contratación electrónica, las modalidades simplificada y super-simplificada del procedimiento abierto y la nueva regulación de los contratos menores.

Pero son medidas escasas que poco simplifican en una Ley ella misma necesitada en su estructura de claridad y simplificación. Además algunas de esas medidas solo suponen una simplificación para algunos de los sujetos que intervienen en la contratación, pero no para otros: por ejemplo, la división del contrato en lotes puede suponer una simplificación para los licitadores, pero no para la Administración, ya que una vez que se ha optado por fraccionar el contrato en lotes, lo que ahora no requiere justificación alguna, hay que diseñar e identificar adecuadamente los lotes, decidir si se limita el número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta o el número de lotes que se le pueden adjudicar, comprobar la correcta ejecución de los diversos lotes, etc.

3

El régimen de invalidez de los contratos y su control

La nueva LCSP introduce novedades relevantes en el régimen de invalidez de los contratos y en su control, en particular en el recurso especial en la materia¹¹. La Ley también corrige el inadecuado reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. La idea que vertebrará tales novedades, y que, como ya he adelantado, también aflora en

11. Me he ocupado más extensamente del tema en mi trabajo «La invalidez de los contratos públicos y su control», en A. HUERGO LORA (coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2018, págs. 101 y ss.

otras reformas de la nueva Ley, es la aproximación del régimen jurídico de los contratos del sector público. En el régimen de invalidez de los contratos hay una clara aproximación porque, como vamos a ver, se amplía considerablemente su ámbito de aplicación. Y lo mismo cabe afirmar de la regulación del recurso especial, en la que se relativiza la distinción entre contratos armonizados y no armonizados, ya que los umbrales que se exigen para su interposición son distintos y más bajos que los que establecen esa delimitación. Se trata de un ejemplo más de la administrativización a la que ya se ha aludido.

3.1

La invalidez de los contratos: entre la inercia y la confusión

El denominado «régimen de invalidez» de los contratos, que la nueva LCSP regula en los arts. 38 a 43, se mueve entre la inercia y la confusión del legislador.

La nueva regulación simplifica considerablemente la anterior, ya que elimina los «supuestos especiales de nulidad» que se hacían valer a través de la denominada «cuestión de nulidad», y que, en realidad, no era más que un recurso especial postcontractual con algunas particularidades. Pero la regulación de la invalidez de los contratos públicos sigue siendo asistemática, confusa y parcial. Asistemática, porque mezcla de forma desordenada las causas de invalidez, sus efectos o consecuencias y los medios o instrumentos para hacerla valer. Confusa, porque se mantienen por inercia clasificaciones dogmáticas discutibles como la que distingue entre causas de invalidez de derecho administrativo y de derecho civil, causas estas últimas que no se sabe muy bien a qué tipos de contratos se aplican, de qué elementos se predicen o qué procedimiento debe seguirse realmente para hacerlas valer. Parcial, por último, porque bajo el rótulo «régimen de invalidez» se regula, en realidad, la invalidez de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos y su revisión de oficio. Pero, en rigor, del régimen general de invalidez también forma parte el recurso especial, que constituye el cauce primario para declarar la invalidez de la mayor parte de tales actos, al punto que la revisión de oficio y la declaración de lesividad son una vía de tutela subsidiaria, ya que se aplica cuando tales actos son firmes.

De dicha regulación merece la pena destacar su confuso ámbito de aplicación, la regulación de los supuestos de nulidad y de anulabilidad, las causas de invalidez de derecho civil y los efectos de la declaración de nulidad.

i) La nueva Ley amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la regulación de la invalidez, consumando así una clara evolución legislativa en

tal sentido. El TRLCSP de 2011 se refería en su art. 31 «a los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados del art. 17». La nueva LCSP amplía ese ámbito y, en su art. 38, dispone que se aplica a «los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados del art. 23». Pero el alcance de la ampliación es equívoco, porque el art. 41, relativo a la revisión de oficio, amplía aún más la regulación de la invalidez, al disponer en su apartado 2 que, a los efectos de esta Ley, los actos preparatorios y de adjudicación de todos los contratos de las «entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas» tendrán la consideración de actos administrativos, y su revisión de oficio se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en la LPAC. El art. 321.5 añade que son recurribles en vía administrativa también de conformidad con lo dispuesto en la LPAC «ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o a la que corresponda su tutela».

Se trata de una novedad de gran calado que no figuraba en el Anteproyecto (el cual solo aludía en este apartado, como el art. 38, a los actos de los poderes adjudicadores) y que se introdujo en el Proyecto tras el dictamen del Consejo de Estado, el cual destacó la conveniencia de volver a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones deducidas frente a los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos sujetos a la legislación de contratación del sector público, incluidos, por tanto, los de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, que es lo que finalmente ha hecho el art. 27.1.d) de la LCSP. Esto explica esa previsión del art. 41.2, que debería haberse reflejado no solo en el art. 38, que encabeza la regulación del régimen de invalidez, sino también en los arts. 39 y 40, que regulan, respectivamente, los supuestos de nulidad y de anulabilidad de tales actos, pero los refieren solo a los de los poderes adjudicadores. ¿Acaso no se debe considerar anulable el encargo a un medio propio de un ente que no es poder adjudicador si no respeta los requisitos que establece el art. 33? ¿O una cláusula de un ente que no es poder adjudicador que otorgue ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración?

El régimen de invalidez, en realidad, resulta aplicable a todos los contratos celebrados por todos los entes del sector público previstos en el art. 3. Aunque hay que tener en cuenta que la regulación de los actos preparatorios y de adjudicación en la Ley no es la misma respecto de todos los entes del sector público, por lo que el canon o parámetro de validez no será igual en todos los contratos: es muy denso y exigente para los actos preparatorios y de adjudicación de todos los contratos de las Administraciones Públicas y los ar-

monizados de los poderes adjudicadores no Administración (arts. 115 a 187); es más reducido en el caso de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores no Administración, pues solo se sujetan a la Ley, y con alguna variación respecto de los anteriores, los actos de adjudicación (art. 318); y se limita a una fina capa de principios en la adjudicación, a los que deben adecuarse las instrucciones internas, en el caso de los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador (art. 321). Además, algunos supuestos de nulidad o de anulabilidad solo pueden predicarse de los actos de las Administraciones Públicas o de los poderes adjudicadores cuando celebran contratos armonizados (por ejemplo, el incumplimiento grave de las normas de la UE sobre contratación, o la falta de publicación del anuncio de licitación en el DOUE), o de los contratos a los que se aplica el recurso especial (por ejemplo, la formalización del contrato sin respetar la suspensión –automática o acordada– del acto recurrido).

En cualquier caso, conviene no olvidar que el Libro I de la Ley, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, incluye una serie de preceptos sobre los órganos de contratación (arts. 61 y ss.), la capacidad del contratista (arts. 65 y ss.), el objeto, valor estimado y precio del contrato (arts. 99 a 102), el contenido mínimo del contrato (art. 35), el lugar de la celebración del contrato (art. 36.4), el carácter formal de la contratación (art. 37), etc., que son requisitos de validez de todos los contratos del sector público, al margen, pues, de la naturaleza del ente público que los celebre.

ii) La nueva Ley contiene numerosas novedades respecto de los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad de derecho administrativo, que también se ven ampliados respecto de la regulación anterior. Los supuestos de nulidad de pleno derecho se incrementan, pues pasan a ser tales los anteriores supuestos especiales de nulidad. Se incluye, además, como nuevo supuesto el incumplimiento grave del derecho de la UE en materia de contratación, cuando suponga que el contrato no se debería haber adjudicado al contratista y dicho incumplimiento se declare por el TJUE en un procedimiento del art. 260 del TFUE. El Anteproyecto preveía otros supuestos de nulidad de pleno derecho, pero, tras el juicio crítico del Consejo de Estado, han pasado a serlo de anulabilidad. En concreto: el incumplimiento de los requisitos exigidos para la modificación de los contratos de los arts. 204 y 205, y los encargos a medios propios sin respetar los requisitos exigidos al respecto por la ley. También pasa a ser un nuevo supuesto de anulabilidad el anterior supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 32.d) del TRLCSP 2011 relativo a «todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen,

de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración».

iii) Causas de invalidez de derecho administrativo y causas de invalidez de derecho civil. La distinción se reflejaba ya en el Reglamento de Contratos del Estado de 1967 y desde entonces se ha mantenido en todas las leyes de contratos posteriores. La referencia a las causas de invalidez de derecho civil sigue planteando los mismos problemas de siempre, pues no se sabe muy bien a qué causas se refiere, a qué contratos se aplican, de qué elementos se predicen y cuál es el procedimiento administrativo para hacerlas valer. Da la impresión de que el legislador de contratos tampoco lo sabe y mantiene esa previsión por pura inercia o «por si acaso». Las consecuencias de su previsión son, sobre todo, procedimentales más que materiales, pues, en el caso de que haya espacio para algunos vicios de derecho civil que no se puedan reconducir a los propios del derecho administrativo, tales vicios serían igualmente aplicables aunque no hubiera una previsión expresa en tal sentido, ya que a todos los contratos del sector público se les aplica, al menos de forma supletoria, el derecho privado (arts. 25 y 26 LCSP).

La nueva LCSP introduce un cambio significativo respecto del texto refundido anterior. El art. 43 de la Ley dice así: «La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 38, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer, *cuando el contrato se haya celebrado por una Administración Pública*, se someterá a lo previsto en los *artículos anteriores* para los actos y contratos administrativos *anulables*». Como puede verse, el precepto solo se refiere ahora a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, mientras que en la regulación anterior la remisión se refería a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados (art. 36 TRLCSP).

La doctrina que ha estudiado con más detenimiento esta cuestión ha señalado que las causas de invalidez de derecho civil serían los vicios que afectan al consentimiento del contratista: error, dolo, intimidación¹². Y así lo han

12. M. REBOLLO PUIG, «La invalidez de los contratos», en F. CASTILLO BLANCO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 1996; J. M.^a DE SOLAS RAFECAS, «De la invalidez de los contratos», en ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, Comares, 2003; V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006; S. DÍEZ SASTRE, «La invalidez de los contratos públicos», en J. M.^a GIMENO FELIU

entendido también algunas sentencias. No se puede referir, sin embargo, a la capacidad del contratista, que se regula hoy con detalle en la propia legislación de contratos. Hay que tener en cuenta, no obstante, que la regulación de la invalidez se aplica a los contratos subvencionados, los cuales pueden ser celebrados por los particulares o empresas privadas, en cuyo caso, si se acepta que el precepto se refiere a los vicios del consentimiento, en tales casos no solo afectaría a los del contratista, sino también a los de la otra parte contratante. Y por aquí quizá podrían entrar en el ámbito de aplicación del precepto otros elementos como la causa del contrato.

El precepto remite a los requisitos (nulidad o anulabilidad) y a los plazos previstos por el ordenamiento civil: 4 años para los vicios civiles de anulabilidad, e imprescriptibilidad para los de nulidad de pleno derecho, aunque hay autores que consideran que aquí el plazo es el propio de las acciones personales que no tienen previsto un plazo especial y que, como se sabe, tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se ha reducido de 15 a 5 años (art. 1964 Código Civil). Pero plantea dudas el procedimiento administrativo al que el precepto remite, pues habla del previsto *en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables*. Cabe cuestionarse si con esa alusión a los actos y contratos anulables se refiere únicamente a la declaración de lesividad o incluye también la revisión de oficio y la acción de nulidad de los actos nulos de pleno derecho. Si se considera, siguiendo la literalidad del precepto, que se remite al procedimiento previsto para los actos anulables, y se acepta que las causas a que alude son los vicios del consentimiento del contratista, la previsión no tendría sentido porque, como es sabido, el Código Civil establece (como requisito) que tales vicios solo puede hacerlos valer quien los ha sufrido, esto es, el contratista, por lo que la Administración no podría declarar de oficio la lesividad por esa causa.

iv) El art. 42 de la Ley solo regula parcialmente los efectos o consecuencias de la invalidez, pues solo se refiere a la incidencia de la nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación en un contrato ya formalizado y total o parcialmente ejecutado. Por eso, en línea con lo previsto en los arts. 1303 y 1307 del CC, dicho precepto dispone que la declaración (firme) de nulidad de tales actos dará lugar a la del contrato, que entrará en fase de liquidación y las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones o su valor. Además, la parte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido. Pero si el contrato todavía no se ha formalizado, las consecuencias de la invalidez de tales actos no serán esas, sino otras: no pro-

(dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

cederá la adjudicación, o procederá la adjudicación a favor de otro contratista o deberán retrotraerse actuaciones y repetirse la licitación, o se cancelará esta (desistimiento del art. 152.4), etc.

El régimen de las consecuencias de la invalidez, además de incompleto, está disperso, pues, en rigor, también forma parte de él el contenido estimatorio de las resoluciones de un recurso especial (u ordinario), que, como precisa el art. 57, puede consistir en la anulación de decisiones ilegales, la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, la posibilidad de retroacción de actuaciones, o incluso el reconocimiento al recurrente de su derecho al contrato, como se infiere del actual art. 150.4 (que reproduce el anterior art. 47.2 del TRLCSP, en un lugar sistemático inadecuado) cuando dispone que, si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial «fuera preciso que el órgano de contratación acuerde la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos».

El art. 42 introduce un nuevo apartado 4 que no tiene parangón en el antiguo art. 35 TRLCSP, que solo consta de tres apartados. Dicho apartado dispone lo siguiente: «*Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados* por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el art. 71 de la LJCA». Este nuevo apartado plantea el siguiente problema: entre los efectos establecidos en los apartados anteriores (idéntico al art. 35.3 del TRLCSP) figura la previsión de que en la declaración administrativa de nulidad de un contrato se puede disponer la continuación de sus efectos en caso de grave trastorno al servicio público, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el trastorno. ¿Significa esa remisión que un juzgado o tribunal que entienda de un contencioso de lesividad puede adoptar esa medida? Parece que de la literalidad y del espíritu del art. 42.3 se desprende que quien únicamente puede adoptar tal medida, y valorar el grave trastorno al servicio público, es la Administración contratante que declara la nulidad. Por eso no debería hacerse una remisión en bloque a los efectos establecidos en los apartados anteriores.

Por último, al haber desaparecido la denominada cuestión de nulidad para los supuestos especiales, se ha eliminado también la posibilidad de que no se declare la nulidad del contrato cuando concurriera una causa especial de nulidad y existieran razones imperiosas de interés general que así lo justificasen, y que en tal caso se impusieran multas al poder adjudicador o se redujera la vigencia del contrato.

3.2

Las novedades del recurso especial

También hay novedades relevantes en la regulación del recurso especial, que es un mecanismo de tutela o de autocontrol de la Administración. Se amplía su ámbito de aplicación, se mantiene expresamente su carácter potestativo, se introducen novedades en la planta de los órganos encargados de resolverlo y se modifican algunos aspectos concretos en el procedimiento para su resolución.

i) Ampliación del recurso especial. La nueva LCSP ensancha el ámbito de aplicación del recurso especial, ya que ahora deja de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada. También se amplía el campo de los actos recurribles y los motivos del recurso.

El recurso especial se extiende ahora a todos los contratos de obras y concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones, y a los contratos de servicios y de suministro cuyo valor supere los cien mil euros. Todos ellos celebrados por las Administraciones Públicas o entidades que tengan la condición de poder adjudicador. También se pueden recurrir los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición de los contratos de obras, servicios y suministros, los contratos administrativos especiales cuando no sea posible fijar su precio de licitación o cuando su valor sea superior al establecido para los contratos de servicios, y los contratos subvencionados y los encargos a medios propios cuando no sea posible fijar su importe o cuando sea igual o superior al establecido para los contratos de servicios.

También se amplían los actos recurribles, ya que el recurso no solo cabe interponerlo, como hasta ahora, contra los anuncios de licitación, los pliegos, los documentos contractuales, los actos de trámite cualificados y los acuerdos de adjudicación, sino también contra las modificaciones contractuales, los encargos a medios propios y los acuerdos de rescate de concesiones. Solo se excluyen los procedimientos de adjudicación que se sigan por el procedimiento de emergencia. Por tanto, como puede verse, el recurso especial ha dejado de ser un mecanismo de tutela precontractual para convertirse en un mecanismo de tutela tanto antes como después de la celebración de los contratos. Pero quedan al margen actuaciones que ahora han pasado a estar reguladas en las Directivas, como la subcontratación y la resolución de los contratos. Y no se menciona, sobre todo, el propio contrato, que antes se podía impugnar a través de la cuestión de nulidad, y que ahora hay que entender que se puede impugnar a través del recurso especial¹³.

13. S. Díez Sastre, «La invalidez de los contratos públicos», en J. M.^a Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 168.

En cuanto a las causas o motivos del recurso, ahora cabe esgrimir también los supuestos especiales de nulidad que antes se hacían valer a través de la denominada cuestión de nulidad.

No obstante su ampliación, no se da el paso definitivo propugnado por algunos autores y por el Consejo de Estado (dictámenes 514/2006 y 1116/2015) de extenderlo a todos los contratos, por lo que da la impresión de que en este tema el legislador estatal actúa a regañadientes y va a remolque, primero, de las exigencias del derecho de la Unión Europea, y ahora, de las propuestas de la doctrina. Es, por ello, una reforma a medio hacer, aunque quizá aquí el legislador ha sido prudente, porque una extensión desmesurada del recurso, sin proveer a la vez los medios necesarios para su adecuada y tempestiva resolución, podría provocar el fracaso de uno de los instrumentos de la contratación que mejor ha funcionado hasta el momento.

ii) Carácter potestativo, gratuito, exclusivo y parcialmente suspensivo. El Anteproyecto de Ley establecía el carácter obligatorio del recurso para poder acudir al contencioso-administrativo, pero, tras el dictamen del Consejo de Estado, la nueva Ley mantiene expresamente su carácter potestativo (el Proyecto no lo dejaba claro). Numerosos autores han abogado y siguen abogando por su carácter preceptivo, ya que su funcionamiento hasta la fecha ha acreditado que no es una carga para el recurrente, sino un remedio eficaz¹⁴. Pero otros han sostenido razonablemente que no hay razón para obligar a los licitadores lesionados en sus derechos a formular un recurso ante un tribunal administrativo cuando desconfían de su independencia de criterio o intuyen que el recurso será desestimado¹⁵. El carácter potestativo puede dar lugar a que un mismo acto sea recurrido por distintos licitadores ante un tribunal administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero eso mismo ocurre, en general, con el recurso administrativo de reposición.

Se consagra expresamente el carácter gratuito del recurso (art. 44.7 LCSP), para hacer frente así a la previsión de tasas de alguna comunidad autónoma como Cataluña, pues para corregir los eventuales abusos los tribuna-

14. J. M.^a GIMENO FELIU, «Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47, 2013, pág. 99; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 2016, pág. 332.

15. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 71; J. J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, «El recurso especial en materia de contratación. Organos encargados de su resolución», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 609.

les pueden imponer multas por mala fe o temeridad contra quienes realmente abusan de su uso. No se puede cobrar peaje al entrar y al salir.

En cuanto al carácter exclusivo (o excluyente), se aclara que contra las actuaciones respecto de las que cabe el recurso especial no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios, por lo que el particular no puede optar entre estos y aquel: o interpone el recurso especial o se va al contencioso-administrativo. Lo que supone declarar tácitamente que agotan la vía administrativa todos los actos susceptibles del recurso especial, a pesar de que muchos de los órganos de contratación no son de aquellos cuyos actos agotan dicha vía (por ejemplo, los actos de las mesas de contratación).

Se elimina también la posibilidad que preveía el TRLCSP de que las comunidades autónomas establezcan un recurso administrativo previo al recurso especial.

Se sigue manteniendo también el efecto suspensivo automático cuando el acto recurrido es el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, pues en tales casos el efecto suspensivo podría afectar a la eficiencia que se pretende obtener con esos procedimientos de licitación. Sin embargo, la interposición del recurso especial contra las modificaciones no suspende sus efectos, a diferencia de lo que sucede con la adjudicación, siendo así que el fundamento en uno y otro caso es idéntico¹⁶.

iii) La planta orgánica. La nueva LCSP también introduce novedades en la configuración de la planta de los órganos competentes para resolver el recurso especial, en particular en el ámbito local. Por un lado, se sigue manteniendo la posibilidad de que la legislación autonómica establezca que las corporaciones locales creen sus propios órganos especializados de resolución (art. 46.4 de la LCSP). Si la legislación autonómica no dice nada al respecto, la resolución del recurso corresponderá al mismo órgano que resuelva el de la respectiva comunidad (autonómico o central). Pero se introduce una importante novedad: la posibilidad de que los municipios de gran población y las diputaciones provinciales puedan crear un órgano de resolución de sus recursos, cuya constitución, funcionamiento y estatus de sus miembros se regirá por lo dispuesto en la legislación autonómica. El competente para su creación y el nombramiento y remoción de sus miembros es el pleno de la corporación. El resto de ayuntamientos podrán atribuir la competencia para la resolución del recurso especial al órgano creado por la diputación (art. 46.4.3.º LCSP). También se introduce como novedad que, en los territorios forales, la compe-

16. J. M.^a BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 1362.

tencia para resolver el recurso *podrá* corresponder a los órganos y tribunales administrativos forales de recursos contractuales (art. 46.5).

Como se ve, la planta orgánica se mantiene abierta por completo. Como algunos autores ya han destacado, esta territorialización puede provocar una indeseable proliferación de tribunales administrativos locales, una verdadera «atomización», que puede desembocar en una disparidad de criterios contraria a la seguridad jurídica e inasumible en un ámbito como el de la licitación pública, en el que la uniformidad de las reglas (la unidad de doctrina) es una exigencia de la unidad de mercado¹⁷. La posibilidad de tribunales locales en municipios pequeños y medianos pone también en cuestión su independencia real, debido a la cercanía o proximidad con el órgano al que se ha de controlar, lo que impedirá un control efectivo que pone incluso en duda el cumplimiento de la Directiva de Recursos.

Además, la nueva LCSP sigue sin imponer el carácter colegiado de tales órganos, pues el art. 46.1 dice que, «en el ámbito de las comunidades autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o *en el caso de que fuera colegiado* al menos su presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia». Esta previsión es criticable. Primero, porque no parece adecuarse a la literalidad de la propia Directiva de Recursos, cuyo art. 2.9 habla en plural de miembros de esta instancia independiente y prevé la existencia de un presidente. Segundo, porque la independencia y la competencia técnica que se requieren en un ámbito como el de la contratación se garantizan mucho mejor con la colegialidad que en soledad.

También debería exigirse que cuando tales tribunales se integren en otros órganos (como ocurre en Extremadura y en Castilla y León) deban constituirse como una sección propia y separada, para así evitar la confusión entre las funciones consultivas y las de control.

iv) Regulación del procedimiento. Se explicita expresamente la legitimación de las organizaciones sindicales, cuando de las actuaciones recurribles quepa deducir que en la ejecución del contrato el empresario incumplirá obligaciones sociales o laborales de los trabajadores, y de las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses afectados (art. 48). Los tribunales administrativos ya habían admitido la legitimación, en algunos casos, de tales organizaciones; de las primeras, cuando no se limitaban a invocar de forma genérica los intereses colectivos de los trabajadores, y de las

17. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, cit., pág. 49.

empresariales, cuando sus asociados podían concurrir a la licitación. No se dice nada de los colegios profesionales, pero se ha admitido su legitimación cuando el recurso se dirigía a la protección de los derechos e intereses de sus colegiados. El Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos (RPR), que tiene carácter básico en todos estos temas, prevé algún supuesto especial de legitimación, como es el de los miembros de las entidades locales que hayan votado en contra de los actos y acuerdos impugnados. Ha habido propuestas de introducir una acción pública, que acertadamente no se han asumido, ya que el efecto llamada que ello hubiera supuesto habría hecho perder al recurso su rapidez, eficacia y utilidad.

En cuanto al lugar de presentación del recurso, ahora se puede presentar no solo en el registro del Tribunal o en el del órgano de contratación, sino también en cualquiera de los lugares que prevé el art. 16.4 LPAC, pero en este último caso se debe comunicar de forma inmediata al Tribunal (art. 51.3).

Respecto de la interposición se suprime el anuncio previo, que había sido criticado y se había desvirtuado por tratarse de un vicio subsanable o, incluso, de un simple defecto que no impide proseguir el procedimiento y resolver sobre el fondo. Se establece la obligación de acompañar al escrito de interposición del recurso una dirección de correo habilitada para comunicaciones y notificaciones [art. 51.1e)].

Las medidas provisionales del actual art. 43 TRLCSP pasan ahora a denominarse medidas cautelares en el art. 49. La novedad principal que se introduce es la posibilidad de que el Tribunal pueda suspender el plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, algo que antes no era posible.

Se prevé un plazo de resolución del recurso de dos meses contados desde el día siguiente a su interposición, transcurrido el cual el interesado podrá entender desestimado el recurso (art. 57.5). No estaba previsto en el TRLCSP, pero se incluyó en el RPR (art. 15).

Por último, en cuanto a las multas (art. 58), se incrementa su cuantía por temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: antes su cuantía era de entre 1000 y 15 000 euros; ahora pueden llegar hasta los 30 000 euros, que se fijarán también en función de la mala fe apreciada o del perjuicio ocasionado. La imposición de sanciones por tales causas no vulnera el derecho de acceso a la justicia (que es de configuración legal y, además, no ampara la interposición abusiva de recursos) ni quiebra tampoco la garantía material del principio de legalidad (los de temeridad y mala fe son conceptos jurídicos indeterminados que permiten

una identificación suficiente de la conducta infractora), pero la Ley debería haber establecido expresamente la necesidad de un trámite de audiencia para su imposición y quizá una mayor determinación de la cuantía de las sanciones en función de su gravedad, sobre todo ahora que pueden ser más elevadas. Se prevé la actualización de la cuantía de las multas por orden ministerial, pero sin establecer, como hacen otras leyes, que de acuerdo con el índice de precios al consumo.

3.3

El nuevo reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil

i) La ampliación del control por la jurisdicción contencioso-administrativa. La LJCA dispone en su art. 2.b) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas». El TRLCSP no se adecuaba a dicha previsión, ya que, como se recordará, sustraía a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las cuestiones litigiosas sobre la preparación y adjudicación de los contratos no armonizados celebrados por los entes del sector público que no tenían la condición de Administración Pública, cuyo conocimiento se atribuía a la jurisdicción civil (art. 21.2).

Ahora, de conformidad con aquella previsión de la LJCA, y siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, el art. 27 de la nueva LCSP establece una delimitación competencial más clara y coherente entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil, de modo que la primera pasa a conocer de todas las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por las entidades del sector público, al margen de que sean o no poder adjudicador o Administración Pública y al margen también de que los contratos estén sometidos o no a regulación armonizada. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo también pasa a conocer –lo que excede ya de la previsión del art. 2.b) LJCA– de determinados supuestos de modificaciones contractuales en los contratos privados de la Administración y de los poderes adjudicadores no Administración Pública, así como las modificaciones de los contratos subvencionados. Sin embargo, no se someten a su conocimiento todas las decisiones contractuales que se rigen por la LCSP (por ejemplo, la cesión, la subcontratación y la resolución de los contratos privados no armonizados de las

Administraciones Públicas o de los contratos, armonizados o no, de los poderes adjudicadores no Administración Pública), por lo que en estos casos la LCSP no ha tenido en cuenta, como en el caso de las modificaciones contractuales, el carácter o la naturaleza de las normas por las que se rige cada fase de la contratación.

Con arreglo al nuevo reparto que establece el art. 27 de la LCSP, corresponde al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- De las decisiones contractuales de las Administraciones Públicas: las cuestiones derivadas de la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos (art. 27.1 LCSP); las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de sus contratos privados; las cuestiones que se susciten en relación con la modificación de los contratos privados previstos en el art. 25.1.a) 1.º y 2.º (servicios financieros, creación e interpretación artística y literaria, etc.), cuando tengan la condición de armonizados y la impugnación de la modificación se base en el incumplimiento de los arts. 204 y 205, por entender que el contrato debería haber sido objeto de una nueva adjudicación; las actuaciones en ejercicio de obligaciones y potestades administrativas que corresponden a la Administración concedente en relación con la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios; y los recursos interpuestos contra las resoluciones que dicten los órganos encargados de la resolución de los recursos administrativos especiales y ordinarios en la materia.
- De las decisiones contractuales de los poderes adjudicadores no Administración Pública: las cuestiones referidas a la preparación y adjudicación de sus contratos y las referidas a las modificaciones contractuales, cuando la impugnación se base en el incumplimiento de los arts. 204 y 205 de la Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- De las decisiones contractuales de las entidades del sector público no poder adjudicador: la preparación y adjudicación de sus contratos.
- También conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados.

ii) El control por la jurisdicción civil. Por último, al objeto de cerrar la exposición del sistema de control de los contratos del sector público, conviene señalar que, de conformidad con el art. 27.2 de la LCSP, corresponde al conocimiento de la jurisdicción civil la resolución de las controversias sobre: los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan

la consideración de poder adjudicador, sean o no Administración Pública, con excepción de las modificaciones contractuales referidas; los efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador; la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo lo relativo al ejercicio de obligaciones y potestades administrativas que corresponden a la Administración concedente, de las que entenderá, como se ha visto, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como se ve, la jurisdicción civil continuará siendo competente para aplicar la legislación de contratos del sector público, aunque en mucha menor medida que en la regulación anterior, ya que los efectos y extinción de los contratos privados de los poderes adjudicadores (Administración Pública o no) no se rigen en exclusiva por el derecho privado, sino que se les aplican algunas reglas de la LCSP, en concreto las relativas al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, condiciones especiales de ejecución, cesión y subcontratación, causas de resolución y condiciones de pago (arts. 26.2 y 3 y 319).

4

La preparación y la adjudicación de los contratos públicos

La regulación sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos es la parte más extensa y minuciosa de la Ley (y de las Directivas), al punto de que se trata, sobre todo, de una Ley sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos que por ello se dirige, sobre todo, a los funcionarios encargados de su aplicación.

La preparación y adjudicación se regula en el Libro II de la Ley, dedicado a los contratos de las Administraciones Públicas, en concreto en las secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I (arts. 115 a 187). Pero su ámbito de aplicación excede el de los contratos que celebran aquellas, pues parte de tales preceptos también se aplican a los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración.

La preparación y adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración se contempla en los arts. 317 y 318 de la LCSP (dentro del Título I del Libro III), que distinguen entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a tal regulación. Los contratos sujetos a regulación armonizada se rigen por las mismas normas que los contratos de la Administración (art. 317), mientras que en los no sujetos a armonización hay que distinguir: si se trata de contratos de obra, concesión de obras y concesión de

servicios con valor estimado inferior a 40 000 euros o contratos de servicios y suministros con valor inferior a 15 000 euros podrán adjudicarse directamente; los de cuantía superior (que no lleguen al umbral de los armonizados) se adjudicarán por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II (arts. 131 a 187), con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo cabe en los supuestos del art. 168. Como puede verse, no se dice nada acerca de la preparación.

En cuanto a los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador, el art. 321 LCSP establece las normas sobre su adjudicación (nada se dice tampoco de la preparación) y se remite a las instrucciones internas que aprueben sus órganos competentes, las cuales deberán garantizar, en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y adjudicación a la mejor oferta de conformidad con el art. 145. Tales normas deberán estar a disposición de todos los interesados en los procedimientos de adjudicación y en el perfil del contratante. En cualquier caso, tales instrucciones pueden no aplicarse en los dos supuestos que contempla el art. 321.2 LCSP.

Me centraré, a continuación, en las novedades más relevantes que incorpora la Ley respecto de la preparación de los contratos y su adjudicación.

4.1

La preparación del contrato

La preparación de los contratos de las Administraciones Públicas se regula en la Sección 1.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP (arts. 115 a 129), que contempla las consultas preliminares de mercado, el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

i) Entre las novedades relativas a la preparación de los contratos, la nueva LCSP introduce la posibilidad de que los órganos de contratación realicen estudios de mercado o formulen consultas a los operadores económicos, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informarles acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Son las denominadas consultas preliminares de mercado (art. 115), que contempla el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y cuyo antecedente puede verse en el diálogo técnico que preveían diversos documentos comunitarios y la Directiva 2004/18/CE¹⁸.

18. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, págs. 77 y ss.

Las consultas preliminares de mercado se configuran como un instrumento de planificación para conseguir una contratación pública más eficiente, íntegra y eficaz, aunque también entrañan un peligro para la libre competencia, tal y como destacó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su informe al Anteproyecto de Ley.

Las consultas preliminares son potestativas, normalmente tienen carácter previo al procedimiento, pues tratan precisamente de prepararlo, y el asesoramiento que con ellas se pretende puede provenir de expertos, autoridades independientes, de los propios operadores económicos, pero dicho asesoramiento no puede ni falsear la competencia ni contravenir los principios de no discriminación y transparencia. A tal efecto, el inicio de las consultas debe publicarse, de ellas no puede resultar un objeto contractual concreto y determinado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los operadores del mercado que haya participado, de su resultado debe realizarse un informe motivado (que forma parte del expediente de contratación) en el que deben constar los estudios realizados y sus actores, las entidades consultadas, y debe tener la misma publicidad que los pliegos, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

La participación en las consultas no impide la posterior concurrencia a la licitación, pero no puede suponer una ventaja para las empresas que han participado en ellas.

ii) La celebración de los contratos de las Administraciones Públicas –dice el art. 116– requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente¹⁹. El procedimiento de contratación constituye un procedimiento específico o singular de carácter competitivo, ya que articula los intereses en pugna por la adjudicación del contrato, está encaminado a reducir la discrecionalidad de la Administración (y en algunos casos hasta a agotarla), se estructura en torno a dos fases (una de admisión y otra de adjudicación) y, en fin, el acto con el que concluye –la adjudicación del contrato– reviste un doble carácter, favorable y desfavorable al mismo tiempo para distintos sujetos²⁰.

En la tramitación del procedimiento de contratación, la correcta identificación y justificación de las necesidades que la Administración busca con la celebración del contrato resulta esencial y, por eso, debe constar ya

19. El precepto debería hablar de procedimiento, por cuanto que es lo que se tramita, mientras que el expediente es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones en que se materializa el procedimiento (art. 70 LPAC).

20. S. DIEZ SASTRE, «Los efectos de la invalidez...», cit., págs. 276 y 295.

en el inicio del expediente, según dispone el art. 28 de la propia LCSP. Se establece también que en el expediente se debe justificar adecuadamente la elección del procedimiento de licitación, la clasificación que se exija a los participantes, los criterios de solvencia, los criterios de adjudicación, el valor estimado del contrato, y, en su caso, la decisión de no dividir en lotes el contrato (art. 116.4).

La tramitación del procedimiento de contratación admite tres modalidades diferentes: ordinaria (arts. 116 y 117), urgente para los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público (art. 119) y de emergencia cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, ante situaciones de grave peligro o por necesidades que afecten a la defensa nacional (art. 120).

En la tramitación urgente se reducen a la mitad los plazos, salvo el de la presentación de proposiciones, y se suprime la posibilidad de resolver el contrato si el plazo de inicio de su ejecución supera el mes.

En el procedimiento de emergencia en realidad no se tramita expediente alguno, y el órgano de contratación podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, sin necesidad de sujetarse a los requisitos formales que establece la Ley, incluido el de la existencia de crédito suficiente.

iii) En el inicio del procedimiento de contratación, junto a la precisión de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato que se licita, adquiere una relevancia especial la redacción de los pliegos que, por ello, se considerarán los documentos esenciales del procedimiento y la clave de la contratación pública²¹. Su importancia y relevancia jurídica ha supuesto que se considere que «el pliego es la ley del contrato», aunque mayoritariamente se considera que no tienen naturaleza normativa²².

La nueva LCSP dedica a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas los arts. 121 a 130. En relación con ellos, se prevé que, tras la licitación, solo pueden modificarse si concurre error material, aritmético o de hecho, pues en otro caso procede la retroacción de actuaciones (arts. 122.1 y 124). En los pliegos de cláusulas administrativas

21. J. COLÁS TENAS, «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGU CÓRCOLES, *Tratado de contratos del sector público*, cit., págs. 1405 y ss.

22. Sobre el origen de dicha expresión y su actual significado, M. Á. BERNAL BLAY, «Las “leyes del contrato” (los pliegos): contenido esencial y formas de control», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 957 y ss.

particulares, además de los contenidos tradicionales, debe figurar también la previsión de cesión del contrato y la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial aplicable. En los pliegos de prescripciones técnicas se definen los diversos tipos de prescripciones: prescripción o especificación técnica, norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común y referencia técnica (art. 125)²³.

4.2

Los procedimientos de selección

La regulación de los procedimientos de selección (o adjudicación) del contratista también presenta importantes novedades en la nueva LCSP²⁴. Se contemplan los seis procedimientos previstos ya en la Directiva 2014/24/UE: abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad, diálogo competitivo y asociación para la innovación (arts. 156 a 182). La Directiva 2014/23/UE no establece ningún procedimiento de adjudicación de las concesiones, por lo que la LCSP somete a estas a los mismos procedimientos de adjudicación que a los contratos de obras, servicios y suministros.

La regla general es la adjudicación de los contratos de conformidad con el procedimiento abierto o con el restringido, que se configuran, por ello, como procedimientos generales u ordinarios (aunque el restringido debe seguirse necesariamente si se trata de contratos de servicios especiales), mientras que los demás son procedimientos especiales a los que solo cabe acudir si concurren los supuestos específicos que establecen las normas que los contemplan.

i) En el procedimiento abierto destaca la introducción de una modalidad simplificada (no prevista en las Directivas, pero sí en alguna ley autonómica), llamada a convertirse en el procedimiento habitual en los contratos de obras de un valor estimado inferior a los dos millones de euros, y en los contratos de servicios y suministros inferiores a 100 000 euros. Nace —dice el Preámbulo de la Ley— 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» (lo que no es muy realista) y con el objetivo de reconducir a él los supuestos que antes, por razón de la

23. Sobre el contenido y las formas de control de los pliegos en la nueva Ley, sobre lo que ahora no procede detenerse, *vid.* las dos obras citadas en las dos notas anteriores.

24. Para un estudio claro y sintético de tales procedimientos, *vid.* M.^a HERNANDO RYDINGS, «La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación», en S. Díez SASTRE (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, A Coruña, iurisutilitas.es, 2018, págs. 117 y ss.

cuantía, se licitaban a través del procedimiento negociado sin publicidad. Se caracteriza por la simplificación de los trámites y la reducción de los plazos (que también se han reducido para el procedimiento abierto ordinario): la documentación se presenta en un solo sobre (salvo si la adjudicación depende de un juicio de valor), no se exige garantía provisional (aunque la no exigencia de dicha garantía es la regla en todos los procedimientos), la fiscalización del gasto se realiza en un solo momento, la mesa de contratación tiene una composición más reducida y en la misma sesión clasifica y evalúa las ofertas (salvo que se considere que puede ser anormalmente baja), comprueba los requisitos de capacidad y solvencia y propone la adjudicación del contrato. Se exige que los licitadores estén inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (regulado en los arts. 337 a 345).

También se contempla una versión abreviada o supersimplificada del procedimiento simplificado para contratos de obras con un valor estimado inferior a 80 000 euros y de servicios y suministros por debajo de los 35 000 (salvo los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual), en la que se exige a los licitadores de acreditar la solvencia, se reducen aún más los plazos de presentación de ofertas, solo se presenta un sobre o archivo electrónico, no se requiere la constitución de garantía definitiva y los criterios de adjudicación deben ser cuantificables mediante la aplicación automática de fórmulas.

ii) El procedimiento restringido también se configura como un procedimiento ordinario, aunque se debe seguir necesariamente cuando se trata de contratos de servicios especiales (previstos en el Anexo IV de la LCSP). La LCSP precisa que en este procedimiento está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos, y que se trata de un procedimiento especialmente adecuado para los servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (art. 160.3 y 4). No se prevén novedades relevantes en su nueva regulación, salvo las referidas precisiones y la reducción de los plazos en su tramitación.

iii) La Ley suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (demasiado utilizado en nuestro país hasta el momento), procedimiento que ahora solo se puede utilizar en los contratos típicos cuando concurra alguna de las circunstancias expresamente previstas en la Ley. El art. 168, que reproduce el art. 32 de la Directiva 2014/24/UE, dispone que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación del anuncio de licitación únicamente cuando concurren una serie de circunstancias, que difieren según se trate de todos los contratos (ausencia de ofertas o

solicitudes en un procedimiento abierto o restringido previo, prestaciones que solo pueden encomendarse a un empresario determinado, contrato declarado secreto o reservado o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales) o de determinados contratos (obras, servicios, suministros).

iv) La Ley regula dentro de la misma subsección de los procedimientos con negociación (cuya ausencia determina la nulidad del procedimiento) un procedimiento que ahora denomina –quizá para destacar que se trata de un procedimiento radicalmente distinto– «de licitación con negociación» para los contratos de obras, servicios, suministros, concesiones de obras y concesiones de servicios en los que concurren las circunstancias del art. 167, que son las mismas que permiten al órgano de contratación acudir al diálogo competitivo, esto es, cuando la prestación sea objeto de un trabajo previo de diseño o adaptación por parte de los licitadores, cuando incluya un proyecto o soluciones innovadoras, cuando el contrato no se pueda adjudicar sin negociaciones previas como consecuencia de la naturaleza, complejidad o configuración de la prestación, cuando el órgano de contratación no puede establecer con la suficiente precisión especificaciones técnicas, cuando en los procedimientos abiertos o restringidos solo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables o bien cuando se trate de servicios sociales personalísimos.

v) La regulación del procedimiento de diálogo competitivo (arts. 172 a 176) también ha sido objeto de pocos cambios, aunque se ve afectada por la supresión del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el cual se adjudicaba a través de este procedimiento. Como se acaba de señalar, los supuestos en los que procede dicho procedimiento se amplían para hacerlos coincidir con los del procedimiento de licitación con negociación, del que no siempre es fácil deslindarlo. Ahora se regula con mayor detalle la posibilidad de establecer en el documento descriptivo primas y compensaciones, al objeto de fomentar la participación de las empresas que puedan ofrecer soluciones más apropiadas e innovadoras.

vi) Otra importante novedad, junto a la configuración del procedimiento abierto simplificado, es la introducción del denominado procedimiento de asociación para la innovación, «que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes» (art. 177.1). Se trata de un procedimiento complejo en el que, como precisa el Preámbulo de la Ley, se distinguen varias fases: selección de los candidatos, negociación con los licitadores elegidos, asociación con los socios y adquisición del producto resultante.

En las asociaciones para la innovación, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación y, tras la pertinente invitación a participar por parte del órgano de contratación, presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas. Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación podrán presentar proyectos de investigación e innovación (art. 178).

Concluida la selección, el órgano de contratación invitará a los seleccionados a presentar sus proyectos de investigación e innovación y negociará con los candidatos las ofertas iniciales y las ulteriores, a excepción de la definitiva. No se pueden negociar ni requisitos mínimos ni criterios de adjudicación. Las negociaciones se pueden desarrollar en fases sucesivas para reducir el número de ofertas que haya que negociar (art. 179).

El art. 180 precisa que la asociación para la innovación (tercera fase de las que menciona el Preámbulo) se estructura en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación. La asociación para la innovación fijará objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución y, sobre la base de tales objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación o reducir el número de socios, si hay varios, mediante la resolución de los contratos individuales.

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si los resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados, y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes (art. 181).

4.3

Los criterios de adjudicación

La nueva LCSP establece como regla general que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, los cuales pueden incluir aspectos medioambientales o sociales (arts. 131.2 y 145.1 y 2). Tales criterios se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, deben figurar en el anuncio de licitación y estar vinculados al objeto del contrato, han de ser formulados de forma objetiva y de conformidad con los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad y de modo que garanticen la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, y no confe-

rirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (art. 145.5). Cuando se utilice una pluralidad de criterios, en su determinación se debe dar preponderancia, de ser posible, a aquellos que resulten de aplicación automática y, por tanto, objetiva (art. 146).

Cabe, no obstante, previa justificación en el expediente, la utilización de un solo criterio de adjudicación, pero tiene que estar relacionado con los costes, por lo que no se pueden utilizar solo criterios cualitativos. Ahora bien, el único criterio económico ya no tiene que ser necesariamente el precio, como antes, sino que también puede basarse en la rentabilidad, como es el caso del coste del ciclo de vida, que incluye la totalidad o parte de los costes de adquisición, utilización, mantenimiento, recogida y reciclado, etc. (art. 148 LCSP). En algunos supuestos, en cualquier caso, es preceptiva la utilización de más de un criterio de adjudicación (art. 145.3).

Se contempla también la posibilidad de que los pliegos incluyan criterios de desempate entre las ofertas presentadas, los cuales también han de estar vinculados al objeto del contrato y se han de referir a aspectos sociales (art. 147).

5

Efectos, cumplimiento y extinción

Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos se encuentran regulados en la Sección 3.^a del Capítulo I del Título I del Libro II (arts. 188 a 217). Dicha Sección se refiere únicamente a los *contratos administrativos*, pero otros preceptos de la LCSP declaran aplicable parte de su contenido a otros tipos de contratos públicos. También hay previsiones específicas sobre esta fase de la contratación al hilo de cada tipo de contrato administrativo típico (obras, concesiones, etc.). Pero, como digo, la regulación de esta fase de la contratación que contiene la LCSP no solo se aplica a los contratos administrativos. Veámoslo.

Los efectos y extinción de los contratos administrativos, sean armonizados o no, se rigen en su totalidad por la LCSP, aunque a los contratos administrativos especiales les resultan de aplicación en primer lugar, si las hay, sus normas específicas (art. 25.2).

En el caso de los contratos privados de las Administraciones hay que distinguir los armonizados de los no armonizados. Los primeros se rigen, según dispone el art. 26.2.2.º de la LCSP, por el derecho privado, salvo en lo relativo a las condiciones especiales de ejecución (202), modificación (203 a 207), cesión y subcontratación (214 a 217) y resolución (208 a 213), que

se regirán por la LCSP. Pero también les resultan de aplicación, aunque no lo cite el art. 26.2.2.º, las previsiones sobre el control de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 201), racionalización técnica de la contratación (arts. 218-222) y condiciones de pago (arts. 198.4, 201.4 y 243.1), pues así se infiere del supuesto de hecho de tales normas. Cuando no estén sujetos a regulación armonizada, los contratos privados de la Administración se rigen por las normas de derecho privado (art. 26.2.2.º).

Los efectos y extinción de los contratos de los poderes adjudicadores se rigen por el derecho privado, salvo las previsiones de la LCSP relativas a obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 201), condiciones especiales de ejecución (202), supuestos de modificación del contrato (203 a 205), cesión y subcontratación (214 a 217), racionalización técnica de la contratación (arts. 218-222), condiciones de pago (arts. 198.4, 210.4 y 243.1) y resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no quepa una modificación legal de conformidad con los arts. 204 y 205 (arts. 26.3.2.º y 319.1 y 2).

Por último, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados por los entes del sector público que no son poder adjudicador se rigen en su totalidad por el derecho privado (arts. 26.4.2.º y 322 LCSP).

Las novedades de la nueva LCSP en esta fase afectan prácticamente a todos sus aspectos: a las prerrogativas de la Administración (arts. 190-191), al incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso (art. 192), al régimen de pagos (art. 198), al control del cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 201), a las condiciones especiales de ejecución (art. 202), a la modificación de los contratos (arts. 203 a 207), a la cesión y subcontratación (arts. 214 a 217) y, por último, a la suspensión y extinción de los contratos (arts. 208 a 213).

5.1

Las prerrogativas de la Administración y el responsable del contrato

i) El art. 190 LCSP se ocupa de las prerrogativas de la Administración respecto de los *contratos administrativos*. Ese precepto no se aplica a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, lo que no quiere decir que algunas de las potestades que contempla no estén atribuidas también a los poderes adjudicadores que no son Administración (por ejemplo, el *ius variandi* en algunos supuestos). Las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación respecto de los contratos administrativos son estas:

- Interpretarlos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

- Modificarlos por razones de interés público.
- Suspender la ejecución del contrato.
- Declarar la responsabilidad del contratista a resultas de la ejecución del contrato.
- Acordar la resolución del contrato y determinar imperativamente sus efectos.

El apartado 2 del art. 190 también incluye la facultad (en rigor, potestad) de inspeccionar las actividades desarrolladas por el contratista durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la propia Ley respecto de cada tipo de contrato. Esta última prerrogativa –precisa el propio art. 190– no implica la facultad general del órgano de contratación de inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones del contrato. En este caso se debe justificar de forma expresa y detallada en el expediente.

Entre las prerrogativas de la Administración también se incluyen, aunque seguramente se pueden entender comprendidos en la enumeración anterior, los poderes de dirección y control (arts. 238.1 para el contrato de obras, 261 para la concesión de obras, 287 para la concesión de servicios, 303 para el contrato de suministros), así como la imposición de las penalidades que procedan por el incumplimiento parcial o defectuoso del contrato (art. 192) y por demora en la ejecución (art. 193). También es una prerrogativa de la Administración la declaración de la nulidad del contrato, aunque tampoco figura en el elenco del art. 190.

ii) El art. 191 regula el procedimiento para el ejercicio de las referidas potestades de la Administración. Los trámites esenciales que deben concurrir en cualquier procedimiento en el que se ejerzan tales potestades son los siguientes: audiencia al contratista; informe del servicio jurídico correspondiente, salvo en el caso de constitución, reposición y reajuste de garantías (art. 109) y resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución (art. 195)²⁵; y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos cuando haya oposición del contratista, y modificaciones de los contratos cuando no

²⁵. Pero esta previsión solo es aplicable a la Administración General del Estado y a los organismos de ella dependientes, según precisa el propio art. 191.2, que no tiene carácter básico según la disposición final primera.3. Ahora bien, el art. 114.3 TRRL (cuyo carácter básico no aclara el propio texto refundido) requiere informe de la Secretaría y de la Intervención. En el caso de los municipios de gran población el informe de la Secretaría lo realiza la Asesoría Jurídica.

estén previstas en el PCAP y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio inicial del contrato (IVA excluido), y su precio sea igual o superior a 6 000 000 de euros. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación en ejercicio de tales potestades ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos. A tales procedimientos se les aplica de forma supletoria la LPAC y, salvo previsión en contrario, en los iniciados a instancia de parte el silencio de la Administración ha de considerarse negativo (disposición final cuarta LCSP).

iii) En el ejercicio de algunas de tales potestades hay que tener en cuenta la nueva figura del responsable del contrato, cuya función es supervisar la ejecución del contrato y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada (art. 62). Además, el responsable también formula al órgano de contratación la propuesta de imposición de penalidades por incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o demora en la ejecución del contrato (art. 194.2) y emite un informe acerca de si el retraso en el cumplimiento es o no imputable al contratista a efectos de resolver el contrato (art. 195.2).

Se trata de una figura distinta e independiente de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos. El responsable del contrato puede ser una persona física o jurídica, y estar vinculada a la entidad contratante o ser ajena a él (debería decir a ella, a la entidad). En el contrato de obras, las facultades las ejercerá el director facultativo (arts. 237 a 246). En los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general para obtener y 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. Sustituye, por tanto, al responsable del contrato.

Su creación es preceptiva: «los órganos de contratación deberán designar...», dice el art. 62. Y ello a pesar de que el art. 194.2 hable de «si se hubiese designado». Pero el art. 62 no aclara qué entidades de las previstas en art. 3 de la Ley deben designar a un responsable del contrato: no está claro si todas las entidades del sector público, solo los poderes adjudicadores o solo las Administraciones Públicas. Se podría sostener que, como se trata de una figura encargada de supervisar la ejecución del contrato, habría que estar a las normas generales sobre el régimen jurídico aplicable a la ejecución de los distintos tipos de contratos. De modo que, de lo previsto en los arts. 25 y 26 (y del Libro III), se inferiría que es solo una figura prevista para las Administraciones Públicas cuando celebren contratos administrativos. Pero su ubicación sistemática dentro del Libro I sobre la configuración general de la contrata-

ción pública, la circunstancia de que se prevé entre las partes del contrato y el hecho de que el propio art. 62.1 hable de entidad contratante constituye, en mi opinión, un argumento concluyente a favor de que es una figura que deben nombrar todas las entidades del sector público.

5.2

Obligaciones medioambientales, sociales y laborales y condiciones especiales de ejecución

Como ya vimos, en lo que a los fines se refiere, la nueva LCSP introduce un cambio estratégico fundamental, pues los contratos ya no constituyen únicamente un medio para proveer de bienes y servicios a los poderes adjudicadores, sino también un instrumento para implantar determinadas políticas públicas. Por eso la Ley exige la introducción transversal de cláusulas sociales, laborales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, las cuales se pueden establecer como criterios de solvencia, como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución (arts. 1 y 122.2, relativo al contenido de los PCAP). De conformidad con ello, la Ley se ocupa tanto del cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral como de las condiciones especiales de ejecución.

i) Respecto de las primeras, los órganos de contratación deben tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral previstas en el ordenamiento jurídico y, en particular, las establecidas en el anexo V de la Ley, que establece el listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental (art. 201.1.º). Son, pues, obligaciones legales ajenas a la contratación, pero cuyo cumplimiento por el contratista debe ahora vigilar, controlar y, en su caso, «sancionar» la Administración contratante.

Los pliegos de cláusulas administrativas y el contrato deben, por ello, incluir la obligación del contratista de cumplir el convenio colectivo sectorial durante la ejecución del contrato (art. 122.2). El incumplimiento de tales obligaciones y el incumplimiento o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de penalidades si así se prevé en los pliegos (arts. 201.3.º y 192).

ii) En cuanto a las condiciones especiales de ejecución, el art. 1.3 LCSP dispone ya que en toda contratación se *incorporarán* de manera transversal

y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Por su parte, el art. 202.1 dispone que los órganos de contratación *podrán* establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto, no sean discriminatorias, resulten compatibles con el derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos (son, por tanto, obligaciones contractuales). Pero ese mismo apartado dispone que será *obligatorio* el establecimiento en el PCAP de *al menos una* de las condiciones especiales de ejecución que ahí se enumeran. Tales condiciones consisten en imponer al adjudicatario de un contrato que lo ejecute con unos requisitos sociales, ambientales o de otro tipo que tratan de ejecutar una determinada política pública. Las condiciones pueden ser de tipo social, medioambiental, ético, relacionadas con la innovación, etc. El apartado 2 del art. 202 enumera, a título indicativo, una larga lista de las condiciones que se pueden incorporar en el PCAP.

Los pliegos pueden establecer penalidades para el caso de incumplimiento de tales condiciones, atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de la resolución del contrato o considerar su incumplimiento como infracción grave a los efectos de imponer una prohibición de contratar. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán igualmente exigibles a todos los subcontratistas que participen en su ejecución (art. 202.4).

5.3

Incumplimiento, demora y responsabilidad del contratista

i) Los pliegos pueden prever penalidades en caso de incumplimiento defectuoso o incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hayan establecido en los pliegos. Dichas penalidades han de ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y cada una de ellas puede alcanzar una cuantía del 10 % del precio del contrato (IVA excluido), pero en total no pueden superar el 50 % de su precio (art. 192.1).

En caso de incumplimiento parcial imputable al contratista, la Administración puede optar entre la resolución del contrato o la imposición de las penalidades previstas en los pliegos (art. 192.2).

ii) La demora en la ejecución no precisa intimación previa de la Administración. En caso de demora cabe, según las circunstancias del caso, la resolución del contrato o la imposición de penalidades diarias de 0,60

euros por cada 1000 euros del precio del contrato (lo que las asemeja a las multas coercitivas), pero se pueden prever en los pliegos penalidades distintas. Cada vez que las penalidades por demora alcancen el 5 % del precio del contrato, el órgano de contratación está facultado para resolver el contrato o continuar su ejecución con nuevas penalidades (art. 193). En la resolución por demora se exige audiencia del contratista y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente si hay oposición del contratista (art. 195). No es preciso informe del servicio jurídico correspondiente (art. 191.2).

iii) En los supuestos anteriores, si no hay penalidades previstas en los pliegos o las previstas resultan insuficientes para hacer frente a los daños causados, la Administración exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios que proceda (art. 194).

En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios que se causen a terceros, siguen los problemas tradicionales acerca de la responsabilidad del contratista y el cauce para hacerla valer (art. 196). Pero hay una novedad relevante respecto del alcance de la responsabilidad de la Administración. El art. 214.2 del TRLCSP disponía que «la Administración también será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto *elaborado por ella misma* en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación»²⁶. Ahora, sin embargo, la nueva LCSP establece que la Administración también responde cuando el proyecto haya sido redactado por un tercero, sin perjuicio de su derecho de repetición: «También será la Administración responsable de los daños que se causen a tercero como consecuencia de los vicios del proyecto de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, en el contrato de suministro de fabricación».

5.4

La modificación de los contratos

i) El régimen de modificación de los contratos ha sido objeto de profundas novedades, en una manifestación más de *legislación pendular* que caracteriza

²⁶. El art. 32.9 de la LRJSP también dispone que las Administraciones Públicas responden «por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los *vicios del proyecto elaborado por ella misma*».

a la nueva LCSP. Como es sabido, antes de la Ley de Economía Sostenible de 2011 si el contratista no se oponía no había límite a la modificación del contrato. Tras dicha Ley, la modificación es una potestad reglada y excepcional, que no solo protege al contratista, sino que también trata de garantizar los principios que inspiran la contratación. La referida regulación, que era muy estricta, fue fruto de la urgencia provocada por el procedimiento de infracción que incoó la Comisión contra España. Pasamos así de un extremo a otro.

Las Directivas 23 y 24, de 26 de febrero de 2014, se ocupan por primera vez de los límites de las modificaciones de los contratos para garantizar la libre concurrencia y el principio de no discriminación. Tales normas permiten modificados que no superen el umbral del 50 % del primitivo contrato considerado aisladamente, por lo que introducen un régimen más flexible que el que estableció la Ley de Economía Sostenible y que el que ahora contempla la nueva LCSP, cuya regulación es más flexible que el TRLCSP de 2011, pero más rígida que la que establecen las Directivas (los límites de la nueva LCSP son más severos que los de las Directivas y su ámbito de aplicación mayor), lo que ha sido criticado, porque en nada va a beneficiar al interés público ni al principio de buena administración en el manejo de los fondos públicos, y tampoco parece que vaya a servir para luchar contra la corrupción y la libre competencia. La modificación se ve con recelo por nuestro legislador, como un elemento sospechoso que afecta a la libre competencia y puede ser cauce de corrupción²⁷. La trasposición de las Directivas también ha supuesto la recepción de conceptos jurídicos indeterminados de origen europeo (incluso en contratos que no lo requieren), de modo que su interpretación última corresponderá al TJUE.

Desde el punto de vista sistemático, la regulación no se contiene, como antes, en el Libro I relativo a los elementos estructurales de los contratos, sino en el Libro II relativo a los contratos administrativos, pero, como vamos a ver, no solo se aplica a ellos. Se vuelve a un sistema dual, pues se distingue entre modificaciones previstas en los pliegos y modificaciones no previstas (art. 203.2). En los demás casos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase de forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de un nuevo contrato bajo las condiciones pertinentes, sin perjuicio de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

La LCSP mantiene, como es lógico, la regla básica que obliga a la Administración contratante a restablecer la ecuación financiera del contrato cuando

27. J. M.^a BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 1345 y ss.

esta haya resultado alterada como consecuencia de las modificaciones impuestas compensando al contratista (art. 242 para el contrato de obras, art. 270 para la concesión de obras, art. 290 para el contrato de concesión de servicios).

ii) **Ámbito de aplicación.** El art. 203 excluye de la regulación de la modificación de los contratos una serie de supuestos que, en rigor, también constituyen una modificación contractual, aunque no de su objeto. En concreto la sucesión de la persona del contratista (art. 144), la cesión del contrato (art. 214), la revisión de precios (arts. 103 a 105) y la ampliación del plazo de ejecución (art. 195).

La regulación sobre los modificados prevista en la LCSP no solo se aplica a los contratos administrativos, sino que algunos de sus preceptos también resultan de aplicación a los contratos privados de la Administración y a los contratos que celebran los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración. Las modificaciones de los contratos celebrados por los entes del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador se rigen por el derecho privado.

Pero los preceptos de la Ley que resultan aplicables a los poderes adjudicadores difieren en función de si se tiene o no la condición de Administración Pública y, en el caso de esta, de si el contrato es armonizado o no.

En el caso de las Administraciones Públicas, de conformidad con los arts. 25 y 26.2 de la LCSP, a los contratos administrativos típicos les resultan de aplicación los arts. 203 a 207 y las reglas especiales de cada tipo contractual (arts. 242, 270, etc.); a los contratos administrativos especiales sus normas específicas y los arts. 203 a 207; a los contratos privados armonizados los arts. 203 a 207; y a los contratos privados no armonizados el art. 204, que habla de contratos de las Administraciones Públicas.

En el caso de los poderes adjudicadores no Administración Pública (art. 26.3 y 319), tanto los contratos armonizados como los no armonizados que celebran se rigen, en lo que a las modificaciones se refiere, por los arts. 203 a 205 y por el derecho privado.

Como puede verse, la modificación de los contratos privados no armonizados de la Administración parece regirse en menor medida por la LCSP (solo se les aplicaría el art. 204) que los no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración, lo que carece de sentido. Algún autor considera que a los poderes adjudicadores no Administración Pública únicamente se les aplican los apartados de tales preceptos que hablan de contratos administrativos, de modo que no resultarían de aplicación ni el art. 203.1 ni el art. 204.1²⁸. Pero esto no se puede compartir porque el art. 319.1, relativo

28. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pág. 125.

al régimen de ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración, se remite en bloque a los arts. 203 a 205 en lo que se refiere a los supuestos de modificación (por eso no sería aplicable el art. 207.3 al que se remite el art. 203.3), sin distinguir entre sus diversos apartados. De hecho, cuando el art. 319.1 solo ha querido remitirse a parte de un precepto lo ha señalado explícitamente, como puede verse, por ejemplo, con las remisiones a las condiciones de pago.

iii) Modificaciones previstas en los pliegos (art. 204). La LCSP habilita a los poderes adjudicadores para que modifiquen los contratos cuando así esté expresamente previsto en los pliegos, los cuales deben respetar una serie de límites (cuantitativos y cualitativos) y cumplir determinados requisitos.

El primero es de tipo cuantitativo, pues la LCSP limita la cuantía de las modificaciones previstas expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al 20 % del precio inicial del contrato. El TRLCSP no preveía límite alguno. Y las Directivas permiten hasta el 50 % por cada modificación. Pero la normativa española no aprovecha ese margen de flexibilidad, a diferencia de lo que han hecho otros países de nuestro entorno. Aunque no se precisa, cabe entender que la modificación puede suponer un incremento del precio o una disminución. Cabe la posibilidad de que se prevea una modificación en los pliegos de hasta el 20 % y luego se lleven a cabo otras modificaciones, por causas no previstas en los pliegos, de hasta el 50 %, en aplicación del propio art. 205.

También se establece como límite sustancial la prohibición de incluir cláusulas de modificación que puedan alterar la *naturaleza global* del contrato inicial. Se incorporan las previsiones del Considerando 109 de la Directiva 2014/24, de modo que se considera que se altera la naturaleza global del contrato si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato, mientras que se considera que no se altera cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

En cuanto a la forma, la cláusula de modificación debe estar formulada en los pliegos de forma «clara, precisa e inequívoca». También se exige que la formulación y el contenido de la cláusula de modificación permitan a los candidatos y licitadores comprender su exacto alcance e interpretarla de la misma forma, y al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los licitadores de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente sus ofertas.

Respecto del contenido, la cláusula de modificación debe precisar con detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza, las condiciones en que podrá hacerse uso de ella por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva, el procedimiento que haya de seguirse

para realizar la modificación (que deberá respetar los aspectos procedimentales que ya prevé la propia LCSP en el art. 191) y que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

iv) Modificaciones no previstas (art. 205). Fuera de los supuestos previstos de ese modo en los pliegos, la modificación del contrato solo será posible cuando, además de que concurren razones de interés público para modificarlo (art. 203.1), se cumplan estos dos requisitos (que siguen muy de cerca los previstos en las Directivas): que concorra alguno de los tres supuestos que contempla la Ley (prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y que la modificación se limite a introducir variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (test de proporcionalidad).

Este nuevo sistema permite modificaciones sustanciales del contrato (las dos primeras) y a cambio se establecen mecanismos de transparencia (publicidad) y control (recurso especial en determinados supuestos), además de generalizar la posibilidad de que el contratista se oponga a una modificación superior al 20 % del contrato. Los tres supuestos son los siguientes:

– Modificaciones por *prestaciones adicionales*. Cabe la modificación cuando resulte necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre que se den los siguientes requisitos: que no sea posible el cambio de contratista por razones de tipo económico o técnico (por ejemplo, que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a las inicialmente pactadas, cuando tales diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o mantenimiento que resulten desproporcionadas) o que dicho cambio generara *inconvenientes significativos* o un *aumento sustancial* de costes; y que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas de conformidad con el propio art. 205, del 50 % de su precio inicial (IVA excluido). No se prevé el límite de que no se altere la *naturaleza global* del contrato. Pero se ha sostenido que está implícito en una interpretación sistemática y finalista de la norma. Desaparece la figura de los contratos complementarios, por lo que toda prestación complementaria deberá reconducirse a las prestaciones adicionales.

– Modificaciones por *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*. Procede la modificación en este caso cuando la necesidad de la misma se derive de circunstancias sobrevenidas y fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, siempre y cuando se cumplan es-

tas tres condiciones: aparición de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever (el Considerando 109 de la Directiva 2014/24 establece criterios para medir el grado de diligencia –medios a su disposición, naturaleza y características del proyecto, buenas prácticas en el ámbito de que se trate, etc.–); que la modificación no altere la naturaleza global de contrato; y que la modificación no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al propio art. 205, del 50 % del precio inicial del contrato (IVA excluido). Como puede verse, esta regulación de las circunstancias imprevisibles es mucho más restrictiva que la que resultaba de la legislación precedente, en particular la relativa a las concesiones de servicio público (arts. 282 TRLCSP 2011 y 127 RSCL).

– *Modificaciones no sustanciales.* La Ley también permite modificaciones que no sean sustanciales siempre que se justifique su necesidad y se indiquen las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. La Ley define por exclusión las modificaciones no sustanciales, pues lo que hace es definir lo que se entiende por modificación sustancial. Una modificación se considera sustancial y, por tanto, no procede cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En todo caso, también se considera que una modificación es sustancial cuando concorra alguna de estas circunstancias (art. 72.4 Directiva 2014/24): que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos o la aceptación de una oferta diferente o la concurrencia de más participantes en el procedimiento de contratación (juicio prospectivo); que altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera no prevista en el contrato inicial; que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato, lo que tiene lugar cuando el valor de la modificación suponga una alteración de su cuantía, aislada o conjuntamente, en más de un 15 % del precio inicial (IVA excluido) si se trata de un contrato de obras, o un 10 % en el resto de contratos; cuando supere el umbral para considerarlo armonizado; o cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se encuentren dentro del ámbito de otro contrato.

v) *Obligatoriedad y resolución.* Hay que distinguir entre las modificaciones previstas en los pliegos y las no previstas. Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación que estén previstas en los pliegos son obligatorias para el contratista. Según el art. 206 (que no se aplica a poderes adjudicadores no Administración Pública), las modificaciones no previstas

en los pliegos acordadas por el órgano de contratación también serán obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato (IVA excluido). Por lo tanto, se mantiene la vieja regla según la cual las modificaciones solo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración de su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial de contrato.

Cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, porque supera ese porcentaje, solo podrá acordarse previa su conformidad por escrito. Si el contratista no está conforme, procederá la resolución del contrato de conformidad con lo establecido en el art. 211.1.g) LCSP. En este caso, tendrá derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar. Por tanto, de conformidad con los arts. 203.2, 206, 211.g) y 212, el contrato se resolverá: con carácter obligatorio, cuando sea necesario modificar el contrato, pero no concurra ninguna de las causas de los arts. 204 y 205 (art. 203.2); con carácter potestativo para Administración y contratista, cuando las modificaciones en que concurran las circunstancias del art. 205 impliquen, conjunta o aisladamente, una alteración del precio superior al 20 % del precio inicial del contrato. En el caso de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública no hay una previsión similar a la del art. 206. El art. 319.2 dispone que será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato de conformidad con los arts. 204 y 205. Los efectos se rigen por el derecho privado.

vi) Procedimiento. Para proceder a la modificación de un contrato, es preciso iniciar siempre un procedimiento administrativo donde se respeten los trámites esenciales que prevé el art. 191 para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración. Y ello tanto si es una modificación prevista en los pliegos como si no lo es (art. 207.4). Por tanto, la Administración debe instruir un expediente en el que ha de darse audiencia al contratista, recabar los informes que contempla el art. 191, solicitar dictamen del órgano consultivo correspondiente en algunos supuestos, etc.

Salvo para el contrato de obras (en que se prevé un plazo de 8 meses: art. 242.5), la Ley no establece un plazo para la resolución del procedimiento de modificación del contrato, por lo que se aplicaría el plazo supletorio —y seguramente insuficiente— de 3 meses previsto en la legislación de procedimiento administrativo común.

Los poderes adjudicadores no Administración Pública, cuando realicen modificaciones no previstas en los pliegos y su importe sea igual o superior

a 6 000 000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 % del precio inicial del contrato, necesitan autorización previa del Departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (art. 319.1).

vii) Forma y publicidad. Las modificaciones del contrato deben formalizarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 153 y publicarse de acuerdo con los arts. 207 y 63. En la medida en que el art. 203 resulta aplicable también a poderes adjudicadores, y en lo que a la publicidad se refiere, se remite a lo dispuesto en el art. 207.3; podría entenderse que los requisitos de publicidad del art. 207.3 también se aplican a los poderes adjudicadores, pero parece desmentirlo el art. 319, que solo considera aplicables los arts. 203 a 205 en lo que se refiere a «supuestos de modificación del contrato», y el art. 203.3 se refiere a formalización y publicidad. Por tanto, el art. 207 solo se aplicaría a los contratos administrativos y a los contratos privados armonizados de la Administración (art. 26.2.2.º).

Todas las modificaciones adoptadas, estén o no previstas en los pliegos, se tienen que publicar en el perfil del contratante. La publicación debe producirse en el plazo de 5 días desde la aprobación de la modificación, y se deben incluir las alegaciones del contratista y todos los informes emitidos con carácter previo a su aprobación (art. 207.3.2.º). Las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada, salvo en el caso de los contratos de servicios y de concesión de servicios del Anexo IV, realizadas por necesidad de prestaciones adicionales o por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles se tienen que publicar también en el DOUE. El contenido de dicho anuncio es el establecido en el Anexo III (disposición adicional quinta).

Las modificaciones contractuales previstas en los pliegos se acordarán en la forma en que en ellos se hubiera especificado, pero debe respetarse lo dispuesto en el art. 191. Las no previstas deben seguir el procedimiento que prevé el art. 191 y, además, debe darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas si se hubieran preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación, para que en un plazo no inferior a 3 días formule las consideraciones que tenga por conveniente.

viii) Control. Las Directivas comunitarias sujetan a control jurisdiccional las modificaciones de los contratos, al objeto de garantizar en todo caso la tutela judicial efectiva de los competidores que entiendan que la novación contractual se ha realizado en fraude de las normas imperativas de las propias Directivas. De conformidad con ello, la LCSP amplía el objeto

del recurso especial e incluye en su ámbito de aplicación las modificaciones basadas en el incumplimiento de los arts. 204 y 205, porque la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, pero solo respecto de determinados contratos por encima de unos umbrales más bajos que los previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Como consecuencia de ello, el control de las modificaciones depende del tipo de contrato, de su cuantía y de las causas de impugnación que esgrima el recurrente [arts. 44.1 y 2.d) y 27.1.1.a) LCSP].

– Contratos administrativos típicos y especiales. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato típico que supera los umbrales necesarios para el recurso especial (3 millones obras y concesiones y 100 000 servicios y suministros) o de un contrato especial que no tiene precio de licitación o cuyo valor sea superior a 100 000 euros procede: recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas o se trata de contratos de cuantía inferior: recurso administrativo y control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

– Contratos privados de la Administración. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato de servicios armonizado: recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas o se trata de contratos de cuantía inferior: jurisdicción civil.

– Contratos de los poderes adjudicadores no Administración. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato típico que supera los umbrales necesarios para el recurso especial (3 millones en obras y concesiones y 100 000 en servicios y suministros): recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen tales causas, pero el contrato es de cuantía inferior: recursos administrativos y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas distintas y se trata de contratos de cuantía inferior a la necesaria para el recurso especial: control por la jurisdicción civil. El recurso especial contra las modificaciones no suspende sus efectos, a diferencia de lo que sucede con la adjudicación, siendo así que el fundamento en uno y otro caso es idéntico: impedir que se consumen situaciones de hecho que hagan muy difícil o imposible la efectividad de la futura resolución del recurso²⁹.

29. J. M.^a BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», cit., pág. 1362.

5.5

Cesión y subcontratación

i) La cesión del contrato es una modificación (novación) subjetiva por cambio en la persona de una de las partes, ya que en virtud de ella el cesionario pasa a ocupar la posición jurídica del contratista a todos los efectos (el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente, dice el art. 214.3).

La cesión solo es posible cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos (art. 214.1), que deben establecer necesariamente que los derechos y obligaciones del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero, siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido determinantes para la adjudicación del contrato y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia. Para que proceda la cesión se deben cumplir estos requisitos, que se deben contemplar en los pliegos (art. 214.2):

- Que el órgano de contratación la autorice de forma previa y expresa: la autorización ahora es reglada, el plazo para resolver la solicitud de cesión es de 2 meses y, transcurrido ese plazo, la autorización se entenderá otorgada por silencio.
- Que el cedente tenga ejecutado al menos el 20 % del importe del contrato (o se haya realizado la explotación de 1/5 del plazo de duración en el caso de concesiones).
- Que el cesionario tenga la capacidad y solvencia que resulten exigibles en función de la fase de ejecución del contrato.
- Que la cesión se formalice en escritura pública.

ii) Subcontratación. De la subcontratación se ocupan los arts. 215 a 217, que ofrecen novedades relevantes tendentes a favorecerla. Con carácter general se prevé que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, por lo que desaparece el tope máximo que antes se fijaba en el 60 % del importe de la adjudicación [art. 227.2.e) TRLCSP]³⁰. Además, se precisa que la limitación de la subcontratación no podrá suponer una restricción efectiva de la competencia (art. 215.1).

La posibilidad de subcontratar se debe prever en los pliegos, los cuales pueden establecer limitaciones y disponer que la prestación sea ejecutada directamente por el contratista principal por tratarse de lo que se denomi-

³⁰. La STJUE de 14 de julio de 2016 señala que no se puede prohibir la ejecución con medios externos con carácter general, salvo los referidos a prestaciones de carácter esencial.

nan tareas críticas, cuya determinación debe ser objeto de justificación en el expediente de contratación. Los requisitos a los que se somete ahora la subcontratación son estos (art. 215.2):

- Los pliegos pueden establecer la obligación de que los licitadores indiquen en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas.
- El contratista, tras la adjudicación del contrato, tiene que comunicar por escrito al órgano de contratación la intención de celebrar los contratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, que no puede ser una persona inhabilitada para contratar o en la que concurra una prohibición de contratar.
- En los contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando así lo exija la seguridad del Estado, la comunicación previa se sustituye por una autorización expresa del órgano de contratación.
- Los pliegos, como se ha señalado, también pueden prever que determinadas tareas críticas no se puedan subcontratar y, por tanto, hayan de ser ejecutadas directamente por el contratista principal.

El incumplimiento de tales requisitos, si así lo prevén también los pliegos, puede llevar aparejada la imposición al contratista de una penalización de hasta el 50 % del importe del subcontrato o la resolución del contrato.

El subcontratista queda obligado solamente ante el contratista principal (con quien celebra un contrato privado) y es este el que asume únicamente la responsabilidad de la ejecución del contrato ante la Administración. El subcontratista, por su parte, carece de acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con él por el contratista principal. Pero la Ley no se desentiende del subcontratista y refuerza su posición jurídica de este modo: en primer lugar disponiendo que los plazos fijados para el pago del precio no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad, y, en caso de demora, devengarán en su favor los intereses correspondientes y la indemnización por costes de cobro (art. 216.2); y, en segundo lugar, los pliegos pueden prever pagos directos a los subcontratistas, por cuenta del contratista principal (disposición adicional quincuagésima primera).

5.6

Suspensión y resolución

i) La suspensión de los contratos cambia ahora de ubicación sistemática (art. 208) y se regula junto a la extinción, mientras que en el TRLCSP de 2011 se ubicaba en el capítulo de la modificación de los contratos (art. 220). La regulación de la suspensión que contiene la LCSP solo se aplica a los contratos administrativos. La suspensión de la ejecución en el resto de contratos se rige por el derecho privado.

La nueva regulación de la suspensión presenta algunas novedades relevantes y positivas. Las más importantes son estas:

En primer lugar, la nueva LCSP enumera los conceptos por los que, en su caso, el contratista será indemnizado salvo que el pliego establezca otra cosa. Se incluyen los conceptos que normalmente están presentes en los supuestos de suspensión (gastos de mantenimiento de la garantía definitiva, gastos salariales, alquiler de maquinaria e instalaciones, etc.) y concluye con una cláusula de cierre del 3 % del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión [art. 206.2.a)].

En segundo lugar, el reconocimiento del derecho del contratista a la indemnización por suspensión se condiciona a que se documente en acta el hecho suspensivo, que se extenderá de oficio o a solicitud del contratista (art. 206.1). Para evitar que la inactividad de la Administración impida el ejercicio de la acción resarcitoria se prevé que el contratista pueda solicitar que se extienda dicha acta, y si la Administración no atiende la petición, se presume *iuris tantum* que la suspensión ha comenzado en la fecha indicada por el contratista en su escrito de solicitud [art. 208.b)].

Por último, el Anteproyecto preveía un plazo de prescripción de un año para ejercer el derecho a la indemnización. El Proyecto, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, que consideró que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, lo elevó a 4 años, que es el plazo previsto en el art. 25.1 de la LGP para instar el reconocimiento de obligaciones para la Hacienda Pública. Pero la Ley ha vuelto al plazo anual, que se computa desde que el contratista recibe la orden de reanudar la ejecución del contrato [art. 206.c)].

ii) La regulación que contiene la LCSP sobre la resolución se aplica a los contratos administrativos, a los contratos privados armonizados de la Administración y, muy parcialmente, a los contratos de los poderes adjudicatarios (resolución por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no es posible modificarlo en aplicación de los arts. 204 y 205). Todos los demás se rigen por el derecho privado.

Se mantiene la idea de que la extinción supone la terminación de la relación contractual, bien de modo normal o natural como consecuencia de la satisfacción de la finalidad perseguida (cumplimiento), bien de manera anormal como consecuencia de la aparición de circunstancias sobrevenidas que impiden que continúe el vínculo contractual (resolución). Por eso no tiene cabida en el concepto –según señaló el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto– la declaración de nulidad que se incluía en el art. 207 del Anteproyecto también como causa de extinción (se trata de defectos originarios en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido). También se mantiene la tradición de incluir causas de resolución no basadas en un incumplimiento, lo que lo aleja del concepto de resolución del ámbito civil. En rigor, se incluyen tanto causas de resolución en sentido estricto como de rescisión.

En cuanto a las causas de resolución, se parte, como en la regulación anterior, de la distinción entre causas generales de resolución para todos los contratos (arts. 210 a 213) y causas específicas para cada uno de los contratos típicos (arts. 245-246 para el de obras; arts. 279-280 para el de concesión de obras; arts. 294-295 para el de concesión de servicios; arts. 306-307 para el de suministro; art. 313 para el de servicios).

Se prevé expresamente como causa de resolución «el incumplimiento de la obligación principal del contrato». Se trata, como dice en su dictamen el Consejo de Estado al Anteproyecto, de salvar los problemas interpretativos que se habían suscitado cuando el PCAP calificaba de esenciales varias obligaciones accesorias impuestas al contratista, pero, por su obvedad, se omitía esa calificación respecto del objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación de servicio). Para el resto de obligaciones esenciales es necesaria su calificación en los pliegos o en el correspondiente documento contractual, siempre que –se precisa ahora– se respeten los límites de la libertad de pactos (interés público, ordenamiento jurídico y principio de buena administración) y que esta calificación esté expresada de manera precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles «cláusulas de tipo general».

Se recupera como causa de resolución la modificación del contrato (en los casos del art. 205, esto es, cuando no esté prevista en los pliegos) por encima del 20 % del precio inicial (como ocurría antes de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), en coherencia con el nuevo régimen de modificación contractual, que atribuye a la misma carácter potestativo una vez superado el aludido límite porcentual.

Sigue sin preverse como causa de resolución la no formalización del contrato, ya que es esta, y no la adjudicación, la que perfecciona el contrato (art. 36).

Se consuma también la evolución legislativa tendente a privar de automatismo a la resolución de los contratos administrativos como consecuencia del concurso de acreedores. Ahora el apartado 5 del art. 212 precisa que «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». Con el antiguo art. 224.5 TRLCSP, la apertura de la fase de liquidación daba lugar a la resolución del contrato. Se dota, pues, a la Administración de un mayor margen para decidir si opta por la continuidad del contrato, lo cual puede ser útil si la apertura de la fase de liquidación tiene lugar cuando el contrato está próximo a su cumplimiento, pues en tal caso, como dice el Consejo de Estado, genera mayores inconvenientes que la Administración resuelva y vuelva a licitar el contrato que su finalización por la entidad en concurso.

También se precisa que en caso de concurrencia de causas «con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo», consagrando así una regla que ya aplicaban la jurisprudencia, el Consejo de Estado y los órganos consultivos equivalentes de las comunidades autónomas (art. 211.2).

Se resuelve el problema del plazo del procedimiento de resolución. La anterior falta de previsión expresa suponía la aplicación del plazo supletorio de 3 meses de la LPAC, lo que daba lugar a que muchos expedientes caducasen. Ahora se prevé de forma expresa un plazo de 8 meses para instruir y resolver el expediente de resolución contractual (art. 212.8). Debería decir, y así debe entenderse en línea con lo que dispone la LPAC, que el plazo es para resolver y notificar.

Por último, en cuanto a los efectos de la resolución, se aclaran las dudas sobre la función de la garantía definitiva en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contratista (art. 213.3). Se vuelve de forma explícita al régimen de la incautación automática, que el vigente art. 225.3 TRLCSP parecía haber abandonado (según el Consejo de Estado y varios consejos consultivos autonómicos) a favor de un sistema cuyo efecto era la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, la cual debía hacerse efectiva sobre la garantía constituida. Ahora la garantía vuelve a recobrar su auténtica función de asegurar la correcta ejecución del contrato, disuadiendo así a los contratistas de eventuales incumplimientos culpables. El art. 110.d) de la Ley confirma esta acertada idea³¹.

31. Sobre ello, *vid.* mi trabajo: «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 185 y ss.

También se amplían los supuestos en los cuales al tiempo de incoarse el procedimiento de resolución del contrato puede iniciarse simultáneamente el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato (art. 213.6).

6 Conclusión

La aprobación de una nueva Ley de contratos públicos plantea la misma cuestión que suscitaron la aprobación primero y la derogación después de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Ley, como es sabido, fue en su momento muy criticada por las escasas novedades que introdujo y por algunas deficiencias técnicas que presentaba, aunque al final, tras una importante reforma en 1999, de tanto usarla y aplicarla, nos familiarizamos con ella y hasta le cogimos cierto afecto. Y ahora, incluso, la echamos de menos al tener que utilizar, aplicar y explicar la LRJSP y la LPAC, que lo que han hecho es cambiar casi todo de sitio sin aportar mejoras sustanciales y sin ocuparse de cuestiones que deberían haber sido objeto de regulación, como, por ejemplo, muchos aspectos de las sanciones administrativas que siguen sin ser abordados, la actividad de inspección de la Administración o la revocación de los actos administrativos.

Estas últimas leyes se hicieron de prisa y corriendo (tardaron menos en aprobarse que en entrar en vigor), de espaldas a todo el mundo y sin tener en cuenta los avances de la jurisprudencia, las soluciones que ofrecían en muchas cuestiones las leyes sectoriales y los trabajos publicados en numerosas materias, en un claro ejemplo de *legislación autista e hiperactiva*. Pero este no ha sido el caso de la LCSP, cuyo borrador de anteproyecto se elaboró en el seno de una Comisión de expertos y cuya aprobación definitiva ha tardado cuatro años desde que se constituyó dicha Comisión, sobrepasando con creces el plazo de transposición de las Directivas, que, como todos sabemos, concluyó en abril de 2016. Con todos los respetos hacia los redactores del Proyecto: ¡cuatro años para esto! ¿No nos merecemos una Ley de contratos mejor? Y antes incluso de ello, ¿realmente era necesaria una nueva Ley de contratos públicos? Dadas las innovaciones sustanciales introducidas, ¿no hubiera bastado, como también ocurría en el caso de las leyes de régimen jurídico y de procedimiento administrativo común, con una modificación parcial de la Ley anterior, de modo que así se hubieran apreciado también mejor los cambios realmente introducidos?

La nueva Ley de contratos públicos no solo manifiesta, como he ido señalando, algunas de las disfunciones o patologías de nuestro actual siste-

ma normativo, sino que constituye también una muestra más de la volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. Nos enfrentamos a normas cada vez más confusas, desordenadas e ininteligibles, en parte como consecuencia del proceso de sedimentación que sufren las leyes durante su *iter* legislativo, en cuyo transcurso se van acumulando de forma incoherente y acrítica las observaciones y enmiendas de que son objeto, sin que se realice al final del proceso una labor de depuración y sistematización para obtener normas de calidad de conformidad con los principios de buena regulación que ahora contempla la LPAC (art. 129), que, a lo que parece, están de adorno. *Dime de qué presumes...*

En cualquier caso, no hay que perder la esperanza de que el legislador, en un arrebato de lucidez, simplifique la Ley, reduzca su extensión (reconduciendo a sus cauces naturales las relaciones entre ley y reglamento) y aclare las cuestiones más confusas y problemáticas que la nueva legislación de contratos presenta, que no son pocas. Pero como no parece que eso vaya a suceder de inmediato, habrá que conformarse con que el legislador al menos nos deje un tiempo para estudiarla, asimilarla y aplicarla; en definitiva que, frente a la tendencia de nuestro legislador a modificar leyes que acaban de entrar en vigor (como lamentablemente puede verse ya en este ámbito con la aprobación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que ya ha modificado la cooperación vertical y los contratos menores en el ámbito de la ciencia), nos deje un tiempo para que nos familiaricemos con ella. Si eso ocurriera, hasta es posible que también a esta nueva Ley lleguemos a cogerle cierto apego y adhesión.

Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley

ÍÑIGO SANZ RUBIALES

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Valladolid*

1. Introducción

2. Novedades comunes

- 2.1. El impulso de la contratación estratégica
- 2.2. Sobre las cautelas en el uso de etiquetas

3. Preparación: las nuevas «consultas preliminares de mercado»

4. Selección de contratistas y adjudicación

- 4.1. Sobre los criterios de adjudicación
 - 4.1.1. Mantenimiento de los criterios de la legislación derogada: la oferta económicamente más ventajosa
 - 4.1.2. El nuevo criterio de los costes del «ciclo de vida» como criterio económico-ambiental
- 4.2. Nuevos procedimientos de adjudicación
 - 4.2.1. Procedimiento abierto simplificado (PAS)
 - 4.2.2. «Procedimiento de licitación con negociación»: ¿Desaparece el negociado sin publicidad?
 - 4.2.3. Asociación para la innovación
- 4.3. La nueva regulación de los contratos menores

Resumen

La nueva Ley 9/2017 introduce diversas novedades en el procedimiento contractual, entre las que destacan la potenciación de la contratación estratégica y la promoción, con cautelas, del uso de etiquetas voluntarias. Crea las consultas preliminares de mercado y el criterio de adjudicación

Artículo recibido el 17/07/2018; aceptado el 29/09/2018.

de costes de ciclo de vida. Son novedosos también los procedimientos abierto simplificado y de asociación para la innovación.

Palabras clave: *procedimiento contractual; adjudicación del contrato; contratación estratégica.*

Contract preparation and award: the most relevant changes in Law 9/2017

Abstract

The new Law 9/2017, of 8 November, on Public Procurement, introduces some new rules regarding the contracting procedure. Inter alia, the most relevant ones are the enhancement of strategic sourcing and the promotion, with caution, of the use of secondary labels. It also establishes preliminary market consultations and the award criteria based on the cycle life costs. Moreover, Law 9/2017 introduces the open and simplify procedure and the so-called procedure of association for innovation.

Keywords: contracting procedure; award of the contract; strategic sourcing.

1

Introducción

En el régimen de los contratos públicos, el procedimiento que disciplina su celebración tiene una importancia decisiva. Es conocido que el procedimiento administrativo general para la emisión de actos administrativos tiene una doble finalidad respecto a la actuación administrativa: que la Administración actúe conforme a la legalidad (que se ajuste al ordenamiento jurídico) y conforme a la oportunidad (que satisfaga el interés público).

El procedimiento administrativo contractual no es distinto, y no solo porque finaliza con un acto administrativo «puro» (la adjudicación del contrato), sino también porque los objetivos que persigue son los mismos: por una parte, el procedimiento trata de asegurar la legalidad del contrato (su conformidad con la ley: la Administración, también cuando contrata, actúa sometida a la ley, con vinculación positiva; esto es, «sujeta a la ley», no «en el marco» de la ley). La Administración, efectivamente, carece de autonomía de la voluntad, tal y como se deduce de la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público* (LCSP): del art. 28.1, referido a la causa («*Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean nece-*

sarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales»), o de los arts. 2.1 («Son contratos del sector público y, en consecuencia, *están sometidos a la presente Ley* en la forma y términos previstos en la misma,...») y 2.2. («*Están también sujetos a la presente Ley*, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados...»); por otra parte, la tramitación procedimental persigue garantizar un nivel óptimo de concurrencia de aspirantes, objetivo que sirve para lograr la adjudicación al mejor contratista: el aspirante más solvente y capaz y que presente las mejores condiciones de oferta; y eso es lo que mejor satisface el interés público.

En todo procedimiento administrativo de contratación pública cabe distinguir, según dispone la LCSP, dos fases: la de preparación y la de adjudicación. Se señalarán a continuación algunas de las novedades más destacables que introduce la nueva Ley respecto de la legislación derogada en lo que se refiere a dichas fases: en primer lugar, las novedades aplicables a ambas (la llamada «contratación estratégica» y las cautelas en el uso de etiquetas, que pueden plasmarse tanto en la preparación como en la adjudicación), y posteriormente, las específicas de cada fase.

2

Novedades comunes

2.1

El impulso de la contratación estratégica

La LCSP refuerza la utilización instrumental de la contratación pública para alcanzar objetivos ambientales, sociales y de innovación. De esta forma, pretende transformar la concepción del poder público, de mero «comprador» a auténtico «ordenador» de la actividad privada a través del ejercicio de su poder de compra¹.

Parece imponer la inclusión de criterios ambientales en la contratación. Así se podría intentar deducir de la nefasta redacción del art. 1.3:

«En toda contratación pública *se incorporarán* de manera transversal y preceptiva criterios *sociales* y *medioambientales* siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación

1. Cfr: el artículo del que suscribe, «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, n.º 205 (2018), págs. 49 y ss.

contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las *pequeñas y medianas empresas*, así como de las empresas de economía social».

De esta forma, la política de contratación pública puede configurarse como una técnica de «fomento» o estímulo de la actuación privada «ajustada» al interés público. En efecto, con la contratación «estratégica» la Administración estimula a las empresas para que, libremente, modifiquen sus técnicas de producción, a cambio de la ventaja de participar y, en su caso, ser adjudicatarias de un contrato público. La Ley de Contratos habilita a la Administración para otorgar «beneficios» (vía adjudicación del contrato) a quienes cumplan la prestación pactada de la forma más respetuosa con el medio ambiente o promuevan más eficazmente la mejora de colectivos desfavorecidos. Pero es importante que las cláusulas estratégicas tengan relación con el objeto, como señala reiteradamente la LCSP: solo así se salvaguarda eficazmente el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los contratos públicos.

Las consideraciones ambientales y sociales pueden incluirse como criterios de adjudicación, que constituyen «*la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas*», y como condiciones de ejecución, esto es, como «*requisitos objetivos fijos* que no inciden en la evaluación de las ofertas» (Directiva 2014/24, cdo. 104). Los criterios de adjudicación deben aplicarse en la fase de selección de contratistas, mientras que las condiciones de ejecución pueden configurarse como cláusulas técnicas, determinadas en la fase de preparación e incluidas en los pliegos correspondientes. En todo caso, el órgano de contratación deberá asegurar que la aplicación de las cláusulas ambientales o sociales no tenga efectos restrictivos del acceso de las pequeñas y medianas empresas al proceso de contratación, esto es, que los diversos objetivos de la Ley no se contradigan entre sí².

Finalmente, hay que recordar, en esta misma línea, que la LCSP atribuye específicas potestades de comprobación del cumplimiento de la normativa ambiental y social por los licitadores, de tal forma que impone el rechazo de las ofertas anormalmente bajas como consecuencia del incumplimiento de la normativa ambiental y social³. Cumple aquí el órgano de contratación con una función de control de la legalidad ambiental (y social), a título preventivo

2. *Ibidem*, págs. 68-69.

3. Cfr. Directiva 2014/24, de 26 de febrero, *sobre contratación pública*. Considerando n.º 103.

y durante la fase de selección de contratistas, pero por referencia a la ejecución del contrato.

2.2

Sobre las cautelas en el uso de etiquetas

El art. 127.2 LCSP contiene una regulación específica de una técnica informativa de mercado (la de las etiquetas voluntarias que tienen como finalidad informar al consumidor de diversas características de un producto), para establecer sus posibilidades de utilización y sus límites, potenciando así sus ventajas y evitando los efectos restrictivos de la competencia que puede generar su utilización inadecuada:

«(...) los órganos de contratación (...) podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, (...) siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes: (...)».

Las etiquetas, por tanto, pueden utilizarse por el órgano de contratación a los efectos de determinar el contenido del contrato o como criterio de selección de contratistas.

Por otra parte, la Ley se refiere a las etiquetas «voluntarias», que constituyen una técnica de aseguramiento de procesos y características de interés general en productos de mercado, más allá del cumplimiento de la normativa correspondiente («*ultra legem*»), por lo que los poderes públicos han potenciado su utilización (etiquetas «verdes», sociales, de comercio justo, de gestión sostenible, etc.)⁴. No plasman una regulación obligatoria, sino meramente potestativa; su uso no se impone, por lo que su elusión no es ilegal⁵. Por tanto, este tipo de etiquetas voluntarias no constituye un requisito necesario para la comercialización lícita de un producto; antes bien, se identifica con

4. Sobre las etiquetas verdes, que son sin duda alguna las más desarrolladas entre las voluntarias, véase LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURILLAS, J. C., *Administración y Legislación Ambiental*, 9.^a edic., Dykinson, Madrid 2016, págs. 334 y ss.

5. Además de las etiquetas vinculadas con la calidad de la prestación, como acabamos de ver, la Ley alude específicamente a otro tipo de «etiqueta», los certificados de gestión ambiental –especialmente, los comunitarios (EMAS)–, a efectos de demostrar la solvencia técnica del empresario, esto es, las condiciones subjetivas que hacen de este un posible contratista (art. 94).

sellos voluntarios de garantía de calidad que solo algunos productores buscan y obtienen.

Para evitar que la exigencia de una etiqueta pueda predeterminar al adjudicatario, la Ley establece cautelas al respecto (art. 127.2). Cuando el órgano de contratación exija una etiqueta determinada (entre los criterios de adjudicación, prescripciones técnicas o condiciones de ejecución del contrato), deberá asegurarse de que la etiqueta mencionada tenga relación con el objeto del contrato, de que no resulte discriminatoria, de que haya sido expedida por organismos fuera de la influencia del órgano de contratación, de que haya sido emitida en un procedimiento abierto y transparente, y de que sea accesible a las partes interesadas.

Ahora bien, como la etiqueta cumple una función de medio de prueba de determinadas características (ambientales o sociales, de ordinario), no puede, el órgano de contratación, remitirse exclusivamente a una en concreto (porque cabe probar la existencia de las características certificadas mediante otras etiquetas u otros medios de prueba –art. 127.3–) ni a las características de una etiqueta si no las ha expuesto en los pliegos y son suficientemente conocidas por los interesados (art. 127.5)⁶.

De esta forma, la Ley se sitúa en la línea correcta de las directivas de contratos y de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, según el TJUE, no pueden los órganos de contratación exigir una etiqueta determinada, sino una serie de características técnicas que pueden ser demostradas por etiquetas u otros medios, indicando además los criterios en que se basan esas etiquetas: así se deduce de la STJUE de 10 de mayo de 2012, as. C-368/10, Comisión c. Países Bajos, n.º 97⁷.

6. Afortunadamente, la Ley no recoge el carácter cuasiobligatorio que tenían las etiquetas en el Anteproyecto, con la única excepción de la imposibilidad demostrada. En efecto, el art. 127.3 del Anteproyecto decía así: «Si a un empresario, *por razones que no le sean imputables*, le hubiere resultado *manifiestamente imposible* obtener, dentro de los plazos aplicables, la etiqueta específica indicada por el órgano de contratación o una etiqueta equivalente, el órgano de contratación aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida».

7. «De todas las consideraciones anteriores se desprende que, al establecer en el pliego de condiciones que el hecho de que algunos productos que debían suministrarse estuvieran provistos de determinadas etiquetas daría lugar a la concesión de un determinado número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier medio adecuado la prueba de que un producto reúne esos criterios, la provincia de Holanda Septentrional formuló un criterio de adjudicación incompatible con el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18. Por consiguiente, en esta medida, el tercer motivo es fundado».

Ahora bien, el uso progresivo y extensivo de las etiquetas es imparable. Estos instrumentos, formalmente voluntarios, que nacieron como simples técnicas de fomento basadas en el mercado, ahora amplían sus utilidades al ámbito de la contratación pública y se acercan más a una carga para participar en determinados contratos públicos. Aunque siempre cabe sustituir la tenencia de una etiqueta por la acreditación del cumplimiento de sus requisitos de obtención, lo cierto es que, en la práctica y por razones de eficiencia, las etiquetas se convierten en cuasiobligatorias para los empresarios en muchos sectores de la producción económica, so pena, en caso de no disponer de ellas, de tener que demostrar caso por caso en cada contrato el cumplimiento de todas y cada una de las medidas que las citadas etiquetas acreditan.

3

Preparación: las nuevas «consultas preliminares de mercado»

La fase de preparación se dirige a concretar la voluntad administrativa contractual mediante la determinación del clausulado técnico y administrativo y del precio. La nueva Ley sigue la línea de la legislación de contratos anterior, aunque incluye algún nuevo trámite o técnica.

En esta primera fase la gran novedad la constituyen las llamadas «*consultas preliminares de mercado*», que se encuentran reguladas en el art. 115 LCSP. Según el párrafo 1.º de este artículo, «*Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento*».

Son estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada en cuanto al contenido del futuro contrato y en cuanto a las condiciones de acceso y licitación. Sirven, por tanto, para mejorar la preparación del contrato.

Las consultas, previstas en la Directiva 2014/24 con carácter potestativo, sirven, según ella, para informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación y requisitos de contrataciones futuras (art. 40 Directiva 2014/24), y para conocer las capacidades reales (técnicas y financieras) de los agentes económicos interesados y la posibilidad de que estos puedan proponer en la licitación las soluciones que satisfagan las necesidades de la entidad pública.

Esta novedad se ha valorado positivamente por la doctrina, porque las consultas pueden facilitar la elaboración del clausulado en compras de una cierta complejidad.

Ahora bien, no se trata de una técnica tan novedosa como pudiera parecer en un primer momento: la solicitud de estudios y consultas está prevista no solo para la iniciación de contratos, sino también de reglamentos (art. 26 LRJSP)⁸ e, implícitamente, de actos administrativos (art. 55.1 LPAC)⁹.

En la LCSP se deja constancia de los diversos caracteres de esta técnica, tanto desde la perspectiva de sus objetivos como desde la de su desarrollo procedimental.

Esta figura pretende lograr dos objetivos: por una parte, preparar la licitación, en el sentido de determinar con precisión el contenido de la voluntad contractual a la luz de las reales necesidades administrativas, y por otra, informar de los planes de contratación y los requisitos que se exigirán a los operadores económicos, es decir, informar, de acuerdo con el principio de publicidad y transparencia, de los requisitos y condiciones necesarias de la licitación, lo que permite a los licitadores preparar adecuadamente sus ofertas. Todo ello potencia la preparación técnica del contrato, su publicidad y transparencia (art. 115.2) y, en consecuencia, la competencia¹⁰.

Además, la LCSP regula a grandes trazos el procedimiento que debe seguirse, que implica algunos trámites adicionales: el órgano de contratación, en primer lugar, deberá publicar en el perfil del contratante el objeto de la consulta, cuándo se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que los interesados puedan realizar aportaciones¹¹. Resulta lógica la exigencia de publicación porque, de ordinario, estas consultas preliminares se concretarán en los correspondientes contratos de servicios (art. 115.2). Los resultados de las consultas, además,

8. Art. 26 Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: *Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos*. «La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento: 1. Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma».

9. Art. 55.1 Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común: *Información y actuaciones previas*. «Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un periodo de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

10. Sobre el potencial papel impulsor de la transparencia y de la competencia de esta técnica, véase GUERRERO MANSO, M.^a del C. DE, «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, págs. 1047 y ss.; 1051.

11. Como señala acertadamente DE GUERRERO, el legislador español tiene miedo a dejar participar en las consultas preliminares a los operadores económicos, hasta el punto de establecer que dicha participación solo se producirá con carácter excepcional (art. 115.1). Pero esta restricción no está justificada ni es conforme con el espíritu de la Directiva. Cfr. GUERRERO MANSO, M.^a del C. DE, *op. cit.*, págs. 1056-1057.

deben plasmarse en un informe donde se harán constar las actuaciones realizadas, que se relacionarán junto a sus autores, las entidades consultadas, las preguntas que se han formulado y las consiguientes respuestas. El informe, motivado, forma parte del expediente (art. 115.3).

En cuanto al resultado, la Ley exige que no resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características de uno de los consultados si es una empresa (art. 115.2); debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos; y que en ningún caso puedan comportar ventajas en la adjudicación del contrato para las empresas participantes en el procedimiento.

En definitiva, las consultas preliminares de mercado no constituyen una novedad excesiva, por cuanto nunca han estado prohibidas y, según la regulación vigente, tampoco son obligatorias¹²; además, estas consultas se concretarán, de ordinario, en la celebración y ejecución de contratos de servicios previos a la celebración de otros contratos (como los de proyectos, concursos de ideas, etc.). Posiblemente la gran ventaja de esta regulación sea que pone de manifiesto la posibilidad de preparación previa del contenido contractual, con ayuda de expertos en la materia, y de colaboración precontractual, con —en su caso— potenciales licitadores.

Aunque se han depositado grandes esperanzas en la eficacia de este instrumento¹³, para este viaje, quizá, no necesitábamos alforjas.

4

Selección de contratistas y adjudicación

4.1

Sobre los criterios de adjudicación

4.1.1

Mantenimiento de los criterios de la legislación derogada: la oferta económicamente más ventajosa

Aunque se ha venido afirmando que la LCSP ha suprimido la importancia del criterio del precio o *«la oferta económica más ventajosa»*, y la ha sustitui-

¹². Art. 115.1: *«Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos...»*.

¹³. *Ibidem*, págs. 1070-1071.

do por el concepto de «*mejor relación calidad-precio*»¹⁴, eso no es cierto en toda su extensión, ni mucho menos. El órgano de contratación sigue estando vinculado a la «*oferta económicamente más ventajosa*», y así lo reconoce el propio art. 1.1 LCSP¹⁵.

Es verdad que, hasta el momento, el precio había sido un factor esencial, aunque no el único, a la hora de adjudicar el contrato, lo que se había venido plasmando en la regulación de la subasta y, después, de la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa por razón del precio (es decir, mediante la subasta). Son conocidas las ventajas y los inconvenientes del criterio del precio como único: es el sistema más reglado, pero facilita la presentación de bajas «temerarias»: los licitadores pueden, para hacerse adjudicatarios, bajar excesivamente sus ofertas, con el riesgo de que sean incapaces, posteriormente, de ejecutar el contrato, con lo que la Administración asume mayores costes de los inicialmente previstos¹⁶.

El nuevo art. 145.1 LCSP establece como principio general el de pluralidad de criterios: especifica que la adjudicación del contrato se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación «en base a la mejor relación calidad-precio», y que se llevará a cabo con arreglo a criterios económicos y cualitativos, incluyendo, entre los primeros, aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato (art. 145.2); o valorando, en el caso de los contratos de servicios, la calidad o valor intelectual (art. 145.3). Con esta medida se quiere evitar que se primen las ofertas con precio más bajo y

14. P. ej., RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017, págs. 183 y ss.; GIMENO FELIU, J. M.^a, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., pág. 117.

15. «La presente Ley tiene por objeto (...) asegurar, (...) una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». *Vid.*, igualmente, el art. 143.6.

16. Sobre las denominadas tradicionalmente «bajas temerarias», la Ley prevé que pueden darse no solo en «subastas» (selección por razón del precio), sino también en concursos (selección por razón de relación calidad-precio). Por eso, el art. 149.2 LCSP dispone que los pliegos establezcan parámetros objetivos sobre dónde está la baja anormalmente desproporcionada. Cuando la Administración entienda, de acuerdo con esos parámetros, que una proposición puede ser desproporcionada, dará audiencia al licitador (art. 149.4 LCSP) para que justifique las razones de dicha baja (razones técnicas, condiciones favorables, originalidad, etc.). Si no acepta las razones del licitador, podrá acordar la adjudicación a la siguiente proposición económicamente más ventajosa (art. 149.6 LCSP). Pero la gran novedad de la regulación actual es que el órgano de contratación deberá rechazar la oferta incurso en presunción de anormalidad si se produce por infracción de la normativa ambiental, social o de subcontratación (art. 149.4 *in fine*).

eso afecte a la calidad, que, como conocemos, es uno de los principios inspiradores de la Ley.

La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos o monetarios y cualitativos:

a) «Precio»: criterios económicos. Son, según el art. 146.1 LCSP, el precio u otro parámetro basado en la rentabilidad o que identifique la mejor relación coste-eficacia, como, por ejemplo, el coste del ciclo de vida (CCV). De todas formas, según el art. 148.4 LCSP, también cuando haya que valorar la «calidad-precio» el «precio» se calculará atendiendo preferentemente a los costes del ciclo de vida.

b) «Calidad»: tal y como establece el art. 145.2 LCSP, está constituida por un *numerus apertus* de características («entre otros»): el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; la organización; la cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato, siempre y cuando dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución; el servicio de postventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega, etc.

El principio general, como ha quedado señalado, es que se utilicen varios criterios de adjudicación con base en la relación calidad-precio, tal y como señala el art. 145.1 LCSP. Pero la propia LCSP admite que pueda utilizarse un único criterio (que nunca podrá ser en los casos enumerados en el art. 145.3 LCSP); este deberá estar «relacionado con los costes», y puede ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, según determina el art. 146.1 LCSP. Por lo tanto, ya no es el «precio» *sensu stricto* el criterio aplicable cuando se trata de un criterio único¹⁷.

Y, además, en ningún caso podrán utilizarse como criterios únicos de adjudicación solo los cualitativos, ya que el art. 145.2 LCSP, en su último párrafo, señala que estos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes (que, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida).

La nueva Ley (art. 145.3) sigue la línea del viejo TRLCSP en lo que se refiere a los contratos en los que debe, en todo caso, utilizarse el criterio de calidad y precio; únicamente sustituye los contratos de gestión de servicios públicos por concesiones de obras y servicios [letra e)], y añade los contratos de servicios de prestaciones intelectuales y de seguridad privada. Y, en el párrafo siguiente (art. 145.4), especifica más: en los contratos de servicios del

17. También destaca esta novedad GIMENO FELIU, J. M.^a, *op. cit.*, pág. 117.

Anexo IV (sociales, correos, hostelería, etc.), 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 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Por lo tanto, el criterio de coste (precio de adquisición o, como novedad, coste del ciclo de vida) sigue siendo aplicable a los contratos de obras, y a los de suministros y servicios normalizados, como en la normativa derogada, pero la nueva Ley pone especial énfasis en el criterio múltiple que tiene en cuenta calidad y costes.

4.1.2

El nuevo criterio de los costes del «ciclo de vida» como criterio económico-ambiental¹⁸

Aquí la LCSP apunta a un cambio de planteamiento fundamental, porque incluye el denominado «ciclo de vida» como un criterio económico de adjudicación de los contratos, equiparable al del precio. Este criterio se basa en los costes en los que incurre un comprador después de haber adquirido un producto, y que pueden ser determinantes para decidir la compra del producto¹⁹. Y puede incluir también (y así lo dispone la LCSP) otros costes previos, como los de investigación, o los vinculados con las externalidades ambientales, que no se plasman correctamente, de ordinario, en el precio de los productos.

El criterio del «ciclo de vida» es, pues, un criterio económico, puesto que se concreta en costes, tanto de adquisición (el precio de compraventa del producto) como vinculados a la vida de dicho producto (investigación, desarrollo, fabricación, transporte, mantenimiento, eliminación, etc.) (art. 148.1).

Pero a la vez, es un criterio ambiental (realmente, es un criterio económico-ambiental). Como señala el art. 148.2 LCSP, incluye (total o parcialmente):

«a) Los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como:

18. Cfr. SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.*, págs. 70 y ss.

19. Había sido introducido para la contratación pública en España por el art. 106 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, para la adquisición de vehículos automóviles mediante contratos públicos: «1. Las entidades a que se refiere el artículo anterior, en sus adquisiciones de vehículos de transporte por carretera que realicen a partir del 4 de diciembre de 2010, tendrán en cuenta los impactos energético y medioambiental de la utilización durante la vida útil del vehículo, con arreglo al apartado 2, y aplicarán una de las opciones previstas en el apartado 3 de este artículo. 2. Los impactos energético y medioambiental de la utilización que deberán tenerse en cuenta incluirán al menos lo siguiente: a) El consumo de energía; b) las emisiones de CO₂, y c) las emisiones de NO_x, NMHC y partículas (...).».

- 1.º Los costes relativos a la adquisición.
 - 2.º Los costes de utilización, como el *consumo de energía y otros recursos*.
 - 3.º Los costes de mantenimiento.
 - 4.º Los costes de final de vida, como los costes de *recogida y reciclado*²⁰.
- b) Los costes imputados a *externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida*, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos costes podrán incluir el coste de las *emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático*».

Por otra parte, en aquellos contratos en los que no sea preciso valorar otras características cualitativas, el criterio del coste del ciclo de vida puede ser el único y, por tanto, determinante de la adjudicación²¹. Esta configuración como posible criterio único de adjudicación supone que la tradicional y actual preferencia por los criterios económicos de adjudicación es perfectamente compatible con los criterios ambientales, porque este sistema monetariza los costes ambientales.

En todo caso, la aplicación práctica de este criterio no va a estar exenta de dificultades, por la ausencia de metodologías comunes para su cálculo, por la complejidad de su aplicación y el incremento de costes en la adjudicación, etc.²²

4.2

Nuevos procedimientos de adjudicación

La LCSP reconoce una pluralidad de procedimientos de adjudicación, similares a los de la Ley derogada, con algunas novedades: incluye un procedimiento abierto simplificado; configura como excepcional el negociado sin publicidad; y crea el nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Se exponen sintéticamente a continuación.

²⁰. Son ambientales los vinculados al consumo de energía, el consumo de otros recursos naturales (agua, vegetales, minerales, etc.), y los costes de recogida y reciclado, característicos de la gestión de residuos, entre otros.

²¹. Véase cómo, de forma reiterada, el art. 145.1 LCSP alude a la posibilidad de utilizar el criterio de coste del ciclo de vida como criterio único: «Previo justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar 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».

²². Cfr. BURZACO SAMPER, M.^a, «Los criterios de adjudicación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, Dykinson, Madrid 2018, pág. 154.

4.2.1

Procedimiento abierto simplificado (PAS)

Como ha venido afirmando la doctrina, en el sistema de gestión contractual español los procedimientos ordinarios estaban muy burocratizados, de forma que su tramitación resultaba excesivamente lenta²³. Se hacía preciso, por eso, que la nueva Ley permitiese una tramitación flexible y rápida –sin pérdida de garantías de la contratación– en este tipo de contratos. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había también llamado la atención sobre la necesidad de simplificar los procedimientos de contratación pública²⁴.

La introducción del nuevo «procedimiento abierto con tramitación simplificada» (PAS) puede ser la novedad más importante incorporada por la Ley en la regulación de los diversos procedimientos. Está inspirado en los modelos de algunas normativas autonómicas de contratos²⁵ y surge con el objeto de convertirse en el procedimiento ordinario. «Nace –dice el Preámbulo de la LCSP– 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». Sin embargo, lo cierto es que el análisis de los trámites legales muestra a las claras lo inviable de este deseo del legislador, plasmado en el Preámbulo²⁶.

Para algunos este procedimiento surge para paliar la desaparición del procedimiento negociado sin publicidad por umbrales, al que se aludirá más adelante²⁷, o para canalizar los contratos de escasa cuantía que, por la reducción de los umbrales, no puedan ya tramitarse como contratos menores²⁸.

El artículo 159.1 LCSP señala que los órganos de contratación podrán acudir a este nuevo procedimiento en los contratos de obras, suministros y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes²⁹:

23. GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., pág. 1075.

24. Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., págs. 257-258.

25. Véanse, en este sentido, la Ley aragonesa 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos públicos, o el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña.

26. GALLEGO CÓRCOLES, I., *op. cit.*, pág. 1088.

27. P. ej., RODRÍGUEZ VILLAR, B., «Procedimientos de adjudicación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, cit., pág. 117.

28. CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid 2018, pág. 406.

29. Quedan fuera, lógicamente, los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que por su propia naturaleza no parecen aptos para ser tramitados por esta vía.

- a) Que su valor estimado³⁰ no alcance los dos millones de euros (IVA excluido) en contratos de obras y los 100 000 euros (IVA excluido) en suministros y servicios. Se trata, por tanto, de facilitar la tramitación de una gran masa de contratos con un tope máximo a partir del cual deberá aplicarse el procedimiento ordinario.
- b) Que los criterios de adjudicación previstos en el pliego sean de valoración automática y no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haber estos, su ponderación no supere el 25 % del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el 45 % del total. Con ello se busca vincular la simplificación procedimental con el automatismo o carácter principalmente reglado de la decisión a adoptar. Esta exigencia, aunque ha sido fuertemente criticada, es razonable porque las garantías procedimentales tienen que ser proporcionales a la necesidad de tutela, y es muy difícil que una adjudicación totalmente reglada se separe de la normativa de manera no manifiesta, de tal manera que exija plazos más amplios y nuevas garantías para posibilitar el correspondiente control de legalidad. Es sabido, además, que, a medida que disminuye la discrecionalidad de la decisión administrativa, el papel de los potenciales vicios de la voluntad se reduce, y con ello, se hacen también innecesarios plazos más amplios y otros trámites de garantía.

La tramitación de este procedimiento simplificado se caracteriza por una serie de notas, entre las que merece la pena destacar las siguientes: el anuncio de licitación solo precisará de su publicación en el perfil del contratante (art. 159.2); los licitadores deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (ROLEC³¹) [art. 159.4 a)]; no procederá la garantía provisional por parte de los licitadores [art. 159.4 b)]; todas las proposiciones deberán presentarse necesaria y únicamente en el registro indicado en el anuncio de licitación [art. 159.4 c)]; la oferta se presentará en un único sobre en los supuestos en que en el procedimiento se contemple adjudicación automática, y en dos sobres en los demás casos [art. 159.4 d)]³²;

30. Sobre el concepto de valor estimado, véase el art. 101 LCSP.

31. Sobre el ROLEC, sus funciones y dependencia, véanse los arts. 81 y 337 ss. LCSP. Como señala GALLEGU CÓRCOLES, este requisito permite simplificar el procedimiento, aunque se ha diseñado como un obstáculo, cuando debería haberse planteado por la Ley como un estímulo a la inscripción de empresarios (*op. cit.*, pág. 1097).

32. Esto parece contradecir lo establecido por la disposición adicional 15.3 de la misma Ley, que señala que «La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará

los plazos de tramitación, en general, son muy reducidos, y algunos trámites administrativos se concentran en la misma sesión [*cfr.* art. 159.4 e), f)]³³.

En lo no previsto en este precepto se seguirán las reglas del procedimiento abierto, del que es una subespecie [art. 159.4 h)].

Además del PAS, el art. 159.6 LCSP contempla el procedimiento abierto que algunos califican como «supersimplificado» (PASS), que se seguirá para contratos de cuantías reducidas (obras de valor estimado de menos de 80 000 €, y suministros y servicios de valor estimado que no alcance los 35 000 €, salvo los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual).

En estos casos, además de la mayor reducción de plazos, no se exige acreditación de solvencia a los licitadores ni garantía definitiva al adjudicatario; la oferta se debe entregar en un solo sobre o archivo electrónico, y los criterios de adjudicación deben ser todos automáticos. A título anecdótico, no es preciso formalizar un contrato: basta con la firma del contratista en la resolución de adjudicación, a modo de aceptación (lo que vendría a confirmar la tradicional naturaleza «unilateral» de los contratos públicos).

En todo caso, en lo no previsto en este apartado se seguirán las reglas del PAS.

4.2.2

«Procedimiento de licitación con negociación»: ¿Desaparece el negociado sin publicidad?

Otra novedad que debe destacarse es la nueva configuración del procedimiento de licitación con negociación, que equivale al viejo procedimiento negociado con publicidad y que prescinde de la posibilidad del uso de este tipo de procedimiento (negociado) –cuando es sin publicidad– por razón de la cuantía³⁴. En efecto, la dispensa de publicidad sin una razón específica fuera de la cuantía constituyó una fuente de fraude contractual que la nueva Ley ha querido eliminar.

Frente a la regulación del derogado TRLCSP, la nueva Ley exige que se dé publicidad a todos los contratos, salvo los supuestos tasados del art. 168.

a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en la presente disposición adicional».

³³. P. ej., la mesa de contratación deberá, en la misma sesión, clasificar y evaluar las ofertas, realizar la propuesta de adjudicación, comprobar los requisitos de capacidad y solvencia y requerir para la constitución de la garantía definitiva [art. 159.4.f)].

³⁴. Hay que recordar que en la Ley recién derogada se preveía la posibilidad de usar el procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de obras de cuantía inferior a 200 000 € y en los de suministros y servicios de menos de 60 000 € (art. 177.2 TRLCSP).

Por tanto, realmente no ha desaparecido el procedimiento negociado sin publicidad; ahora bien, ya no se puede tramitar por la exclusiva razón de la cuantía, sino que debe justificarse su aplicación si se dan determinados supuestos, ciertamente excepcionales, previstos por el legislador. De acuerdo con ello, se confirma el principio general de que todos los contratos deben ser objeto de publicación, y las excepciones, tasadas, son únicamente las enumeradas en el art. 168 LCSP³⁵. El procedimiento negociado sin publicidad se convierte, por tanto, en lo que debería ser a la luz del principio de transparencia: un procedimiento excepcional³⁶.

4.2.3

Asociación para la innovación

El art. 177 LCSP define este procedimiento como aquel *«que tiene por finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes»*.

Además de los procedimientos existentes en el texto normativo hasta ahora vigente, la nueva Ley crea este nuevo procedimiento denominado «de asociación para la innovación», que permite a los poderes adjudicadores establecer colaboraciones con empresas, con vistas al desarrollo y ulterior adquisición de nuevos productos (obras, suministros, servicios) innovadores sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. No se trata, por tanto, de una compra precomercial: esta ampara (es un contrato de servicios) el diseño de la prestación correspondiente, que si se termina materializando, exigirá un nuevo procedimiento

35. Que coinciden, en buena medida, con los recogidos en el listado de supuestos legitimadores del procedimiento «negociado sin publicidad» en la vieja Ley de contratos de 1995 (art. 141) o del procedimiento negociado en el TRLCSP (art. 170). Según el art. 168 LCSP, «Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos: a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que: 1.º No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada (...); 2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones (...); 3.º Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales (...).» Además de estas causas, el art. 168 señala otras aplicables a algunos de los tipos contractuales mencionados, por razón de sus características específicas.

36. GALLEGO CÓRCOLES, I., *op. cit.*, págs. 1126 y ss.

para la adquisición; sin embargo, la asociación para la innovación es un único procedimiento con dos fases sucesivas (fase de I+D y comercialización de la prestación obtenida en la fase anterior)³⁷. Este procedimiento constituye una prueba evidente de la potencialidad de la contratación estratégica: la utilización de la técnica contractual para la consecución de objetivos (en este caso, la innovación investigadora) que van más allá de la mera adquisición de bienes y servicios, de acuerdo con las directivas comunitarias «de última generación»³⁸.

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación enlaza con el de diálogo competitivo (que puede servir, parcialmente, para los mismos fines)³⁹ y encierra en sí mismo un contrato mixto: una primera fase, precomercial, que se puede calificar como de investigación (servicios), y otra fase, comercial, de obras, suministros o servicios⁴⁰. La regulación de la Ley es mera transcripción, en gran parte, de la Directiva; lo realmente innovador de la Ley española respecto de la norma europea está en algunos aspectos de esta fase posterior a la adjudicación, regulados en los arts. 181 y 182⁴¹.

Este procedimiento deriva del concepto de compra pública innovadora (CPI)⁴². La idea que subyace en esta es que las Administraciones públicas, en determinadas ocasiones, tienen necesidades que el mercado no puede satisfacer sin estudios o innovaciones previos que permitan obtener el producto o servicio adecuado: así, la Administración puede plantearse la obtención de bienes inexistentes en ese momento en el mercado,

37. HERNANDO RYDINGS, M.^a, «El procedimiento de asociación para la innovación», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático...*, cit., págs. 1164-1165.

38. Cfr. HERNANDO RYDINGS, M.^a, «El procedimiento de asociación para la innovación», cit., págs. 1148-1149.

39. Merece la pena conocer los ejemplos de contratación pública innovadora en Europa producidos bajo la vigencia de las directivas anteriores y adjudicados mediante el procedimiento de diálogo competitivo: COLLADO MARTÍNEZ, R., «Un nuevo procedimiento de adjudicación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: la asociación para la innovación», en ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.), *Contratación pública*, cit., pág. 173.

40. Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 310. De hecho, el art. 177.3. establece: «Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán: a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios. b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate».

41. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 308.

42. Véase la *Guía 2.0 para la compra pública de innovación*, elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad por miembros del Observatorio de Contratación Pública en 2015: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf (última entrada: 28 de junio de 2018).

pero conseguibles tras el correspondiente proceso investigador. A través de esta «asociación», la Administración ayuda a las empresas en el desarrollo de proyectos de innovación, sin que estas tengan que asumir todo el riesgo de un posible fracaso.

Finalmente, este procedimiento, al vincular innovación y prestación, garantiza a la Administración y a las empresas asociadas que, una vez obtenido el producto o servicio que necesitaba aquella, pueda ser proporcionado en el mismo procedimiento por el proveedor que lo ha logrado, sin necesidad de acudir a una nueva licitación.

Se trata, por tanto, de un contrato de financiación de la investigación aplicada (del estilo de las ayudas para la financiación de proyectos de investigación) con la peculiaridad de que la Administración adquiere los derechos del producto desarrollado bajo sus directrices.

En cuanto a la tramitación procedimental, se trata, como señala el Preámbulo, de un proceso en el que, «tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios; y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes». La citada asociación no constituye una nueva persona jurídica, sino que es el propio contrato el que constituye el vínculo asociativo; desde esta perspectiva, la asociación está formada por la Administración y los adjudicatarios: se trata de un contrato que, desde este punto de vista, permite la existencia de varios adjudicatarios al mismo tiempo, al menos en su primera fase⁴³.

Hay, por tanto, varios tipos de actuaciones diferenciadas: la convocatoria y las cuatro fases, calificadas como tales por el Preámbulo: la selección de candidatos; la formulación de ofertas por los seleccionados, que así se convierten en licitadores, y la negociación con ellos; la asociación con los socios (uno o varios), que se desarrollará a través de fases sucesivas y culminará con la creación de la asociación para la innovación; y la adquisición del producto resultante (que ya no tendrá lugar entre órganos de contratación y licitadores,

⁴³. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos...*, cit., pág. 311.

sino entre socios, y culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes)⁴⁴.

En todo caso, aunque se ha plasmado en la Ley en términos muy flexibles, se echa en falta en la regulación de esta nueva figura contractual un mayor rigor o definición de sus términos. Y suscita desconfianza entre los operadores del mercado por las incertidumbres que crea para los adjudicatarios⁴⁵.

4.3

La nueva regulación de los contratos menores

La regulación de los denominados «contratos menores» es uno de los puntos de mayores críticas y que más ha facilitado la corrupción de las Administraciones públicas, por su incidencia en los principios de igualdad, no discriminación, publicidad y libre concurrencia: deberían ser excepcionales y, sin embargo, vienen siendo utilizados de forma masiva por las Administraciones públicas⁴⁶. Por eso, la nueva LCSP incorpora varias novedades –algunas muy criticadas en ámbitos concretos– en relación con este tipo de contratos.

En primer lugar, la LCSP limita el importe máximo de estos contratos: el valor estimado máximo será de 40 000 € en obras o de 15 000 € en suministros o servicios (en la Ley derogada los límites eran de 50 000 y 18 000, respectivamente), aunque esta reducción se ha calificado por algunos como insuficiente⁴⁷.

El límite temporal sigue siendo el mismo que el establecido en la normativa anterior, ya que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, de conformidad con lo que establece el art. 29.8 LCSP.

Por otra parte, se impone un mínimo de publicidad en todo caso, en los términos fijados por la Ley, que obliga a publicar las adjudicaciones, al menos trimestralmente, en el perfil del contratante, donde se debe incluir, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación y la identidad del adjudicatario (art. 63.4 LCSP)⁴⁸.

44. Una diversa división en fases puede verse en HERNANDO RYDINGS, M.^a, *op. cit.*, pág. 1170.

45. Cfr. COLLADO MARTÍNEZ, R., «Un nuevo procedimiento...», *cit.*, pág. 185.

46. Cfr. MORENO MOLINA, J. A., «El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático...*, *cit.*, pág. 157.

47. *Ibidem*, pág. 157.

48. «La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido,

Únicamente quedan exceptuados de la obligación de publicación aquellos contratos que reúnan los dos requisitos siguientes: que su valor estimado no alcance los 5000 €; y que el sistema de pagos utilizado por los poderes adjudicadores sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Esta regulación confirma, en definitiva, la importancia creciente de este «perfil del contratante» como instrumento de publicidad y transparencia de la política contractual de las Administraciones públicas.

En lo que se refiere al expediente de contratación, la LCSP exige una serie de requisitos ya previstos en el Texto Refundido (informe del órgano de contratación justificando la necesidad del contrato, aprobación del gasto e incorporación de la factura correspondiente: art. 118.1)⁴⁹, pero añade, además, dos nuevos requisitos: justificar *«que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo»* (art. 118.3). Este último, criticado, limita la celebración de este tipo de contratos con un mismo proveedor: una Administración no podrá contratar a un mismo proveedor en contratos menores a lo largo de un ejercicio más allá de las cantidades referenciadas. Una interpretación formalista y literal de esta cláusula puede suponer perjuicios no buscados para el contratista, pero también para el administrador. Por eso, la interpretación correcta del art. 118.3 supone que solo se deben sumar las cuantías —a efectos de la cifra total— cuando se trate de contratos con objetos materialmente iguales y que constituyen una unidad; dicho de otra manera, esta cláusula busca impedir el fraccionamiento en fraude de ley de los contratos para adjudicarlos como contratos menores, pero no impide que se puedan celebrar otros contratos menores, de objeto diferente o, sencillamente, no fraccionados, con el mismo contratista⁵⁰.

y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

49. «En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra» (art. 118.2).

50. Cfr: CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid 2018, págs. 394-395.

Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017)

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alicante*

1. Prerrogativas y penalidades
2. Ampliación del plazo de ejecución de los contratos
3. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, riesgo y ventura, enriquecimiento injusto o sin causa
4. Pago del precio, pago de intereses, factura electrónica, procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, transmisión de los derechos de cobro
5. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden
6. Modificación del contrato
7. Suspensión de los contratos
8. Extinción de los contratos
9. Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación (artículos 210 y 243 de la LCSP)
10. La resolución contractual: causas y efectos
11. Cesión de contratos y subcontratación

Artículo recibido el 09/05/2018; aceptado el 29/09/2018.

Resumen

Este trabajo estudia las incidencias jurídicas que plantea el nuevo articulado de la LCSP 2017 en cuanto a la ejecución de los contratos públicos.

Palabras clave: ejecución contractual; prerrogativas; penalidades; ampliación del plazo; daños y perjuicios; riesgo y ventura; modificación; suspensión; extinción; recepción; resolución; cesión; subcontratación.

Effects, execution, modification of public contracts, termination, legal transfer and subcontracting (sections 188 – 218 of Law 9/2017, of Public Procurement)

Abstract

This article studies the legal issues regarding the execution of public contracts which entails the new Law 9/2017 of Public Procurement.

Keywords: contractual execution; prerogatives; penalties; term extension; damages and remedies; risk; modification; suspension; extinction; reception; termination; legal transfer; subcontracting.

1

Prerrogativas y penalidades

El **artículo 188 de la LCSP¹** inicia una simple sección dentro del libro II, pasando casi desapercibido el cambio de temática, desde los densos asuntos de adjudicación tratados en las partes precedentes de este mismo libro II hasta lo que sucede ahora, referido ya a la segunda fase contractual, que es la de los efectos y cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

Es decir, mientras que en las normativas anteriores la división eje de la ley era entre la fase de adjudicación y la regulación de la siguiente fase de ejecución, ahora la ruptura temática, con libros diferentes, se realiza entre con-

1. «Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a estos».

tratos administrativos y demás contratos del sector público, regulando dentro de aquellos de forma continuada los aspectos de adjudicación y de ejecución.

La referencia legal a que estos contratos administrativos «se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25» significa sencillamente su sujeción por entero a derecho administrativo, considerando que son contratos administrativos, es decir, la parte nuclear de los contratos públicos.

No obstante esto, querríamos hacer hincapié en la conveniencia asimismo de tener en cuenta la dogmática contractual de derecho común, ya que la experiencia corrobora que a veces en los contenciosos de contratos contra o a favor de la Administración se plantean cuestiones de Código Civil y de la doctrina de tal orden.

En este sentido, el **artículo 189** («Vinculación al contenido contractual») afirma que «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones públicas». Es decir, este precepto nos anuncia la característica combinación del contrato administrativo entre la lógica contractual común propia del Código Civil (los contratos se cumplen según sus propias cláusulas) y las especificidades del mundo jurídico-administrativo, de las prerrogativas.

Dichas prerrogativas se vinieron considerando por la doctrina tradicional incluso como el distintivo real, a amortiguar, del contrato administrativo, buscando precisamente el efecto contrario, de atenuar las prerrogativas en una línea interpretativa favorable al contratista, y buscando una asimilación del contrato administrativo al contrato privado, hasta el punto de propugnarse la no diferenciación esencial entre los contratos privados y los administrativos.

El **artículo 190** («Prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos») enumera las prerrogativas (interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta).

Significativo es que, cuando se regula la ejecución de los contratos de sujetos que son poder adjudicador, pero no Administración, en el artículo 319 de la LCSP se hacen remisiones a regulaciones que se consideran válidas y, dentro de estas, se menciona el régimen de modificación de los contratos, que, en este contexto del artículo 190, como podemos apreciar, se considera «prerrogativa». Es «significativo» porque en puridad las prerrogativas no se ostentan por sociedades mercantiles públicas, que, sin embargo, encajan dentro de tal articulado.

Así pues, las prerrogativas son una característica del contrato administrativo. Por lo que se refiere en particular a la prerrogativa administrativa de **interpretar** los contratos administrativos (por todas, STS de 6 de julio de 1990, RJ 6322), es doctrina asentada que «la facultad de interpretar los contratos mediante un acto administrativo, justificada por la prevalencia del interés público al que aquellos se vinculan y porque se aconseja no demorar su ejecución como consecuencia de eventuales dudas que se susciten en relación con las obligaciones que se generen, es siempre una interpretación transitoria y provisional. No hay en el ejercicio de dicha prerrogativa discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de hermenéutica jurídica, y la última palabra corresponde al control judicial» (STS de 15 de febrero de 1999; igualmente, STS de 20 de abril de 1999).

Por otra parte, la «interpretación de las cláusulas de los contratos en caso de contradicción u omisión: no pueden perjudicar al administrado que contrató y obró de buena fe» (STS de 24 de abril de 1985; STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, 76/2010, de 22 de julio de 2010, FJ 7.º, citando otras del TS en el sentido de que la oscuridad no puede favorecer a quien la ha ocasionado)².

En el contexto de los límites de la interpretación de los contratos, la «interpretación» no puede desvirtuar el pliego, de modo que interpretar es buscar su propio sentido, sin que la potestad de interpretar el contrato se pueda convertir en potestad de reinventar el contrato, tal como recuerda la STS 23 de marzo de 2018 (rec. 2838/2015)³.

2. Sobre la interpretación de los contratos según la STS 503/2017, de 16 de febrero de 2017 (rec. 2036/2015), y en particular sobre las cláusulas oscuras para determinar los costes del servicio como sistema no previsto expresamente en el pliego, estima el recurso del adjudicatario y anula el criterio interpretativo del Ministerio de Defensa con base en esta doctrina: «la regla interpretativa establecida en el artículo 1288 del Código Civil según la *cual la oscuridad de las cláusulas de los contratos no puede favorecer a quien sea el causante de la misma*» (mismo fallo en la STS n.º 1572/2016, de 28 de junio de 2016).

Por tanto, las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien las pone (CJAC Madrid 198/2017, de 18 de mayo), añadiendo de forma interesante que la potestad de interpretar los contratos por razones de interés público ha evolucionado jurisprudencialmente, en un sentido más razonable y equitativo, debiendo someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil: «*no hay en el ejercicio de dicha prerrogativa discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de la hermenéutica jurídica*». La oferta del adjudicatario forma parte del contenido obligacional de los contratos administrativos, por lo que debe ser cumplida de forma estricta por el mismo, sin que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato pueda favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

3. De esta sentencia se desprende que, si la Administración consideraba que era suficiente para justificar la solvencia técnica de los licitadores la experiencia previa en el suministro de cualesquiera embarcaciones que reunieran las características técnicas requeridas, bien pudo

Como decía *supra*, la potestad administrativa de interpretación no excluye la intervención ulterior de los tribunales (STS de 20 de abril de 1999). Ahora bien, sobre la prerrogativa de «interpretar» los contratos... si se comparte que el derecho es, por esencia, interpretable, sobran comentarios acerca del poder que se atribuye al órgano de contratación, en este precepto que nos ocupa. La Administración (una de las dos partes del contrato) interpreta lo que está bien y lo que no lo está. Y esa interpretación, además, primero, marcará las posibles responsabilidades del contratista, y, más allá, será una primera interpretación con un peso especial después en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el **artículo 191** («Procedimiento de ejercicio») se prevé la **audiencia al contratista**, así como los casos en que será preceptivo el **dictamen del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma.

En cuanto a la ejecución de los contratos, de los artículos 192 («Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso») y 193 («Demora en la ejecución») destaca la regulación de las penalidades: «Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la **resolución del contrato o por la imposición de las penalidades** diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1000 euros del precio del contrato, IVA excluido». Pero la referencia general sobre penalidades sería el **artículo 194** de la LCSP, cuando se mencionan junto a los «daños y perjuicios» que acarrearán los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución.

Y es que, respecto de la demora, tal como afirma la STSJ de Cantabria de 9 de diciembre de 2005, «la realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista (...)».

Por contrapartida, la demora ha de tener significación, para poder ser apreciada como incumplimiento esencial. Es ilustrativa la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 278/2016, de 23 de febrero de 2016, anulando la resolución del Ayuntamiento en un contrato de suministro, ya que, aunque el material se

decirlo, pues fue ella quien elaboró los pliegos. Ahora bien, una vez que opta por incorporar la exigencia de vincular la acreditación de dicha solvencia técnica a una experiencia previa consistente en el suministro de embarcaciones destinadas a un fin similar al de las que eran objeto del contrato, limitó ella misma el ámbito de quienes podían concurrir a la licitación, circunscribiéndolo a las empresas que suministraron en esos tres años anteriores embarcaciones hechas de manera que sirvieran para los fines de vigilancia marítima de los que venimos hablando.

entregó un poco tarde, no tuvo relevancia el retraso (un material de esquiar sin que la estación se fuera a abrir aún).

Téngase en cuenta el art. 98 del **Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «Cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, *concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato*». Seguidamente se profundiza en este asunto.

2

Ampliación del plazo de ejecución de los contratos

En el **artículo 195** se regula la «ampliación del plazo de ejecución de los contratos» sin perjuicio de su posible resolución. Téngase en cuenta que, con anterioridad a la LCSP 2017, se venía hablando de «prórroga» al contratista en el marco de la ejecución de los contratos, a diferencia de la «prórroga» que se regula en el marco de la duración de los contratos en el artículo 29 de la LCSP 2017. Una cosa es que el contrato se esté ejecutando y se plantee una posible ampliación de plazo (así, en el contrato de obras), y otra que el contrato haya vencido y se quiera prorrogar (así, en un contrato de concesión), si se prevé en el pliego tal opción.

En todo caso, la ampliación de plazo en general se concibe como una excepción a la obligación de ejecutar el contrato en el plazo establecido, debiendo la Administración en este caso conceder de forma reglada una prórroga del plazo de ejecución. Considérese, asimismo, que dicho artículo 95 habla de que se concederá la ampliación del plazo «*si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista*». Las condiciones para la operatividad de esta prórroga reglada se concretan en el artículo 100 del **Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, de la legislación contractual se deduce que para que la Administración tenga la obligación de conceder ampliación del plazo de ejecución han de reunirse dos requisitos cumulativamente: que la causa de la demora no sea imputable al contratista, y que el contratista formule la solicitud dentro del plazo de quince días desde que se produzca la causa originaria del retraso, señalando el tiempo probable de duración y ofreciendo cumplir sus compromisos con la prórroga que se solicita.

En el caso de que se cumplan ambos requisitos, la Administración viene obligada a conceder la prórroga solicitada, por ser esta reglada. Pero si se incumple alguno de ellos, se entiende que la Administración tiene facultad para decidir lo que estime más ajustado a derecho respecto de la solicitud, y, por tanto, puede denegar la prórroga solicitada.

Este artículo **continúa la línea del artículo 140 del RCE 3410/1975 anterior, con dos únicas salvedades**: por una parte, se ha reducido ese plazo para solicitar la prórroga por el contratista de un mes a quince días; y, por otra parte, se ha introducido como supuesto con un tratamiento excepcional el de la concesión de la prórroga cuando la solicitud haya tenido lugar dentro del último mes de ejecución del contrato.

En este contexto de la prórroga (o ampliación de plazo) reglada, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de junio de 1990, que a su vez se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «En principio, como antecedente del pronunciamiento que se hará en el fallo, es preciso señalar que, conforme dispone el artículo 44 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 abril, las obras habrán de ejecutarse con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo, constituyendo su incumplimiento causa de resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de dicha Ley, señalando, por su parte, el artículo 45 de dicho texto legal y el 137.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 noviembre, que “el contratista estará obligado a cumplir los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato y en general para su total realización”, si bien es preciso tener en cuenta que si se produjera una demora respecto a los plazos parciales, de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final “por motivos no imputables al contratista y este ofrezca cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había designado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiera otro menor” (artículo 45, párrafo tercero de la Ley de Contratos del Estado y artículo 140, párrafo primero de su Reglamento). *No obstante debe tenerse en cuenta que esta posibilidad de prórroga, si bien es reglada en cuanto a su concesión por parte de la Administración, debe sujetarse en cuanto a su solicitud a determinados requisitos formales y temporales que señala el artículo 140 del Reglamento General de Contratación del Estado al disponer en su párrafo segundo que “la petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de un*

mes desde el día en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo...”, señalando el último párrafo que “en el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder dentro del mes último de vigencia del contrato, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 138, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato”»⁴.

Si la ampliación de plazo se solicita tardíamente, la Administración puede denegar la prórroga (será en un contexto en que interese la resolución). Lo pone en evidencia el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 727/2013, de 21 de noviembre de 2013, que justifica la denegación de la prórroga solicitada por el contratista porque se solicitó fuera de plazo, en tal contexto de fundamentar una resolución contractual.

4. Continúa la sentencia: «QUINTO.– De lo expuesto se desprende que conforme a la legislación de contratos del Estado para que la prórroga pueda ser pedida, es preciso: a) que la demora sea debida a causas no imputables al contratista, y b) que este formule la solicitud dentro del plazo de un mes desde que se produzca la causa originaria del retraso, señalando el tiempo probable de duración ofreciendo cumplir sus compromisos con la prórroga que se solicita; habiéndose pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia sobre la necesidad de cumplimiento de ambos requisitos para que sea viable la solicitud de prórroga.

SEXTO.– *En el caso enjuiciado debe señalarse que si bien es cierto que a través de la prueba practicada ha quedado acreditado que el material objeto de dragado no era material suelto, sino arcilla de alta plasticidad con un alto grado de cohesión lo que dificultaba la realización del dragado por medios convencionales, lo cierto es que su existencia fue conocida por la parte contratista meses antes de la fecha en la que fue solicitada la prórroga* –en vía administrativa la actora aportó un informe en el que don Pedro Abel P. P. y don Luis G. G., que manifiestan tener la condición de “técnicos a pie de obra”, exponían que desde el primer momento observaron que el dragado no se ajustaba a las condiciones del proyecto, de forma que si bien en un principio continuaron con la realización del dragado posteriormente paralizaron las obras, haciendo constar, por su parte, el ingeniero jefe de la Zona Portuaria II y III, en su informe obrante en el expediente administrativo, correspondiente a la solicitud de prórroga de fecha 3 de noviembre, que en junio de 1986 la obra ejecutada no alcanzaba el 37 % de la obra contratada, encontrándose desde dicha fecha paralizados los trabajos–, *por lo que ha de estimarse incumplido el plazo antes referido, que constituye, como vimos, uno de los requisitos precisos para la viabilidad de la solicitud de prórroga* –la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1984, confirmando la apelada señala que “no se solicitó la prórroga en el momento adecuado, es decir, al aparecer el suelo rocoso, que era cuando, al estimar el actor que se habían alterado las condiciones de trabajo... debió de pedir esa modificación de tal condición pactada, haciéndolo en cambio cuando solo faltaban dos meses para la expiración del plazo”–, y en consecuencia, ha de estimarse correctamente denegada la solicitud de prórroga y conforme a derecho la subsiguiente rescisión del contrato, procediendo por tanto desestimar el recurso interpuesto».

Por tanto, si el contratista cumple los requisitos legales para la prórroga, materialmente y ejercitándose aquella en forma y tiempo, habrá de ser otorgada por la Administración, al ser un derecho del contratista o, dicho de otra forma, al ser una potestad reglada de la Administración; lo que no quiere decir, a mi juicio, que *si no se ejercita en su debido plazo* (del artículo 100 del Reglamento citado) la prórroga, la Administración no pueda otorgarla. Y ello porque esta ha de entenderse en el contexto de las demás potestades en el contexto de la demora de los plazos por el contratista (penalidades o resolución), de modo que la Administración podrá, en el caso concreto, optar por la conservación del contrato y por tanto por su no resolución, accediendo a la prórroga solicitada tardíamente por el contratista. Desde luego, esta interpretación supone relativizar el carácter esencial del plazo del citado artículo 100, pero parece lo más conveniente para el interés público, a fin de que la Administración pueda valorar la posibilidad de prorrogarlo en todo caso en atención a las circunstancias del caso concreto. Y es que una cosa es que la Administración disponga de tales facultades y otra diferente que un tercero ajeno a la relación contractual pretenda atribuirse el derecho a exigir a la Administración que no prorrogue el contrato, por el hecho de haberse solicitado tardíamente la prórroga por el contratista. Piénsese que este articulado se aplica también a las obras de urbanización, donde puede haber propietarios contrarios a la ejecución de tales obras. La regla general será la falta de legitimación en tales casos. Es decir, en general todas estas potestades tienen generalmente difícil fiscalización, su cumplimiento legal, considerando que no será fácil que alguien ajeno a la relación contractual quiera imponer consecuencias negativas para el contratista, que la propia Administración no quiere disponer.

Inciendo en el problema temporal comentado, hasta se admiten las «**prórrogas**» **tácitas** en el contexto de las ejecuciones contractuales. Esto significa que, una vez hubiera finalizado el plazo de ejecución de la obra, este cabe entenderlo prorrogado tácitamente si la Administración no opta por imponer penalidades o por resolver el contrato, al comprobar que puede ser lo mejor para el interés público o porque no media incumplimiento «grave». Existen numerosas resoluciones sobre el asunto; por todas, puede citarse la *STS de 20 de junio de 1994*: «al no instar la Administración oportunamente la resolución, habrá de entenderse que presuntivamente optó por aceptar que la terminación de los trabajos se produjera fuera del tiempo previsto, dando así lugar al otorgamiento de una prórroga tácita [considerada válida por el Tribunal Supremo en sentencias (...)]».

3

Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, riesgo y ventura, enriquecimiento injusto o sin causa

En el **artículo 196** («Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros») se establece que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros, salvo que tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Este precepto recoge reglas antiguas y consolidadas por la propia práctica y la jurisprudencia.

En el artículo 197 se recoge el conocido «principio de riesgo y ventura» en el sentido de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Y es que la ejecución del contrato, salvo fuerza mayor (art. 239 LCSP 2017), se realiza a riesgo y ventura del contratista. Según la STS de 30 de abril de 1999, el «principio de que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista, de modo que este no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en dichas obras, sino en los casos de fuerza mayor, ha sido interpretado en el sentido de que *el contratista asume el riesgo de poder obtener ganancia mayor o menor (e incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras [...])*».

No obstante el principio de riesgo y ventura del contratista, el enriquecimiento injusto o sin causa viene considerándose jurisprudencialmente como posible contrapeso.

4

Pago del precio, pago de intereses, factura electrónica, procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, transmisión de los derechos de cobro

Seguidamente la LCSP aborda el pago del precio como garantía principal del contratista, en el **art. 198.1 a 3**: «El contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato». Así como el derecho al cobro de los intereses (artículo 198.4 de la LCSP 2017): «La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los **treinta días siguientes** a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si

se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre **factura electrónica**, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten **la conformidad** con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio. En todo caso, **si el contratista incumpliera el plazo de treinta días** para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono».

En cuanto a los intereses de demora, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone en su exposición de motivos: «La adecuación de nuestra legislación interna sobre contratación pública al ordenamiento jurídico comunitario está contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La inclusión de las Administraciones públicas en el ámbito de la Directiva 2000/35/CE, dispensando igual tratamiento a todos los agentes económicos en materia de pagos por operaciones comerciales, hace necesario modificar la regulación del tipo de interés de demora e introducir el reconocimiento del derecho del acreedor a una indemnización por costes de cobro de la deuda, para su adecuación a las previsiones de la norma comunitaria. Igual adecuación requieren las disposiciones reguladoras de los pagos entre contratistas y subcontratistas y suministradores. A estos fines responde la disposición final primera de esta Ley».

Lo confirma el artículo 3 de la misma Ley 3/2004: «Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas».

Con estos antecedentes es coherente la LCSP 2017 (y antes, el TRLCSP 3/2011 en su artículo 216.4; y artículo 200.4 de la LCSP 30/2007, tras la reforma por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004). Es interesante observar que esta Ley 15/2010 reforma el plazo de sesenta días (previsto antes en la LCSP 30/2007, artículo 200.4, y en la Ley de morosidad), reduciéndolo a treinta días, criterio que es seguido por la LCSP 2017.

Este artículo 198.4 de la LCSP 2017, que nos ocupa, se refiere tanto a los pagos totales como a los pagos parciales en relación con el contrato.

Y no es el interés legal del dinero, sino que (siguiendo el artículo 7 de la citada Ley 3/2004 –interés de demora–) será el que resulte del contrato; y, en defecto de pacto, el tipo legal de interés de demora será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación (efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate) más ocho puntos porcentuales (un punto más alto tras la nueva Directiva 2011/7 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que ha refundido y derogado la anterior Directiva 2000/35).

Evidentemente esto tiene que ver con los casos relativos al pago de cantidad líquida, vencida y exigible que se adeuda, pero no con los supuestos de reclamaciones de cantidades aún no determinadas, así indemnizaciones de daños y perjuicios o las derivadas de un posible reequilibrio económico contractual. Estas últimas remiten al art. 34.3 de la LRJSP 40/2015 (antes 141.3 de la LRJAP-PAC), donde se establece con claridad la diferencia entre el retraso en la fijación de la indemnización mediante una actualización de valores y el retraso en el pago de la cifra indemnizatoria que conlleva intereses de demora. Esto significa que para poder solicitar intereses de demora ha de estar previamente establecida la indemnización. De lo contrario, puede solicitarse la actualización de valores⁵.

5. Por tanto, la demora de los pagos de las certificaciones de obras origina el pago de intereses. Los tribunales dejan claro que los perjuicios ocasionados por la demora del pago de las certificaciones de obra originan compensación a favor del contratista con intereses de demora (STS de 20 de octubre de 1993; STSJ de Canarias de 19 de diciembre de 1997, rec. 1281/1997). En el contexto de un contrato de suministros, un ejemplo de aplicación de la regulación que nos ocupa es la *SAN 139/2017, de 8 de febrero de 2017*.

Derogado queda, respecto de la reclamación de intereses, el artículo 172 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en cuya virtud el día inicial para el cómputo de la prescripción se produce a los 9 meses de la fecha de

El derecho del contratista a suspender o resolver (artículo 198.5 y.6 de la LCSP 2017) dependerá de si la **demora en el pago fuese superior a cuatro o seis meses, respectivamente**.

Regulaciones originales nos presenta el artículo 199 de la LCSP en cuanto al procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, cuando afirma que «transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 198 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro».

Obsérvese el plazo de silencio de un mes, de carácter positivo, y obsérvese el cobro vía cautelar, para nada habitual en el contencioso-administrativo. Más bien, una auténtica singularidad. Procesalmente, este régimen está pensando en el artículo 29.2 de la LRJCA 29/1998, de 13 de julio, con una rica praxis procesal.

Seguidamente se regula (en el artículo 200) la **transmisión de los derechos de cobro**. Se configura como un derecho de los contratistas, es decir, la posible cesión que tengan del derecho de cobro frente a la Administración, siempre y cuando notifiquen de forma fehaciente a la misma el acuerdo de cesión⁶. De hecho, según la STS de 12 de marzo de 1992, «la Administración no puede desconocer el derecho de crédito adquirido frente a ella», a efectos de negarse al pago de las certificaciones.

la recepción provisional de la obra (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2006, RJ 10061, citando otras).

6. Sobre la cesión condicionada a la previa notificación puede citarse el Informe 6/2011, de 10 de febrero de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (sobre el apartado 4 de este precepto puede verse la STS de 14 de junio de 2005, r. 5358/1998).

5

Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden

En relación con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, se entiende el **artículo 201** («Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral»): «Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para **garantizar que en la ejecución** de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los **convenios colectivos** o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V». También puede relacionarse esta regulación con los artículos 3.1, 129 y 202 de esta misma LCSP 2017.

La ratio de este precepto es interesante porque se acusa a veces relajación en el cumplimiento de los contratos en los términos adjudicados. Un reto es facilitar la legitimación de terceros o el control interno sobre este tipo de cumplimientos. Y esta regulación expresa se sitúa en esta línea de futuro.

En el artículo 202 («Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden») se prevé que los órganos de contratación **podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto** del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, **será obligatorio** el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que se enumeran a tal efecto legalmente.

No todo lo social o ambiental, por el hecho de serlo, es adecuado. Se exige en el precepto una adecuación, como puede comprobarse. En este sentido, la RTACRC 663/2017, de 21 de julio de 2017, anula una cláusula por la que se obliga a los licitadores a asumir las retribuciones del convenio colectivo nacional durante la vida del contrato, por entender que la inclusión de un criterio de adjudicación de este tipo **carece de vinculación con el objeto del contrato**, sin ser propiamente una cláusula social de las que la Directiva 24/2014 permite incluir como criterio de adjudicación⁷. Ya en la sentencia

7. La RTACRC 663/2017 reproduce así el criterio de la Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016, y cita también la Resolución de 21 de abril de 2017, sobre el objeto de los

del TJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, *Beentjes*, el Tribunal dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores, sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica (puede verse también la STJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81)⁸.

Salvada esta circunstancia, la contratación pública socialmente responsable se entiende como una herramienta eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible, y para alcanzar los objetivos sociales de la UE y de los Estados miembros, permitiendo que los poderes adjudicadores incorporen a la contratación pública aspectos sociales, entre ellos el cumplimiento de los derechos laborales. De las distintas posibilidades para dar efectividad a la paridad salarial entre los trabajadores, sin discriminación de sexo, a través de la contratación pública, **las condiciones especiales de ejecución se perfilan como la mejor opción**. Un órgano de contratación que quiera favorecer la contratación con empresas que mantengan la igualdad salarial entre mujeres y hombres, tiene la facultad de incluir en los pliegos que han de regir la contratación condiciones especiales de ejecución relativas a la implantación de medidas de igualdad, ponderando que esta exigencia se ajuste a los criterios de proporcionalidad y de participación de las pymes en la contratación pública, de forma que no restrinja indebidamente la competencia. Igualmente, para combatir la discriminación indirecta, puede incluir condiciones especiales de ejecución que exijan implantar medidas para la conciliación de la vida familiar de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato. El órgano de contratación puede establecer medidas de control del cumplimiento de las obligaciones laborales, y específicamente de las que se refieren a la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo, durante la ejecución del contrato, y definir como causa de resolución su incumplimiento, siempre que se haga con la suficiente precisión y claridad (Informe 14/2015, de la Junta Consultiva de

pliegos y la vinculación de los aspectos sociales al objeto del contrato, reforzando los razonamientos contenidos en dichas resoluciones, puesto que en el presente caso se ha introducido la cláusula en cuestión no como uno de los criterios de adjudicación, sino como «requerimiento técnico» imprescindible de la contratación que debe preceptivamente cumplirse por el empresario bajo la consecuencia de la exclusión del procedimiento.

8. La obligación establecida en el PPT, *para que al personal de un contrato se le aplique un convenio colectivo específico*, **no constituye uno de los supuestos de inclusión de criterios sociales vinculados al objeto del contrato**, al no establecerse como criterio de adjudicación, ni como condición de ejecución, ni haberse establecido la relación de la misma con el objeto del contrato (ATARC Andalucía 207/2017: el pliego regula las relaciones de los adjudicatarios con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores, por lo que en ningún caso puede excluir la aplicación de cualquier normativa sectorial que pudiera imponer otro tipo de obligaciones a cada una de las partes).

Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 4 de noviembre de 2015).

Para el ATACP Madrid 150/2017 el plan de igualdad, el plan de conciliación de la vida laboral y personal y el código de buenas prácticas tienen el carácter de criterios sociales. La incorporación de cláusulas sociales en las licitaciones es una decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. La inclusión de condiciones sociales relativas al personal que presta los servicios tiene una importancia significativa y determinante de la calidad de la prestación, de naturaleza no discriminatoria, sin que su inclusión vulnere la libertad de empresa de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las directivas y jurisprudencia europea (IJCCA de Aragón 1/2015, de 17 de marzo)⁹.

6

Modificación del contrato

Pasamos tras el artículo 203 a la «**potestad de modificación del contrato**». Según el **preámbulo** legal, «respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que

9. En el ATACP Madrid 291/2017, de 11 de octubre, el Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la cláusula que exige que la empresa adjudicataria deberá aplicar, durante toda la vigencia del contrato, a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad. El empleo de cláusulas sociales como condición especial de ejecución no persigue añadir calidad a la prestación (a diferencia de los criterios de adjudicación), por lo que no se persigue acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación y cuyo coste ha sido repercutido en el precio del contrato. Son requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución: a) su previsión en el anuncio de licitación y en el pliego, o en el contrato; b) carácter no discriminatorio de las condiciones que se establezcan, requisito imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y la libre competencia (artículos 1, 139, 163 y 183 TRLCSP); c) exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato (en el PCAP se configura como una obligación del contratista, por lo que su cumplimiento se refiere a la fase de ejecución del contrato, siendo su incumplimiento causa de resolución de contrato, cláusula 42 del PCAP); d) que su contenido concreto sea admisible a la luz de las directivas y los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales españoles.

En este contexto el Informe 5/2002, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, afirma que la circunstancia «del grado de estabilidad en el empleo» exigida por una disposición reglamentaria de la Comunidad de Madrid, a efectos de la contratación administrativa, no ha de aplicarse como criterio valorable para la adjudicación de los concursos (primando las prescripciones de la legislación pública contractual), sino como causa de selección y exclusión de contratistas que no la cumplan. Es decir, este factor, de carácter social, no se tiene en cuenta en dicha fase de adjudicación.

Más recientemente el CEPES edita la primera Guía sobre contratación pública responsable adaptada a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por tanto en 2018.

supone el régimen de modificación del contrato, en línea con lo establecido en las directivas comunitarias, que por primera vez regulan esta materia».

Las claves de la regulación de los modificados, en la LCSP 2017, se condensan ya en este precepto: primero, las modificaciones son solo posibles si se ajustan a la regulación de esta **subsección**. Y, en este sentido, las modificaciones solo serán posibles si así se previeron en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares o, de lo contrario, cuando se cumplan las condiciones que establece el **artículo 205**. Si no es así, se impone la resolución del contrato y la celebración de otro.

En términos esenciales sigue valiendo la jurisprudencia a la hora de explicar la modificación de los contratos en un contexto general marcado por la **inalterabilidad de los contratos administrativos**. Es decir, puede seguir afirmándose que en materia contractual rige en general la regla de inalterabilidad del contrato administrativo, pese a que las «prerrogativas» de la Administración amparan excepcionar dicho principio, admitiendo que la Administración pueda introducir las variaciones necesarias en función de lo que más convenga al interés público. Pero, como reconoce la STS de 21 de enero de 1992, «la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que el principio fundamental *contractus lex inter partes* venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de mutabilidad del contrato administrativo».

En definitiva, cuando se justifica una modificación es porque es el propio **interés público** el que prevalece sobre la inalterabilidad del contrato (STS de 8 de noviembre de 1994). Este planteamiento conduce, pues, a la posibilidad de anular la modificación misma sin perjuicio además de la garantía indemnizatoria. Y es que el hecho de que las modificaciones sean obligatorias para el contratista no impide el derecho de este a contestar esta medida si la considera injustificada. Los órganos jurisdiccionales revisan la decisión administrativa examinando si existe fundamento en el interés público. Por eso puede decirse que el contratista puede llegar a pretender la anulación de la orden que decreta el *ius variandi*. En este sentido, la STS de 10 de febrero de 1997 entra a enjuiciar si «el Ayuntamiento podía o no modificar las condiciones de la concesión en el particular que aquí se examina, o sea, exigiéndole a la actora la instalación de sus oficinas en su término municipal». «Esta facultad discrecional tiene un fundamento que al mismo tiempo es su límite, y que asimismo señala el indicado precepto: el interés público. En otro caso, el ejercicio del *ius variandi* que se reconoce a la Administración constituiría un abuso de derecho o como sostiene la parte actora, un verdadero supuesto de desviación de poder,

al implicar el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» (STS de 10 de febrero de 1997). Así pues, el TS confirma la sentencia de instancia (ya que la medida decretada por el Ayuntamiento no reporta beneficio alguno a los usuarios... y por no justificarse en virtud del interés público), anulando la decisión administrativa. En cuanto a las «*modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares*», el artículo 204 de la LCSP empieza diciendo que «los contratos de las Administraciones públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del **veinte por ciento** del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad».

Además, la cláusula de modificación «deberá estar formulada de forma **clara**, precisa e inequívoca». No basta con que la modificación esté prevista en el pliego. Este artículo 204 de la LCSP 2017 condiciona el ejercicio de esta potestad a ciertos presupuestos, que en esencia afectan al propio pliego, de ahí la importancia del pliego nuevamente. En esencia, la clave pasa a estar en algo típico no tanto de la materia contractual como de la parte general del derecho administrativo: los principios de claridad del «acto», de no confusión, de precisión y buena administración. En este contexto de las modificaciones contractuales, la claridad es un *presupuesto* más bien de la modificación. Todo ello a fin de que en esta fase no quede desvirtuada la adjudicación hecha en su momento, mediante regulaciones confusas. En el fondo, expresión también todo ello de la seguridad jurídica.

El artículo 106 del TRLCSP 2011 también contemplaba la posibilidad de introducir modificaciones en los contratos cuando así se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, y con apoyo en la STJUE de 29 de abril de 2004, asunto «*Succhi di Fruta*», 496/99, disponía que lo relevante era la *necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad de modificación de las cláusulas contractuales* y las condiciones en que esta puede llevarse a cabo, a fin de garantizar la igualdad de trato entre los licitadores. Es necesaria una previsión expresa en los pliegos y en el documento contractual de la posibilidad de modificación, de las cláusulas susceptibles de ser modificadas, y asimismo que se expliciten de forma clara e inequívoca los términos, condiciones y alcance en que tales cláusulas pueden ser modificadas.

El Tribunal de Justicia de la UE ha sometido a estrictos límites la posibilidad de modificar los contratos públicos, requiriendo el respeto de los principios de igualdad y transparencia respecto de lo que en algunos derechos

nacionales conocemos como prerrogativa del *ius variandi* (STJUE de 29 de abril de 2004, «Socchi di Fruta», asunto C-496/1999, apartados 116 a 127).

Seguidamente, aborda la LCSP (artículo 205) la segunda posibilidad de que se produzca una modificación, es decir, cuando no esté prevista en el pliego, o cuando el pliego no reúna las condiciones de claridad necesarias. Se trata de tres supuestos en que eventualmente podría justificarse una modificación no prevista. El primero básicamente consiste en que no sea posible un cambio de contratista, lo que termina remitiendo a un juicio de proporcionalidad (en especial en cuanto a los inconvenientes o aumento **de costes; y** siempre que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

El segundo básicamente consiste en «circunstancias sobrevenidas» e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del mismo (y que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

El tercero consiste esencialmente en que «las modificaciones no sean sustanciales», precisando el artículo este presupuesto profusamente a fin de cerrar que sea una vía para eludir el sistema basado en la excepcionalidad y carácter tasado de las modificaciones contractuales. «En este caso se tendrá que **justificar especialmente** la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial».

Ahora bien, lo interesante es observar los criterios que aporta este artículo 205 de la LCSP 2017 para que una modificación de un contrato sea sustancial: «cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio». **En cualquier caso**, una modificación se considerará «sustancial» cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, **habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente** o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de **una clasificación del contratista diferente** a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación **altere el equilibrio económico** del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el con-

trato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación **amplíe de forma importante el ámbito** del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, **del 15 por ciento del precio inicial** del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de **un 10 por ciento**, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del **ámbito de otro contrato**, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

En efecto, en estos casos tal pretendida modificación de contrato constituiría más bien una nueva adjudicación, como permite razonar, por ejemplo, el apartado 34 de la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, asunto C-454/2006: «Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/1998, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46)»¹⁰.

10. En consecuencia, no estando prevista la modificación en el pliego, en tales circunstancias lo procedente será convocar un nuevo procedimiento de licitación, tal como permite afirmar la STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, *Wall AG*, relativa a una concesión de servicios (y por ello, de un contrato no sometido a las directivas sobre contratación pública, apartado 42): «En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta fuera adjudicada». (...) «Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan caracterís-

Asimismo, el cambio en el sistema de retribución del contratista supone una modificación sustancial del contrato contraria al derecho comunitario (ATARC de Aragón 117/2017, de 21 de noviembre de 2017).

Un estudio especial merecería la situación en que la Administración modifica el contrato reduciendo el precio, lo que remite al artículo 242 de la LCSP 2019.

El artículo 206 de la LCSP regula la «obligatoriedad de las modificaciones del contrato»: «En los supuestos de modificación del contrato recogidos en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que **no exceda del 20** por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido».

Finalmente, en el artículo 207 se concretan las «especialidades procedimentales». Si estuvieran en los pliegos, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en tales pliegos de cláusulas administrativas particulares. Por otro lado, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse **audiencia** al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Finalmente, el precepto regula la publicación del anuncio de modificación.

En lo referente al acto de audiencia, como procedimiento contradictorio, no debería restringirse al contratista, sino a todos los que han sido interesados en la adjudicación del contrato. Y se viene entendiendo como preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente (artículo 211.3 del TRLCSP 2011 y actualmente artículo 191 de la LCSP 2017) en los procedimientos de modificación contractual: «cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6 000 000 de euros». Y, además, en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos de modificación contractual deberán por lo general ser adoptados previo

ticas **sustancialmente distintas** de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido **un nuevo procedimiento de adjudicación**».

informe del Servicio Jurídico correspondiente. A la vista de estos artículos, podría dudarse si la intervención de los órganos consultivos es también preceptiva en los supuestos de modificaciones a la baja: así lo ha entendido el Dictamen 6/2010, de 20 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Según el artículo 160 del RD 1098/2001 podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando estas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato (Informe de la JCCA 22/04, de 7 de junio de 2004)¹¹.

7

Suspensión de los contratos

El artículo 208 de la LCSP 2017, además del acta que ha de levantarse en caso de suspensión, tiene como objeto precisar las reglas que deben seguirse una vez acordada la suspensión en relación con el abono al contratista de los **daños y perjuicios** efectivamente sufridos por este. En todo caso, en casos de suspensión, hay que ponerse en un escenario de compensación por lucro cesante o beneficio industrial (en los términos previstos en esta normativa) que se reconocen al menos desde la propia Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965 (artículo 53) y el artículo 162 de su Reglamento de desarrollo, Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, regulación esta seguida por el art. 171 del RD 1098/2001 (puede verse la STS de 3 de febrero de 2005, RJ 1654).

8

Extinción de los contratos

Los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución (**artículo 209 de la LCSP**). Ha de quedar claro que, pese a la posibilidad de que haya una resolución contractual, **el principio es el de conservación de los contratos**. El principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe la posible resolución del contrato. Los tribunales restringen esta a los supuestos en que se

11. Finalmente, téngase en cuenta la DA 33 de la LCSP 2017: contratos de servicios que se realizan de forma sucesiva a precios unitarios como defensa jurídica, publicidad, etc., en los que, por circunstancias sobrevenidas, **se excede la consignación presupuestaria (me remito al informe de la IGAE de 3 de febrero de 2016, El Consultor, 6 de julio de 2016)**.

potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva. Se entiende en este sentido que el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual es únicamente el que afecta a las *obligaciones principales*, y no el que solo incide en las accesorias o complementarias (STS de 16 de mayo de 1997, citando a su vez las SSTs de 23 de febrero de 1979, 16 de octubre de 1984 y 11 de marzo de 1985, etc.).

Ha de seleccionarse la **causa de resolución adecuada**. En cuanto al «incumplimiento» del contratista es preciso prestar atención a su posible invocación interesada o indebida como causa de resolución del contrato administrativo, cuando tal invocación sea una forma de eludir responsabilidades propias de la Administración, así por el hecho de proceder el desistimiento de aquella, en vez del incumplimiento del contratista. Lo contrario redundaría en conflictividad en ocasiones inconveniente para los propios intereses públicos y en causación de procesos judiciales evitables. Si bien al final predominará la lógica de defensa.

Otro problema que puede plantearse es el de la **identificación del contratista** realmente incumplidor, ya que, en relación con los contratos de obras, puede haber un contratista ejecutor de la obra, pero también un contrato de dirección de obras o para la redacción del proyecto. Lo más común en estos casos es que la resolución de obras afecte al contratista que la lleva a cabo. No obstante, el contratista de obras podrá justificar la demora en el hecho de que esta se haya debido a insuficiencias del proyecto técnico (STSJ de Castilla y León de 5 de septiembre de 2008). Pero es raro que este tipo de conflictos puedan llegar a afectar a la dirección de obras (me remito a la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de enero de 2005).

Otro principio que condiciona la resolución, y que da juego habitualmente en los contencioso-administrativos de resolución contractual, es aquel a cuyo tenor *para que la acción de resolución por incumplimiento proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las que le incumben* (SSTS de 3 de febrero de 1989 y de 9 de octubre de 1987; STSJ de Aragón de 2 de septiembre de 1998).

9

Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación (artículos 210 y 243 de la LCSP)

Interesa destacar que, excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 243, dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha del **acta de recepción** o conformidad, deberá acordarse en su caso y cuando

la naturaleza del contrato lo exija, y ser notificada al contratista, **la liquidación correspondiente del contrato**, y abonársele, en su caso, el saldo resultante.

El legislador intenta en este artículo 210 establecer un marco general en materia de cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación, estableciendo unas pautas o regulaciones generales, en el sentido de que se produzca un acto de recepción y se siga por la Administración un plazo de garantía, produciéndose finalmente la liquidación del contrato y el abono de la prestación efectuada, previa emisión de la correspondiente factura.

No obstante, en el caso concreto no quedará más remedio, para el conocimiento de los criterios de responsabilidad del contratista y demás incidencias, que acudir a las regulaciones de cada contrato donde se contienen reglas más precisas en la materia.

De hecho, en el apartado 4 el precepto se ve en la necesidad de remitirse al artículo 243 respecto del contrato de obras. Por otro lado, este marco regulador provoca numerosa casuística, ya que cada una de estas regulaciones podrá ser vista, en el supuesto concreto, de forma distinta por contratista y Administración.

También la **liquidación** del contrato (apartado 4) remite a otros posibles momentos de la LCSP, así al artículo 246.1, donde se prevé la liquidación en el contrato de obras.

En cuanto a la recepción y plazo de garantía en el contrato de obras (artículo 243 LCSP 2017), en esquema, los hitos son:

- Terminación de las obras y **recepción de las mismas (concurriendo un facultativo** designado por la Administración representante de esta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo).
- **Certificación final de las obras** dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción.
- **Acta y comienzo del plazo de garantía** si se encuentran las obras en buen estado, o apuntando los defectos cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas. Siendo el plazo de garantía el fijado en el pliego y no inferior a **un año**, salvo casos especiales.
- **Informe** sobre el estado de las obras 15 días antes del cumplimiento del plazo de garantía, redactado por el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista.
- Exoneración de responsabilidad al contratista, devolución o **cancelación de la garantía, liquidación** del contrato: sesenta días si dicho informe es favorable. En el caso de que el informe no fuera favorable el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la reparación de lo construido.

Una **definición** de la recepción puede ser la de acto administrativo que debe preceder a toda entrega al uso o servicio público de cualquier obra pública: «Desde un punto de vista sustantivo, en el caso de la particular recepción del contrato de obras, se trata de un acto administrativo complejo que lleva aparejadas, de una parte, la verificación física de que la obra se ha realizado a satisfacción de la Administración conforme al proyecto primitivo o, en su caso, reglamentariamente modificado, y, de otra, la aceptación de la obra por la Administración, esto es, la toma de posesión de la obra para su entrega al uso o servicio público» (Informe de la JCCA 46/12, de 21 de marzo de 2014, «Sanción al contratista por demora en la ejecución de las obras»).

La **naturaleza jurídica** del acto de recepción es más la de un acto unilateral que bilateral, siguiendo el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2013, de 22 de mayo de 2013, recogiendo sentencias que mantienen una y otra posición.

La recepción, porque se conceptúa como una toma de posesión, constituye una **condición** o un requisito legal previo a la ocupación física de la obra. O, dicho en sentido negativo, **la ocupación** no será conforme a derecho cuando se hubiese omitido la preceptiva recepción o cuando, intentada esta, se hubiese suscrito acta de disconformidad y la obra hubiese sido entregada al uso público sin la previa subsanación de los defectos puestos de manifiesto en el acta.

Después, se inicia el **plazo de garantía** a contar desde la fecha del acto de recepción o conformidad, que será el fijado en cada caso dentro del contrato, de manera que solo se extingue la responsabilidad del contratista una vez que haya pasado el plazo de garantía pactado. Veamos algunas incidencias posibles:

Primera incidencia: interesa la cuestión de si cabe imponer penalidades al contratista después de la recepción en el contrato de obras. Según el citado Informe 46/12: «De todo lo anterior, llegamos a una primera conclusión, como es que la simple expedición del acta de recepción o conformidad no extingue por sí misma la responsabilidad del contratista, sino que es necesario además, que transcurra el plazo de garantía sin que se hayan formulado objeciones por parte de la Administración (*ex* artículo 222.3 del TRLCSP). Por lo tanto, **el contratista es responsable del cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato, hasta que finalice el plazo de garantía** establecido en el mismo, incluyéndose entre las obligaciones del contratista, la terminación de la obra en plazo, *por lo que, en el caso de que incurra en mora, aun en el supuesto de que la mora sea apreciada por la Administración después del acta de recepción del contrato, mientras no haya pasado el plazo de garantía establecido en el mismo, el contratista deberá responder de los daños y perjuicios que esa demora haya podido causar a la entidad contratante*».

Segunda incidencia: interesa observar las consecuencias del no seguimiento de las pautas procedimentales por la Administración. No se acoge la pretensión de la Administración de legitimar la exigencia de reparación al contratista si los defectos no le han sido oportunamente notificados y la reparación debidamente requerida en plazo (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de julio de 2014). Según este fallo, la Administración contratante giró una propuesta de liquidación del contrato «con un saldo a favor de la Administración de 35 800,52 euros, acordándose a la vez requerir a la citada empresa para que realizase el ingreso, procediéndose en caso contrario a la incautación de la garantía». Dicho importe se correspondía con el valor de las reparaciones necesarias por haberse verificado goteras en el comedor del colegio y contenidas en un informe de la dirección técnica, **«pero sin que conste su remisión formal y fehaciente a la contratista»**. Por tanto, lejos de comunicar al contratista las deficiencias, «la Administración sorprende iniciando el procedimiento de liquidación en 29/08/2017 cuya propuesta, y lo que se mantiene en las resoluciones impugnadas, fija un saldo a favor de la Administración de 35 800,52 euros por el que se pretende incautar la garantía, pero sin que antes la contratista hubiese recibido alguna otra notificación tras el reiterado informe técnico de 15 de julio de 2009 que le fue enviado por la empresa, lo cual además se hace una vez rebasado ampliamente el plazo no consumido de la garantía constituida y pese a que se había solicitado con anterioridad la devolución de dicha garantía hasta en dos ocasiones».

Asimismo, es improcedente la retención del aval cuando la Junta de Contratación no comunicó objeción alguna en el plazo de garantía (STSJ 43/2015, de 30 de abril de 2015, Rec. 23/2015). Y es que las prerrogativas del poder público, en especial esa posibilidad tan tentadora de poder interpretar el contrato, pueden llevar a la Administración a probar suerte con el argumento de que hubo defectos, a fin de no devolver la garantía al contratista.

Tercera incidencia: ¿impugnabilidad del acto de recepción de las obras? Según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2013, de 22 de mayo, será de aplicación el mismo régimen impugnatorio de los actos administrativos (y debería contener «pie de recurso» a los destinatarios o interesados).

10

La resolución contractual: causas y efectos

Se regulan en el artículo 211 de la LCSP 2017. Téngase en cuenta que, cuando **concurren varias causas de resolución**, debe aplicarse de manera preferente

la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico (Dictamen del Consejo de Estado número 2230/2004, de 14 de octubre; Dictamen de 27 de septiembre de 2007).

Es interesante no confundir **resolución con nulidad**, tal como permite razonar la STS de 11 de enero de 2013, rec. 5082/2010, cuando, tras sostener las diferencias entre resolución y nulidad del contrato, concluye que no procede condenar a la Administración por lucro cesante *en casos de nulidad del contrato*.

El precepto apunta las causas de resolución del contrato: las dos primeras tienen fácil interpretación: la **muerte** o incapacidad sobrevenida del contratista individual, 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); así como la declaración de **concurso** o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

En cuanto a la **demora** en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (ya antes en el artículo 223.d del TRLCSP), las sentencias que dan la razón a la Administración, declarando **resuelto el contrato**, enfatizan la condición «esencial» del plazo y el incumplimiento del contratista (*STS de 17 de octubre de 2000*, rec. 3554/1995).

Pero también se rechaza la resolución contractual instada por la Administración con dos argumentos centrales: el primero, la existencia de una causa de justificación para la demora; el segundo, la ausencia de culpa (*STS de 14 de diciembre de 2001*, rec. 9017/1997; *STS de 12 de julio de 2016*, rec. 3070/2014).

A continuación, la letra «f» prevé como causa de resolución el incumplimiento de la **obligación principal** del contrato. Evidentemente, estamos ante una causa (el **incumplimiento**) que se alega frecuentemente, pero que requiere presupuestos concretos. Obsérvese que la ley habla en dicha letra «f» de un incumplimiento «de la obligación principal del contrato». O al menos de «incumplimiento de las restantes *obligaciones esenciales*», pero 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»¹².

12. Sobre esta causa de resolución («incumplimiento») existen numerosas resoluciones (lo que evidencia el interés práctico del tema), en particular en relación con los contratos de obras, caso por ejemplo de incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra (STSJ

En la letra «g» este artículo alude seguidamente como causa de resolución a la **imposibilidad** de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Este tema remite a los artículos 204 y 205 de la misma LCSP 2017, ya que esta causa de resolución opera cuando no se puede realizar una modificación del contrato; o 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.

En la letra «h» se afirma que también son causas de resolución «las que se señalen específicamente para cada categoría de **contrato** en esta Ley». Esta causa, aparentemente baladí, nos permite, sin embargo, completar las referencias anteriores con otras reflexiones. Y es que, en puridad, existen causas de resolución que no se mencionan en este marco general, pese a que tienen una especial trascendencia en la práctica. En realidad, es fundamental estar a la regulación de las causas de resolución que la LCSP 2017 prevé para los distintos contratos, «causas» a veces por interés de la Administración, en atención a la protección que merece el interés público (rescate, secuestro, supresión del servicio, imposibilidad de explotación de la obra o servicio).

Por ejemplo, no aparecen en este listado de causas generales de resolución el desistimiento y el rescate, respectivamente a los contratos de concesión (de otra pública) y de servicios. La relación que acaba de hacerse entre desistimiento y rescate tampoco es baladí. Ambas causas de resolución revelan la conveniencia de terminar con el contrato dando continuidad al servicio, si bien el «rescate» se realizará en el ámbito de las concesiones, mientras que el «desistimiento» operará en los contratos de obras y suministros y de servicios. En definitiva, el rescate viene a ser un desistimiento *ad nutum*, por seguir la terminología civilista. El desistimiento no deja de ser un abandono del contrato, pero también consciente o deliberado, con la consiguiente liquidación con el contratista y tras sopesar la posible aplicación del principio de conservación del contrato.

Lo propio es que el abandono o suspensión de las obras o la no realización del servicio se entienda como incumplimiento del contratista, originador de resolución contractual (así, Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 214/2001, en un caso en que la empresa había incluso manifestado su renuncia a ejecutar las prestaciones contractuales y no com-

de Murcia de 25 de octubre de 2004, FJ 2 *in fine*; STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2006; igualmente, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de marzo de 2005, STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2004, etc.).

pareció al acto de formalización del acta de comprobación del replanteo). En todo caso, el desistimiento del contratista no está previsto como causa de resolución en general en la legislación contractual pública (salvo en el contexto de la concesión de obra pública regulada en la legislación contractual general, bien en la especial, como ocurre con las concesiones de puertos), a diferencia del desistimiento de la Administración.

Finalmente, en la letra «i» se afirma que es causa de resolución «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».

En cuanto al artículo 212 («Aplicación de las causas de resolución»), resaltar que «la resolución por 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». Ello significa que, si concurre otra causa de resolución de la que sea responsable el contratista, la Administración no podrá acogerse al mutuo acuerdo, sino que, si considera innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, deberá acogerse a la causa de resolución concurrente, lo que se ha considerado que supone una excepción al principio sentado por el Consejo de Estado (dictámenes 5/1992, de 23 de enero, y 712/1994, de 23 de junio) de que, de concurrir varias causas de resolución, deberá aplicarse de manera preferente la que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico¹³.

Asimismo, «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 preste las garantías adicionales suficientes para su ejecución».

En sentido procesal, sobre la aplicación de las causas de resolución, es claro que, si la Administración alega una causa de resolución contractual (esencialmente, el incumplimiento imputable al contratista), este se tendrá que defender mediante los mecanismos procesales (recurso especial o recursos en vía administrativa y posterior recurso contencioso-administrativo). Pero en este contexto una situación típica (que conviene comentar en este lugar) se referirá a aquellos casos en que el contratista piensa que, más bien, la causa de resolución se imputa a la propia Administración, que, tomando la delantera, está ocultando sus propias faltas, tomando ventaja de la posición

13. F. CASTRO ABELLA (coordinador), *Contratación del sector público local*, Madrid, 2010, p. 1052.

que le arbitra el ordenamiento jurídico en este sentido. Obviamente, todo podrá reconducirse a problemas de interpretación diferente de los hechos concurrentes. La primera cuestión es si es posible «reconvención» a favor del contratista. Se niega esta opción en los procesos contencioso-administrativos. Y, por ello, ante la inexistencia de una reconvención en vía contenciosa, el contratista podría ver mermada su defensa contra las pretensiones de la Administración de declarar resuelto el contrato por culpa del contratista.

Ante estos hechos, la jurisdicción contencioso-administrativa parece generalmente acoger pretensiones tanto anulatorias como otras de prestación en el seno de los propios procesos administrativos instados por el contratista contra una resolución contractual de la Administración, haciendo primar el conocido antiformalismo a efectos de superar una posible indefensión. Pero no siempre queda claro este planteamiento. Y, por contrapartida, deben asentarse unos criterios para evitar la posible inseguridad jurídica derivada del casuismo. Ciertamente es que es común que, en los procesos sobre resoluciones contractuales, se enjuicien las distintas pretensiones de las partes. Es decir, si se recurre una resolución contractual, se suele permitir con mayor o menor alcance ejercitar pretensiones de responsabilidad administrativa o de propia resolución por incumplimiento de la Administración (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 19 de noviembre de 2004; ATS de 20 de junio de 1988; STSJ de Asturias de 10 de enero de 2008; STSJ de Extremadura de 18 de enero de 2008; SSTSJ de Madrid de 11 de marzo de 2005 y de 21 de junio de 2004; STSJ de Navarra de 6 de junio de 2003; STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2004). Sin embargo, para mayor seguridad, nada excluye a la defensa iniciar un segundo contencioso. Es decir, por cautela y para evitar posible indefensión, podrá ser aconsejable (para asegurar este enjuiciamiento reconvencional de fondo, y en función del caso concreto) presentar una solicitud requiriendo de la Administración el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o que, en su caso, revise de oficio el acto de resolución, o que se indemnicen los daños causados y se abonen las cantidades pendientes. Seguidamente, habría que ampliar el recurso contencioso-administrativo interpuesto al acto presunto denegatorio (no rige al efecto la regla del silencio positivo) o, de denegarse esta jurisdiccionalmente, presentar por separado otro recurso contencioso-administrativo, originando un nuevo procedimiento ordinario que, en su caso, podrá acumularse al anulatorio contra la resolución.

En cuanto a los **efectos de la resolución (artículo 213 de la LCSP)**, parece claro que el acento se pone en este precepto en el tema indemnizatorio (además a los efectos del «mutuo acuerdo», que también aparece de nuevo en este artículo, igual que en el anterior). El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella,

con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Y cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

Además, cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra «g» del artículo 211 (es decir, imposibilidad de ejecutar la prestación, en el contexto de los modificados), el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista (...) (un ejemplo puede ser la STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2017, rec. 471/2015). Además, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios requiere que se incurra en negligencia por una de las partes (STSJ de Aragón de 18 de junio de 2001). La indemnización será tanto del daño emergente como del lucro cesante o beneficio industrial (SSTS de 20 de abril de 1999 y de 9 de diciembre de 1997). Sobre la **incautación de la fianza** se sostiene igualmente que, si no hay incumplimiento culpable del contratista, no procede la misma (STS de 9 de abril de 2008, recurso 4486/2006; de 21 de diciembre de 2007; STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2004). La **incautación de la fianza** al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución culpable del contrato, pero no por cualquier causa (por ejemplo, por falta de abono del ICIO por parte del contratista) o por impago a proveedores, porque en estos casos no hay realmente perjuicio (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 8/2011, de 27 de octubre de 2011).

11

Cesión de contratos y subcontratación

El artículo 319 de la LCSP 2017 obliga a que los pliegos prevean expresamente las regulaciones legales en materia de cesión, que no vienen a ser sino pura expresión de unas reglas de cultura general en la materia; como por ejemplo que el cedente tiene que haber cumplido el 20 % del contrato si quiere la cesión; o que no procede la cesión cuando se trate de condiciones personalísimas; o que esta tiene que materializarse en una escritura pública, etc.

En cuanto a la regulación legal y contractual sobre la **«subcontratación»**, no apreciamos los «porcentajes» de subcontratación. Ahora la nueva Ley habla, no obstante, de que la subcontratación tiene que ser parcial, y se insiste en que el licitador tiene que indicar en la oferta los elementos sobre los que va a recaer la subcontratación, que no puede abarcar la totalidad del con-

trato; y por otro lado nuevamente el legislador insiste en que, cuando se vaya a iniciar la ejecución del contrato, se tiene que notificar a la Administración las partes que va a realizar el subcontratista.

La subcontratación es un fenómeno positivo porque favorece a las pequeñas y medianas empresas y el tráfico mercantil, pero se producen en la práctica abusos sobre los subcontratistas.

Aunque hubo un periodo en que procedieron las acciones directas del subcontratista contra la Administración, ya con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011 anterior no procedían tales acciones directas. La nueva LCSP prevé que se pueden establecer en los pliegos los pagos directos a los subcontratistas. Puede ser aconsejable esta medida, a mi juicio, porque, en definitiva, lo que interesa al poder contratante es que se ejecute el contrato, y de esta manera parece que disminuye el riesgo de inejecución.

La Ley establece ahora la obligación de comprobación de pagos cuando se trate de contratos de obras y servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5 000 000 € y siempre que la subcontratación sea más del 30 %¹⁴.

¹⁴. Para ampliar estos contenidos véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, editorial Civitas, tomo 3: Comentarios a la LCSP 2017, marzo 2018.

Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta*

AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universitat Oberta de Catalunya*

1. La contratación electrónica

2. La transparencia en la contratación pública

2.1. El principio de transparencia en la contratación pública

2.2. Los mecanismos para la transparencia de la contratación pública

2.2.1. Los mecanismos de transparencia en la legislación de transparencia

2.2.2. Los mecanismos de transparencia en la legislación de contratación pública

3. Reflexiones finales

4. Referencias bibliográficas

Resumen

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) ha dado un paso adelante en la consolidación del uso de los medios electrónicos y la transparencia en la contratación pública. En este artículo se exponen las principales novedades introducidas y se analiza su impacto en la apertura de la contratación pública. El trabajo permite observar que la LCSP sienta unas bases para la apertura de la contratación pública y deja en manos de los órganos de contratación la oportunidad de innovar en la contratación pública.

Artículo recibido el 15/03/2018; aceptado el 27/05/2018.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto «Transparencia, Integridad e Innovación Democrática» del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad (DER2014-57391-C2-2-R).

Palabras clave: *contratación electrónica; contratación abierta; transparencia pública; medios electrónicos.*

Electronic procurement and transparency: foundations for open public contracts

Abstract

Law 9/2017, of 8 November, of Public Contracts, has strengthened electronic procurement and transparency in the field of public procurement. This article shows the new tools introduced and their impact on open contracting. The article argues that Law 9/2017 establishes the main foundations for introducing openness in public contracts and also gives the opportunity to contracting authorities to innovate in this regard.

Keywords: electronic procurement; open contracting; transparency; electronic means.

1

La contratación electrónica

La contratación electrónica se refiere a la utilización de los medios electrónicos en las diversas fases del procedimiento de contratación pública¹. Desde un punto de vista general, la contratación electrónica no es sino la manifestación de la administración electrónica en la contratación pública².

La contratación electrónica puede contribuir significativamente a la mejora de la contratación pública desde distintas perspectivas. La contratación electrónica mejora la transparencia en el proceso de contratación pública, al facilitar la difusión y el acceso a la información³. La contratación electrónica también incide positivamente en la eficacia y la eficiencia, al generar un

1. En palabras de la Comisión Europea, «el término contratación pública electrónica designa la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas» (COMISIÓN EUROPEA, 2010, 2). A pesar de que esta definición es ampliamente compartida, algunos autores circunscriben el concepto de contratación electrónica exclusivamente a los procedimientos de contratación desarrollados únicamente por medios electrónicos (por ejemplo, subasta electrónica, sistemas dinámicos de adquisición o catálogos electrónicos) (GIL CONDÓN, 2018).

2. GIL CONDÓN, 2018; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2017, 286.

3. ANDERSEN, 2009; BERTOT, JAEGER & GRIMES, 2010, 265.

ahorro en la gestión de los procedimientos de contratación⁴. El uso de los medios electrónicos en la contratación pública permite asimismo monitorear los procedimientos de contratación, al suministrar a los licitadores y a los responsables de los órganos de contratación información sobre el estado de la tramitación del procedimiento, lo que simplifica la supervisión y el control del procedimiento de contratación. En última instancia, la contratación electrónica tiene un impacto positivo en el fortalecimiento de la integridad de cargos y empleados públicos, y resulta un instrumento eficaz en la lucha contra la corrupción en la contratación pública⁵.

A pesar del impacto positivo del uso de los medios electrónicos en la contratación pública, a día de hoy la extensión de la contratación electrónica es aún muy reducida⁶. Esta situación es el resultado del hecho de que la extensión de los medios electrónicos en la contratación pública no solo es una cuestión tecnológica, sino que está estrechamente vinculada al cambio cultural y organizativo que se exige en las Administraciones públicas⁷.

Para avanzar en el uso de los medios electrónicos en la contratación pública, en los últimos años se han introducido algunas modificaciones en el ordenamiento jurídico, particularmente de la mano de la Unión Europea⁸.

En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, tiene entre sus finalidades impulsar definitivamente el uso de los medios electrónicos en la contratación pública. En esta dirección, se afirma que los medios electrónicos «deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemen-

4. En efecto, como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea, el uso de los medios electrónicos en la contratación pública puede suponer un importante ahorro para las Administraciones públicas. En particular, «[s]i se generaliza la contratación en línea, las Administraciones pueden ahorrar incluso un 5 % del gasto e incluso un 50-80 % de los costes de las operaciones tanto para los compradores como para los suministradores» (COMISIÓN EUROPEA, 2010).

5. CERRILLO I MARTÍNEZ, 2016a. Como ha observado Rose-Ackerman, «la tecnología moderna puede ayudar a reducir la corrupción en la contratación» (ROSE-ACKERMAN & TRUEX, 2012, 26).

6. La evaluación de la Comisión realizada en 2010 constató que menos del 5 % del presupuesto total destinado a la contratación en los Estados miembros pioneros en la aplicación de este sistema se adjudicaba a través de medios electrónicos (COMISIÓN EUROPEA, 2010, 2-3).

7. Domínguez-Macaya sintetiza los principales motivos que a su entender justifican el bajo grado de implantación de la contratación electrónica (DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, 2018, 1179).

8. Véase una aproximación a la evolución de la regulación de la contratación electrónica en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2015.

te las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior»⁹. Para ello, dispone que «los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación»¹⁰. A pesar de ello, la Directiva prevé algunas excepciones a este principio general, y no obliga a que los poderes adjudicadores traten electrónicamente las ofertas o hagan su evaluación o el tratamiento automatizado. Asimismo, de acuerdo con la Directiva, tampoco es obligatorio utilizar los medios electrónicos con relación a ninguna fase del procedimiento de contratación posterior a la adjudicación del contrato, y tampoco en las comunicaciones internas del poder adjudicador. De todos modos, como apunta la misma Directiva, «los Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean»¹¹.

Todos estos aspectos han sido trasladados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). De hecho, la LCSP ha transpuesto la detallada regulación contenida en la Directiva 2014/24/UE sin prácticamente introducir ninguna novedad. En efecto, a pesar de que el preámbulo alude a «la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica», la lectura de la LCSP y, en particular, de las disposiciones adicionales en las que se regula el uso de los medios electrónicos en la contratación pública, muestra cómo en la nueva norma se ha mantenido el mismo modelo vigente 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, y poco se ha innovado en esta materia, lo que, como ha sido ampliamente destacado, puede presentar serias limitaciones¹².

9. Considerando 52 Directiva 2014/24/UE.

10. Artículo 22 Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, también se reconoce que los poderes adjudicadores no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en determinados casos. Asimismo, los Estados miembros pueden aplazar la aplicación de la regulación del uso de los medios electrónicos hasta el 18 de octubre de 2018, excepto cuando el uso de dichos medios sea obligatorio (artículo 90.2).

Véase un análisis detallado de la norma comunitaria en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2015.

11. Más allá de estas cuestiones de carácter general, la Directiva 2014/24/UE establece los requisitos que deben cumplir los medios electrónicos que se utilicen en todas las comunicaciones y todos los intercambios, y concreta diferentes usos de los medios electrónicos en las diferentes fases del procedimiento de contratación.

12. En el poco tiempo desde su aprobación han sido diversas las voces críticas con la regulación de la contratación electrónica en la LCSP.

Así, Domínguez-Macaya señala que «los redactores de la nueva norma han vuelto a cometer el error de concentrar principalmente su regulación general en tres disposiciones adicionales (!!!!)». Para el autor, «la regulación de estos tipos de temas –los electrónicos– que

Este estudio no persigue analizar en detalle la regulación de la contratación pública electrónica en la LCSP, sino apuntar los nuevos fundamentos del uso de los medios electrónicos en la contratación pública y su incidencia en su apertura. Para ello, resulta de utilidad poner de relieve los principales elementos de la regulación básica de la contratación electrónica.

En primer lugar, la LCSP dispone la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos en la contratación pública¹³. En particular, se establece que, en principio, la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos¹⁴. Asimismo, la práctica de la notificación y de las comunicaciones relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos se realizará, con carácter general, por medios exclusivamente electrónicos¹⁵. De este modo, la práctica totalidad de la información relacionada con la contratación pública estará en formato electrónico.

En segundo lugar, la LCSP regula las características que deben tener los medios electrónicos utilizables en los procedimientos de contratación y en las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos. Desde un punto de vista general, los medios electrónicos que se utilicen serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación. Asimismo, dichos medios serán de amplio uso y fácil acceso. Además, deberán garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos, y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para

todo el mundo sabe es más propio de la brujería que del derecho, y que, por lo tanto, no es de fiar, ha sido muy ajena a los redactores y a los legisladores, y no han tenido verdadero interés en hacer una regulación suficientemente coherente y completa. En la “nueva” regulación de la contratación pública electrónica han hecho una copia y pega de la anterior LCSP» (DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, 2018, 1181).

También se muestra crítico con esta opción del legislador Gimeno Feliu, al afirmar que «la regulación mediante disposiciones adicionales y no un capítulo o título específico es claramente insuficiente si, de verdad, hay una apuesta decidida por la administración electrónica» (GIMENO FELIU, 2017a).

Finalmente, se puede traer a colación a Martínez Gutiérrez, para quien «el legislador nacional no ha sabido transponer de una manera adecuada en nuestra nueva Ley de Contratos del Sector Público esta realidad social y normativa, tanto española como comunitaria» (MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2018, 1230).

13. Así se ha reconocido de manera generalizada. Por todos, puede traerse a colación Domínguez-Macaya, quien afirma que «hay claroscuros, pero la rotundidad en la obligatoriedad de la utilización de los medios electrónicos en la contratación pública que introduce la LCSP/2017 –sin duda inducido/obligado por las nuevas directivas de contratos públicos– supera con creces cualquier elemento negativo que podamos encontrar en su regulación» (DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, 2018, 1204).

14. Disposición adicional decimoquinta.3 LCSP.

15. Disposición adicional decimoquinta.2 LCSP.

ello, puedan tener acceso a los mismos, o que, en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. También se deberán adoptar las medidas de seguridad suficientes frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos. Finalmente, los medios electrónicos que se utilicen han de poder acreditar la fecha y hora de la recepción de las ofertas, la fecha y hora del envío de las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista y la de la recepción o acceso por el interesado, así como la integridad de su contenido y la identidad del remitente de las mismas¹⁶.

En tercer lugar, la LCSP impulsa el uso de los medios electrónicos en la contratación pública a través de diversos instrumentos. Por un lado, a través de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, instrumento jurídico vinculante aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que debe incorporar las medidas que permitan generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento¹⁷. Por otro, a través del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, creado en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las comunidades y ciudades autónomas y de las organizaciones representativas de las entidades locales, que será el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público, y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia¹⁸.

Como ya se ha avanzado, la contratación electrónica no es sino una manifestación de la administración electrónica en la contratación pública. Por ello, debe integrarse adecuadamente la regulación de la contratación electrónica en los principios y las normas que regulan el uso de los medios electrónicos en las Administraciones públicas¹⁹. En esta dirección, es importante tener en cuenta la incidencia que lo previsto en las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

16. Disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y decimoséptima LCSP. Asimismo, la disposición adicional decimoséptima LCSP dispone que las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos deben garantizar razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos antes de que finalicen los plazos, y detectar las infracciones o tentativas de las prohibiciones o condiciones de acceso.

17. Artículo 334.2 LCSP.

18. Artículo 329.1 LCSP.

19. Como observa Gallego, «el éxito de la implantación de un sistema de contratación pública electrónica innovador no puede descansar en la mera incorporación al derecho interno de unos preceptos que tienen como objeto exclusivo proteger a los licitadores y a la competencia» (GALLEGO CÓRCOLES, 2017b, 202).

(LPACAP), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), puede tener en los procedimientos de contratación²⁰. En efecto, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional primera LPACAP, tanto esta norma como la LRJSP tienen un impacto en cuestiones relevantes del procedimiento de contratación como, por ejemplo, la identificación y la firma electrónica o la cooperación interadministrativa en materia de contratación electrónica, y, en particular, la reutilización de las aplicaciones. A pesar de lo anterior, en aras de una mayor seguridad jurídica, habría sido deseable que la LCSP hubiese integrado mejor la regulación de las leyes de 2015, garantizando una mayor coordinación entre ambos textos normativos²¹.

2

La transparencia en la contratación pública

La extensión de la contratación electrónica puede tener un impacto significativo en la mejora de la transparencia de la contratación pública. En efecto, el uso de los medios electrónicos facilita la difusión de la información sobre los contratos públicos y, en general, incrementa la transparencia en todas las fases de la contratación pública. Particularmente, la extensión de la contratación electrónica supone la creación y el archivo de toda la documentación y la información que generan los procedimientos de contratación en formato electrónico, lo que no solo facilita su gestión, sino también su acceso y difusión. En efecto, como se ha destacado ampliamente, existe una estrecha relación entre la administración electrónica y la transparencia²².

Sin embargo, para que la extensión del uso de los medios electrónicos en la contratación pública pueda efectivamente contribuir a una mayor transparencia, es necesario que en el diseño de las aplicaciones de contratación electrónica también se tengan en cuenta las obligaciones de transparencia que deben cumplir los órganos de contratación. En esta dirección, es necesario que en el diseño de los sistemas de gestión documental sobre los que se basa la contratación electrónica no solo se tenga en cuenta la gestión del procedi-

20. Véase un detallado análisis en GIL CONDÓN, 2018. En la misma dirección, GALLEGO CÓRCOLES, 2017a y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2017.

21. En la misma dirección, respecto al Anteproyecto de Ley, se manifiesta GALLEGO CÓRCOLES, 2017b, 203.

22. En esta dirección es claro Cotino, al afirmar que «la transparencia será electrónica o no será», y que «el nexo administración electrónica, la transparencia y el acceso a la información pública es amplio e ineludible» (COTINO HUESO, 2013, y COTINO HUESO, 2017, respectivamente).

miento de contratación, sino también garantizar que toda la información que generan pueda ser puesta a disposición de los licitadores y de la ciudadanía en general, garantizando su autenticidad, integridad, trazabilidad y reutilización. Para ello, es necesario que las obligaciones de transparencia se tengan en cuenta desde que la información se genera, y no cuando debe ser difundida o es objeto de una solicitud de acceso²³. Es lo que se conoce como transparencia por diseño²⁴.

En las próximas páginas, se expondrán las manifestaciones del principio de transparencia en la contratación pública, y se analizarán las obligaciones de transparencia en materia de contratación pública previstas tanto en la legislación de transparencia como en la legislación de contratos públicos.

2.1

El principio de transparencia en la contratación pública

La transparencia es un principio de la contratación pública que contribuye a la igualdad entre los licitadores, promueve la concurrencia y favorece la integridad en la contratación pública²⁵. La transparencia en la contratación pública facilita que los contratos se adjudiquen a la mejor oferta y que se obtengan los resultados esperados²⁶. Así lo prevé con carácter general la LCSP al identificar la transparencia como el primer objetivo que la inspira e incluirla entre los principios a los que se ha de ajustar la contratación pública²⁷. Pero, además, la transparencia también es un principio de actuación de las Administraciones públicas, que persigue facilitar que la ciudadanía tenga un conocimiento

23. A pesar de ello, como pone de manifiesto Moyano, «la práctica ha sido dejar a los sistemas de gestión documental al margen de los portales de transparencia e incluso de los de reutilización, creando una brecha entre los departamentos de archivo y gestión documental, como órganos competentes en la recepción y tratamiento de la documentación, y los nuevos servicios de datos abiertos y reutilización de la información pública» (MOYANO COLLADO, 2015, 54).

24. Como hemos tenido oportunidad de señalar en otra ocasión, «el cumplimiento de las obligaciones de transparencia pública exige que la transparencia se incorpore en el propio diseño de los sistemas de gestión documental para, más allá de permitir gestionar la creación o la generación de información y documentos, se facilite también su difusión y permita la reutilización, plasmándose estas dimensiones en las diferentes fases de su ciclo de vida» (CERRILLO I MARTÍNEZ & CASADESÚS DE MINGO, 2018).

25. El principio de transparencia ha ido adquiriendo con el tiempo un reconocimiento como valor autónomo en la contratación pública (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2014, 1908).

26. En esta dirección, Gimeno Feliu señala que «se necesita más y mejor transparencia para una compra más eficiente y una correcta rendición de cuentas» (GIMENO FELIU, 2017b, 60).

27. Artículo 1 LCSP. En la misma dirección, el artículo 76 Directiva 2014/24/UE. Como observa Mellado, la funcionalidad de la transparencia «como auténtico “valor” inspirador de la reforma, es evidente: solo en el preámbulo se cita hasta siete veces el principio. Y sus exigencias atraviesan realmente todo el cuerpo normativo de la Ley» (MELLADO RUIZ, 2017, 18).

efectivo de la actividad y el funcionamiento de las mismas que le permita participar en las decisiones públicas y controlar la actuación administrativa²⁸.

Desde el punto de vista de la contratación pública, la transparencia persigue garantizar que cualquier licitador tenga la información suficiente y adecuada para poder participar en un procedimiento de contratación. Para ello, es necesario que los licitadores dispongan de información clara y adecuada sobre los procedimientos de licitación. Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, asunto *Succhi di Frutta*, al afirmar que la transparencia «implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata»²⁹.

La transparencia contribuye a la igualdad de los licitadores. En esta dirección, el Tribunal de Justicia, en la conocida sentencia de 7 de diciembre de 2000 dictada en el asunto *Teleaustria*, señala que «la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación»³⁰.

La transparencia también contribuye a la libre concurrencia en la contratación pública. Así lo destaca el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de septiembre de 2000, al afirmar que «estas normas [de publicidad previstas en la Directiva 93/37] tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos de obras, garantizando a los licitadores potenciales procedentes de los demás Estados miembros la posibilidad de responder a las diferentes ofertas en condiciones comparables a las de los licitadores nacionales»³¹.

28. Artículo 3 LRJSP. Como ilustrativamente afirma Gallardo, «el principio de transparencia es hoy corolario inmediato del Estado democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos y lo segundo en tanto que permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad» (GALLARDO CASTILLO, 2011, 166).

29. Asunto C-496/99P, apartado 111.

30. Asunto C-324/98, apartado 62.

31. Sentencia Comisión/Francia de 26 de septiembre 2000, asunto C-225/98, apartado 34. En el mismo sentido, Sentencia Universale-Bau AG de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, apartado 92. Cita la sentencia *Telaustria* y *Telefonadress*, antes citada, apartado 62.

La transparencia asimismo favorece la integridad en la contratación pública y contribuye a la lucha contra la corrupción que, en los últimos años, ha tenido una presencia significativa en la contratación pública. Como afirmó el juez Brandeis, «la luz del sol es el mejor desinfectante»³². En esta dirección se manifiesta la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, al señalar que «la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude»³³. El Tribunal de Justicia también ha observado el papel de la transparencia como instrumento al servicio de la integridad en la contratación pública. Al respecto, en la Sentencia Evropaïki Dynamiki se afirma que el principio de transparencia «tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora»³⁴.

2.2

Los mecanismos para la transparencia de la contratación pública

En la actualidad, el ordenamiento jurídico dispone diferentes mecanismos a través de los que se concreta el principio de transparencia en la contratación pública, mediante la difusión o el acceso a información sobre los contratos públicos.

2.2.1

Los mecanismos de transparencia en la legislación de transparencia

La legislación de transparencia prevé dos mecanismos de transparencia que permiten que tanto los licitadores y contratistas como la ciudadanía en general puedan conocer la información sobre los contratos públicos.

La finalidad principal de estos mecanismos de transparencia es facilitar el conocimiento de las decisiones que se toman en el ámbito de la contratación pública y los motivos que las justifican, los recursos que se destinan o

32. BRANDEIS, 1914

33. Considerando 126.

34. Sentencia Evropaïki Dynamiki de 12 de marzo de 2008, asunto T-345/03, apartado 144.

cómo se adjudican los contratos. A través de estos mecanismos las Administraciones públicas también rinden cuentas de las políticas de contratación pública³⁵. Asimismo, facilitan la participación de la ciudadanía en las políticas de contratación pública y permiten su control.

Los diversos mecanismos de transparencia previstos se han visto reforzados por el uso de los medios electrónicos, y así lo ha recogido la legislación de transparencia³⁶.

Además de las obligaciones de transparencia que tienen los órganos de contratación, no se puede desconocer que la legislación vigente también prevé que los propios contratistas deban cumplir con determinadas obligaciones de transparencia. Desde un punto de vista general, cuando perciban durante el período de un año un determinado volumen de ayudas o subvenciones públicas, o presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, tienen determinadas obligaciones de transparencia³⁷. Además, los propios contratos públicos pueden incluir obligaciones de transparencia para los adjudicatarios, que se pueden concretar en la necesidad de facilitar información sobre la ejecución del contrato³⁸.

a) *La difusión de información a través del portal de transparencia*

Las Administraciones públicas deben publicar de forma periódica y actualizada información sobre los contratos públicos cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad contractual³⁹.

35. GIMENO FELIU, 2017b, 63.

36. De todos modos no se puede desconocer que por el momento el impacto del uso de los medios electrónicos en la transparencia ha sido limitado, tal y como ya puso de manifiesto RAZQUIN LIZARRAGA, 2011, 57.

Asimismo, según el Informe de Transparencia de las Comunidades Autónomas (INCAU 2016) únicamente cuatro comunidades autónomas cumplen con el 100 % de los indicadores de transparencia en materia contractual. Accesible en http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/12/ranking_seis_areas_incau-2016.pdf (última consulta: febrero 2017).

37. Artículos 3.b) y 4 Ley 19/2013. Véase, en general, CERRILLO I MARTÍNEZ, 2016b.

38. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 3.5 Ley catalana 19/2014, que dispone que «los contratos del sector público deben incluir las obligaciones de los adjudicatarios de facilitar información establecidas por la presente Ley, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia». Posteriormente, lo han recogido las guías para la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos públicos sujetos a regulación armonizada en procedimientos abiertos, elaboradas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, que han incorporado una cláusula relativa al hecho de que la empresa contratista se obliga a facilitar la información que se concrete (cláusula trigésima primera).

39. Artículo 5.1 Ley 19/2013. Respecto al ámbito subjetivo de lo previsto en el artículo 5.1 Ley 19/2013, debe tenerse presente que la obligación no incumbe únicamente a las Administraciones públicas, sino al conjunto de entidades y organismos, públicos y privados, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 (artículo 2.1). Al respecto, debe traerse a colación la diferente extensión del ámbito subjetivo de la Ley 19/2013 respecto al de la LCSP (MELLADO RUIZ, 2017, 167).

Al respecto, la legislación de transparencia prevé que las Administraciones públicas deben difundir información sobre los contratos públicos a través de medios electrónicos como sedes electrónicas o páginas web. En concreto, la legislación de transparencia dispone que las Administraciones públicas deben crear portales de transparencia, a través de los que deben difundir información contractual en Internet.

En particular, las Administraciones públicas deben difundir en relación a todas las fases del ciclo contractual, y como mínimo, la siguiente información⁴⁰:

- Información sobre la licitación de los contratos: importe de licitación, procedimiento utilizado y publicidad.
- Información sobre la adjudicación de los contratos: contratos formalizados (objeto, importe de adjudicación, procedimiento utilizado para su celebración, instrumentos a través de los que, en su caso, se han publicitado), número de licitadores participantes en el procedimiento e identidad del adjudicatario, contratos menores adjudicados cuya difusión podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada.
- Información sobre la ejecución de los contratos: información relativa a las modificaciones del contrato; decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.
- Otra información relevante: datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

En cualquier caso, es importante destacar que cada Administración pública puede decidir difundir más información de la prevista con carácter básico por la Ley 19/2013⁴¹.

40. Artículo 7.a) Ley 19/2013. Asimismo, la Ley 19/2013 concreta la obligación de difundir otra información pública que pueda tener relevancia desde la perspectiva de los contratos, como la información relativa a los responsables de los diferentes órganos y su organización (artículo 6).

Complementariamente a lo previsto con carácter básico en la Ley 19/2013, la mayoría de las leyes autonómicas de transparencia han ampliado el elenco de información contractual que debe difundirse a través del portal de transparencia. Véase, por todas, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (artículo 13).

Mellado se refiere al respecto a que «la transparencia de la contratación pública ha de ser “integral”, posibilitando el conocimiento transversal de todas las fases del procedimiento» (MELLADO RUIZ, 2017, 157).

41. En efecto, las obligaciones de transparencia a las que se hace referencia en el texto deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente, o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad (artículo 5.2 Ley 19/2013). En la misma dirección, por ejemplo, la Ley 19/2014 (artículo 6.2).

La legislación de transparencia dispone que la información contractual que difundan las Administraciones públicas debe cumplir determinadas características.

En primer lugar, la información debe ser de calidad para poder cumplir con las finalidades previstas⁴². En esta dirección, la información debe ser clara, veraz y objetiva. Asimismo, la información debe estar actualizada⁴³.

En segundo lugar, la información debe ser accesible⁴⁴. Por un lado, la información debe ser de acceso fácil, gratuito, y estar fácilmente localizable. Por otro lado, la información debe estar a disposición de las personas con discapacidad por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos⁴⁵.

En tercer lugar, la información debe ser reutilizable⁴⁶. En esta dirección, las Administraciones públicas deben difundir la información en unos formatos técnicos y en unas condiciones jurídicas que faciliten su reutilización⁴⁷. A través de la reutilización de la información contractual, la ciudadanía puede contribuir a incrementar la transparencia de la contratación en lo que se conoce como transparencia colaborativa⁴⁸.

b) El acceso a la información

Las personas tienen derecho a acceder a la información sobre los contratos públicos. Desde un punto de vista general la legislación de transparencia reconoce el acceso a la información como un derecho subjetivo de todas las personas⁴⁹.

La legislación vigente permite que cualquier persona, tanto licitadores como la ciudadanía en general, puedan acceder a toda la información generada en un procedimiento de licitación o durante la ejecución de un contrato público.

42. Artículo 5.4 Ley 19/2013.

43. En esta dirección, algunas normas autonómicas disponen que se debe indicar la fecha de la última actualización, así como la fecha de la próxima actualización cuando sea posible. Por todos, artículo 6.1.a) Ley catalana 19/2014.

44. Artículo 5.5 Ley 19/2013.

45. Durante el proceso de edición de este trabajo se ha aprobado el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, en el que se regula esta cuestión.

46. Artículo 5.4 Ley 19/2013.

47. Véase al respecto lo previsto en el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal.

48. Ya existen diversas iniciativas en esta dirección como, por ejemplo, la impulsada por Transparencia Internacional España y el Observatorio de Contratos Públicos <http://www.contratospublicostransparentes.es/> o por la Fundación Ciudadana Civio <https://civio.es/quien-cobra-la-obra/> (última consulta: febrero de 2018).

49. Artículo 12 Ley 19/2013.

Asimismo, desde el punto de vista de la contratación pública, con carácter general, el considerando 126 DCP.

El derecho de acceso se reconoce respecto a la información pública, es decir, cualquier contenido o documento, cualquiera que sea su formato o soporte, que obre en poder de una Administración pública y que haya sido elaborado o adquirido en el ejercicio de sus funciones⁵⁰. De este modo, las solicitudes de acceso pueden realizarse respecto tanto a la información producida por los órganos de contratación como a la que hayan facilitado o generado los empresarios, licitadores o contratistas a lo largo del ciclo contractual⁵¹.

La legislación de transparencia hace una exhaustiva regulación del procedimiento para tramitar las solicitudes de acceso a la información⁵². Asimismo, regula los mecanismos para la garantía del derecho de acceso⁵³.

c) *Los límites a la transparencia en la legislación de transparencia*

La transparencia puede ser limitada cuando el conocimiento de la información pueda suponer un perjuicio a determinados derechos o intereses⁵⁴.

La aplicación de los límites no es automática, sino que debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto. Al respecto, como se recuerda en el preámbulo de la Ley 19/2013, «los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad». En otras palabras, la concurrencia de un interés o derecho protegido por un límite no supone obligatoriamente la denegación del acceso a la información pública⁵⁵. Asimismo, es necesario que la difusión o el acceso a la información suponga un perjuicio concreto, definido y evaluable⁵⁶.

50. Artículo 13 Ley 19/2013.

51. Por ello, los adjudicatarios de un contrato público estarán obligados a suministrar al órgano de contratación la información necesaria para dar respuesta a una solicitud de acceso a la información (artículo 4 Ley 19/2013). En esta dirección, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno dispone que «los contratos del sector público deben incluir las obligaciones de los adjudicatarios de facilitar información establecidas por la presente Ley, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia».

52. Artículos 17-22 Ley 19/2013. Véase un análisis exhaustivo en FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2014, y RAMS RAMOS, 2016.

53. Artículo 39 Ley 19/2013. Véase, con carácter general, FERNÁNDEZ RAMOS, 2017.

54. Preámbulo Ley 19/2013: «este derecho [el de acceso a la información pública] solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos».

55. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos recuerdan que «los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos» (criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio).

56. Criterio interpretativo CTBG 2/2015, de 24 de junio.

Cuando un límite no afecte a la totalidad de la información, la Administración pública debe conceder el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido, indicando al solicitante que parte de la información ha sido omitida⁵⁷.

Los límites del derecho de la transparencia que recoge la Ley 19/2013 son los siguientes⁵⁸: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; la protección del medio ambiente y los datos de carácter personal.

2.2.2

Los mecanismos de transparencia en la legislación de contratación pública

La legislación de contratación pública incluye mecanismos específicos de transparencia. En las próximas páginas, la atención se centrará en aquellos mecanismos a través de los que los órganos de contratación difunden o facilitan el acceso a la información contractual. Sin embargo, más allá de estos mecanismos, no se puede desconocer que la transparencia tiene otras manifestaciones en la contratación pública estrechamente vinculadas a los procedimientos de adjudicación que se utilicen⁵⁹.

La nueva LCSP incluye algunas novedades en la regulación de los distintos mecanismos de transparencia. Algunas de estas novedades se introdujeron durante la tramitación parlamentaria. Desde un punto de vista general, una de las principales novedades, que sin duda supone un reconocimiento a la importancia del principio de transparencia en la contratación pública, la constituye la inclusión del incumplimiento de las obligaciones de transparencia como

⁵⁷. Artículo 16 Ley 19/2013.

⁵⁸. Artículos 14 y 15 Ley 19/2013. Véase un análisis detenido en AA. VV., 2017.

⁵⁹. Gimeno Feliu valora que «con la nueva LCSP/2017 se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido» (GIMENO FELIU, 2018, 113). De este modo, se da respuesta al caballo de Troya que, según el autor citado, contenía la legislación de contratos desde 2007 (GIMENO FELIU, 2017b, 63).

causa de nulidad del contrato. En efecto, la LCSP dispone que la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el medio que sea preceptivo constituye una causa de nulidad de pleno derecho de un contrato⁶⁰.

La LCSP prevé diversos mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia. En primer lugar, la interposición de un recurso especial en materia de contratación pública contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir los contratos sujetos a regulación armonizada⁶¹. En segundo lugar, la intervención de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, a la que se atribuye, entre otras funciones, verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas en materia de transparencia⁶².

a) *El perfil de contratante*

Los órganos de contratación deben difundir a través del perfil de contratante la información y la documentación relativas a su actividad contractual⁶³.

La difusión de la información sobre los contratos a través del perfil de contratante persigue asegurar un conocimiento adecuado de la información de las licitaciones por parte de los posibles licitadores, y de las reglas o criterios de adjudicación de los contratos, con el fin de limitar las facultades discrecionales de los órganos de contratación y garantizar el control del cumplimiento de las reglas previstas⁶⁴.

La LCSP ha mejorado la regulación del perfil de contratante, otorgándole «un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad»⁶⁵.

La LCSP dispone la difusión en el perfil de contratante de un gran volumen de información, entre la que destaca⁶⁶:

- Información relativa al órgano de contratación (puntos de contacto, números de teléfono y de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos, así como la información particular relativa a los contratos que celebre).

60. Artículo 39 LCSP.

61. Artículo 44 LCSP.

62. Artículo 332.6 LCSP.

63. Artículo 63.1 LCSP.

64. ARROWSMITH & ANDERSON, 2011, 286.

65. Preámbulo LCSP.

66. Artículo 63 LCSP. Resulta de interés observar cómo la información que se debe difundir en el perfil de contratante se ha incrementado durante la tramitación parlamentaria de la LCSP.

- Memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, y el documento de aprobación del expediente.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, o documentos equivalentes, en su caso.
- Objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el IVA.
- Anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos, y de resultados de concursos de proyectos.
- Medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato, y los enlaces a esas publicaciones.
- Número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incurso en presunción de anormalidad y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato.
- Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.
- Información relativa a los contratos menores (objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario).
- Procedimientos anulados.
- Composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación y la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor. Asimismo, el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos⁶⁷.

67. Martínez Fernández ha reconocido el interés de publicar el nombre de los integrantes de las mesas *para la prevención de los conflictos de intereses* (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2016, 398).

La lectura de la relación anterior permite observar el gran volumen de información que los órganos de contratación deben difundir a través del perfil de contratante. Asimismo, permite señalar la falta de coordinación entre la información que se debe difundir a través del portal de contratante y la que se debe difundir a través del portal de transparencia. Más allá de la remisión desde el portal de transparencia al portal de contratante, sería deseable la máxima interconexión e interoperabilidad entre ambos instrumentos⁶⁸.

En última instancia no se puede desconocer que la finalidad de uno u otro instrumento es distinta. Asimismo, los efectos jurídicos también son distintos, puesto que la difusión de información a través del perfil de contratante puede tener determinados efectos⁶⁹.

b) *La publicación de anuncios*

La LCSP dispone la obligación de publicar diversos anuncios para garantizar la igualdad en el acceso a las licitaciones públicas y facilitar la transparencia de las distintas fases del procedimiento de licitación. Para ello, es necesario que durante la preparación del procedimiento de contratación exista un alto nivel de publicidad, para que todas las empresas interesadas puedan conocer la licitación y preparar adecuadamente su propuesta y, posteriormente, conocer los resultados de la licitación. Inicialmente esta publicidad se lleva a cabo a través de la publicación de anuncios en los boletines y diarios oficiales, pero también a través del acceso a los mismos desde el perfil de contratante⁷⁰.

En particular, la LCSP prevé la publicación del anuncio de información previa con el que los órganos de contratación pueden dar a conocer los con-

68. El artículo 5.4 Ley 19/2013 prevé que se establecerán los mecanismos adecuados para garantizar la interoperabilidad de la información publicada en cumplimiento de las obligaciones de transparencia. En particular, el artículo 11 Ley 19/2013, que no tiene carácter básico, dispone que el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado contendrá información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente que deberán adecuarse, entre otros, al principio de interoperabilidad, por lo que deberá ser conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010, de 8 de enero).

69. En particular, la LCSP dispone que «el sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo» (artículo 63.7). En relación con los efectos, resulta significativo lo previsto con carácter general en el artículo 340.5 LCSP. Véase, al respecto, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2015.

70. La publicación en los diarios oficiales de los anuncios de licitación presenta numerosas limitaciones (RIVERO ORTEGA, 2004). Al respecto, no se puede desconocer que «España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros» (Recomendación de Decisión de la Comisión de 27 de julio de 2016). Posteriormente ha insistido en esta observación el Documento de Trabajo de la Comisión *Informe sobre España 2017* de 22 de febrero de 2017 [SWD(2017) 74 final].

tratos que tienen previsto licitar en los doce meses siguientes a su publicación⁷¹. También a la publicación de los anuncios de licitación en el perfil de contratante y, en los supuestos previstos en la LCSP, el Boletín Oficial del Estado y el Diario Oficial de la Unión Europea⁷². Asimismo, a la publicación de la adjudicación y del anuncio de formalización del contrato en el perfil de contratante y, en su caso, el Diario Oficial de la Unión Europea y el Boletín Oficial del Estado⁷³.

c) *El acceso a la información contractual*

Los interesados en una licitación pueden acceder a los pliegos y a la documentación complementaria a través del perfil de contratante⁷⁴. Asimismo, los licitadores pueden solicitar acceder a la información relativa al contrato adjudicado, con lo que podrán conocer en detalle los motivos por los que no se les ha adjudicado el contrato y poder, en su caso, ejercer el derecho a interponer recurso especial en materia de contratación⁷⁵. Los interesados también pueden solicitar el acceso al expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso⁷⁶.

El acceso a la información previsto en la legislación contractual tiene una estrecha vinculación con la defensa de los intereses de los licitadores, que, más allá de que les permite tener conocimiento de las condiciones en las que se desarrolla el procedimiento contractual, pueden solicitar el expediente para ejercer su derecho de defensa⁷⁷.

La información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria solicitada debe ser enviada a los interesados en el plazo de seis días desde la recepción de la solicitud, que debe haberse presentado en los plazos y con la antelación indicada⁷⁸. Si la información no se pone a disposición del solicitante en el plazo previsto, se deberán prorrogar los plazos para la recepción de las ofertas, de manera que todos los interesados afecta-

71. Artículo 134 LCSP. De este modo, se facilita la igualdad de oportunidades y se incrementa la concurrencia, al disponer los potenciales licitadores de más tiempo para preparar su oferta (MALARET GARCÍA, 2016, 41).

72. Artículo 135 LCSP.

73. Artículos 151.1 y 154.1 LCSP, respectivamente.

74. Artículo 138.1 LCSP.

75. Artículo 151.2 LCSP.

76. Artículo 52.1 LCSP.

77. Así, para González-Varas, «si existe una arbitrariedad manifiesta que se está invocando por un licitador, acaso debiera entenderse que debe darse la información que se pide, al licitador, una vez que se están invocando claros indicios de arbitrariedad en lo actuado. Y ello porque el derecho a la información habrá de ser adecuado, en cada fase, al ejercicio concreto del derecho de defensa, evitando se produzca indefensión (...) La confidencialidad no puede ser una excusa para burlar el derecho de defensa, debiéndose llegar a un equilibrio entre confidencialidad y transparencia» (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2016).

78. Artículo 138.3 LCSP.

dos puedan tener conocimiento de la información necesaria para preparar sus ofertas⁷⁹.

En el caso de la solicitud de acceso al expediente, debe formularse dentro del plazo de interposición del recurso especial, y el acceso se deberá facilitar en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud⁸⁰. La falta de acceso al expediente no exime al interesado de interponer el recurso en el plazo establecido⁸¹.

La solicitud de acceso a la información no comporta la obligación de facilitar una copia de la información solicitada⁸².

d) La motivación de las decisiones

La LCSP dispone otro mecanismo de transparencia en relación con cada decisión que se adopte en un procedimiento de contratación. En particular, se prevé que los órganos de contratación tienen la obligación de motivar las distintas decisiones que tomen a lo largo de la tramitación del procedimiento de contratación, por ejemplo, respecto a la selección de los criterios que se utilizarán para la adjudicación del contrato, la exigencia de garantía provisional o a la adjudicación del contrato⁸³. Con la motivación se facilita a los licitadores información sobre las decisiones que se han tomado en la tramitación del procedimiento de licitación, lo que redundará positivamente no solo en la transparencia en la contratación, sino también en la igualdad de los licitadores, y constituye un instrumento para el control del adecuado desarrollo del procedimiento⁸⁴.

Sin embargo, esta obligación se excepciona en algunos supuestos en los que el órgano de contratación puede no publicar determinada información relativa a la celebración del contrato. Así, por ejemplo, cuando la publicación de la información pueda obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia legal entre ellas⁸⁵.

Finalmente, se debe tener presente que la motivación debe ser suficiente⁸⁶.

79. Artículo 136.2 LCSP.

80. Artículo 52.2 LCSP.

81. Artículo 52.3 LCSP.

82. En esta dirección se puede traer a colación, por todas, la Resolución 1070/2016, de 22 de diciembre de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se señala que «cabe recordar que la normativa contractual no impone a la entidad contratante, cuando concede vista del expediente a los licitadores, facilitar copias del mismo».

83. Artículos 145, 106.1 y 151.1 LCSP, respectivamente.

84. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2016, 258.

85. Artículo 154.7 LCSP.

86. En esta dirección, la Resolución 947/2014, de 18 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recuerda que «para que el requisito de motivación se cumpla no basta con el mero hecho de que las razones de la adjudicación resulten accesi-

e) Los registros y plataformas

Finalmente, el último instrumento de transparencia a través del que se puede tener conocimiento de la información contractual es el acceso a los distintos registros y plataformas previstos en la LCSP.

En primer lugar, el acceso al Registro de Contratos del Sector Público, en el que se recogen los datos básicos de los contratos adjudicados por las Administraciones públicas y entidades del sector público, siempre y cuando no hayan sido previamente publicados o no se vean afectados por los límites previstos en la legislación⁸⁷. La información que consta en el Registro de Contratos del Sector Público constituye el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, y para la estadística en materia de contratos públicos.

En segundo lugar, el acceso al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que puede contener información de las empresas (personalidad y capacidad de obrar; facultades de los representantes o apoderados; autorizaciones o habilitaciones profesionales; solvencia económica y financiera; clasificación; prohibiciones de contratar)⁸⁸. El Registro será público previa identificación de la persona que acceda⁸⁹.

En tercer lugar, el acceso a la Plataforma de Contratos del Sector Público, que aglutina toda la información recogida en los perfiles de contratante del conjunto de Administraciones públicas y entidades del sector público. El acceso a la Plataforma se realiza a través de un portal único⁹⁰. La Plataforma de Contratos del Sector Público es gestionada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Las comunidades autónomas también pueden establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público, aunque deben publicar, bien directamente o por interconexión con

bles por otros medios distintos al contenido del acuerdo de adjudicación y, en su caso, documentación a la que se remita y que sea acompañada al mismo al notificarse a los licitadores, puesto que la Ley exige que sea precisamente con la notificación del acuerdo de adjudicación como se haga llegar a los licitadores el conocimiento de las razones determinantes de la decisión adoptada, a fin de que dentro del plazo legal que comienza a contar desde dicho momento se pueda interponer recurso suficientemente fundado, sin que pueda exigirse de los licitadores una búsqueda de la información disponible para conocer las razones de la adjudicación, razones que se les tienen que facilitar de modo suficiente con su notificación, según venimos insistiendo».

⁸⁷. Artículo 346 LCSP.

⁸⁸. Se prevé la creación de un registro dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (artículos 337.2 y 340 LCSP) y otros que podrán ser creados por las comunidades autónomas (artículos 337.3 y 341 LCSP).

⁸⁹. Artículo 344 LCSP.

⁹⁰. Artículo 347.1 LCSP.

dispositivos electrónicos de agregación de la información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público⁹¹. La información se publicará en estándares abiertos y reutilizables⁹².

f) *Los límites a la transparencia en la legislación de contratación pública*

La LCSP dispone como límite de la transparencia en la contratación pública la protección de la confidencialidad de aquella información cuyo conocimiento público pueda afectar a la competitividad de los propios licitadores, o a la concurrencia en la contratación pública⁹³.

La LCSP establece que los empresarios pueden designar como confidencial aquella información incluida en su oferta relativa a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia⁹⁴. La LCSP extiende el alcance de la confidencialidad a la información a la que se haya dado carácter reservado en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal⁹⁵.

El principal problema en relación con la declaración de confidencialidad reside en la determinación de su alcance, aspecto este de interés por el impacto que puede tener en la transparencia de la contratación⁹⁶. Como principio general, debe tenerse en cuenta que la declaración de confidencialidad no puede extenderse a toda la oferta, debiéndose realizar una valoración caso a caso⁹⁷. Al respecto, es necesario buscar el equilibrio entre la protección de la

91. Artículo 347.3 LCSP.

92. Artículo 347.8 LCSP.

93. Al respecto, resulta de interés la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *VAREC*, de 14 de febrero de 2008, en la que se recuerda que «es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores». Asunto C-450/06, apartado 35. Véase sobre esta cuestión RAZQUIN LIZARRAGA, 2018.

94. Artículo 133.1 LCSP.

95. Artículo 133.2 LCSP.

96. Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se señala que «en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario».

97. Artículo 133.1 LCSP. De este modo, se recoge en el texto de la Ley un criterio ampliamente reconocido por la jurisprudencia y en las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales. Al respecto es clara la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Informe 11/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el que se afirma que «la declaración de confidencialidad ha de ser necesaria y proporcional a la finalidad o interés que se pretende proteger». Igualmente, entre otras, la Resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 21/2017, de 1 de febrero.

confidencialidad y la garantía de la transparencia, para evitar que un principio se pueda ver «perjudicado más allá de lo necesario»⁹⁸ y, en última instancia, que se desnaturalice el principio de transparencia. En esta dirección, la LCSP dispone como límite de la confidencialidad la legislación de transparencia y las normas de transparencia previstas en la propia LCSP⁹⁹.

Asimismo, se prevé que la declaración de confidencialidad deba motivarse adecuadamente y de manera suficiente¹⁰⁰.

Más allá de la declaración de confidencialidad que realicen los empresarios, corresponde a los órganos de contratación garantizar que la declaración de confidencialidad se ajuste al principio de transparencia, y que afecte realmente a aquello que deba considerarse como confidencial.

3

Reflexiones finales

La contratación electrónica y la transparencia contribuyen a la apertura de la contratación pública, que constituye la manifestación de los principios del gobierno abierto en la contratación pública. La contratación abierta persigue fortalecer el diálogo entre las Administraciones públicas y la ciudadanía para incrementar el conocimiento de la actividad contractual pública, la participación en la toma de decisiones públicas en este ámbito y la colaboración de la ciudadanía en la adjudicación, ejecución, seguimiento y control de la contratación pública¹⁰¹.

98. Así se ha venido reconociendo ampliamente. Como afirma el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, «ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho de defensa de un licitador descartado, y el derecho de protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario».

99. Artículo 133.1 LCSP. Al respecto, la Resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 253/2017, de 26 de julio, recuerda que la normativa de contratos públicos debe ser interpretada a la luz de la normativa de transparencia.

100. La Resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública 253/2017, de 26 de julio, señala al respecto que «la declaración de confidencialidad hecha por los licitadores no puede tener solo una motivación genérica, sino que debe indicar con precisión los documentos concretos afectados y las razones objetivas y específicas que la justifican» (fundamento jurídico 3). Asimismo, la Sentencia de 13 de enero de 2017, Deza, asunto T189/14, recuerda que «correspondía a la demandante indicar en qué revestían dichos datos un carácter confidencial» (apartado 71).

101. Véase un análisis en detalle en CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017a.

En los últimos años, se ha ido reconociendo el impacto positivo de la contratación abierta en la libertad de acceso a las licitaciones y la libre concurrencia, en la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, en la estabilidad presupuestaria, el control del gasto y la eficiencia en el uso de los fondos públicos, y, en última instancia, en la integridad en la contratación pública¹⁰². Asimismo, la contratación abierta es un instrumento útil para mejorar el control de las Administraciones públicas y la rendición de cuentas de sus gestores en relación con la adjudicación y ejecución de los contratos públicos. Todo ello debe redundar en un fortalecimiento de la confianza de la ciudadanía, en general, y de las empresas licitadoras, en particular, sobre la actividad contractual, que en ocasiones se ha visto afectada por las irregularidades y los casos de corrupción¹⁰³.

La LCSP ha dado un paso adelante en la consolidación del uso de los medios electrónicos y la transparencia en la contratación pública¹⁰⁴. Sin embargo, a pesar de los avances, la LCSP no ha ido tan lejos como hubiese sido deseable, extendiendo por defecto la apertura a todo el ciclo contractual. En efecto, la LCSP no plasma en su articulado prácticamente ningún mecanismo que permita integrar los intereses, visiones o recursos de la ciudadanía en el ciclo contractual, ni que facilite un auténtico diálogo con ella en esta materia¹⁰⁵.

A pesar de ello, no se puede desconocer que la LCSP ha regulado ampliamente el uso de los medios electrónicos. Sin embargo, a pesar de lo previsto en esta norma, se debe reconocer que la contratación abierta no solo se basa en el uso de los medios electrónicos en la presentación de las ofertas o en la tramitación de los procedimientos de licitación¹⁰⁶. La con-

102. Así lo resumen los *Principios Globales para las Contrataciones Abiertas*, al afirmar que «una amplia divulgación y participación en las contrataciones públicas contribuirá a que las contrataciones sean más competitivas y justas, mejorando el desempeño contractual y asegurando el logro de los resultados de desarrollo previstos». Accesibles en <http://www.open-contracting.org/comenzar/principios-globales/?lang=es> (última consulta: marzo de 2018).

103. En esta dirección se pronuncia la Declaración final de la Cumbre anticorrupción celebrada en Londres en mayo de 2016, al afirmar que «*we will ensure public contracts are awarded and managed openly, accountably and fairly, consistent with applicable law – making public procurement open by default – so that citizens and businesses can have a clear public record of how public money is spent*». Accesible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_-_AC_Summit_Communique_-_May_2016.pdf (última consulta: marzo de 2018).

104. Resultan significativos los cambios introducidos en esta materia durante la tramitación parlamentaria del proyecto LCSP. Véase, al respecto, CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017b.

105. CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017b.

106. Como se ha señalado en otra ocasión, «la contratación abierta es algo más que la contratación pública electrónica (...)». En cualquier caso, no puede ignorarse la estrecha vinculación entre ambos proyectos ya que, de hecho, la contratación electrónica produce datos en formatos electrónicos que pueden favorecer la contratación abierta. Por eso, a pesar de lo

tratación abierta también supone la incorporación de la innovación a través de las tecnologías 2.0 (como las redes sociales, los blogs o los wikis), de las tecnologías cívicas o del análisis de datos masivos para facilitar la transparencia pública y el diálogo de las Administraciones públicas con la ciudadanía, o canalizar la colaboración ciudadana en el seguimiento de la actividad contractual o la lucha contra la corrupción en la contratación pública¹⁰⁷.

La LCSP también ha reforzado la regulación de los mecanismos de transparencia¹⁰⁸. Desde la perspectiva de la contratación abierta, resulta de interés observar cómo a lo largo de la tramitación parlamentaria se amplió la información a difundir en los perfiles de contratante, y se incorporó que la información se difundiría en ellos en formatos abiertos y reutilizables¹⁰⁹. La difusión de datos abiertos tiene un impacto positivo en la libre concurrencia y en la igualdad en la contratación, al permitir que los licitadores puedan tener un mejor conocimiento de las licitaciones y de los procedimientos de licitación, lo que, con el tiempo, redundará en licitaciones más competitivas¹¹⁰. Pero, sobre todo, permite su reutilización por la ciudadanía, que puede contribuir a incrementar la transparencia de los contratos públicos, pero también al fortalecimiento de la integridad pública, la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción.

En cualquier caso, la LCSP sienta unas bases para la apertura de la contratación pública y deja en manos de los órganos de contratación la oportunidad de innovar en la contratación pública y, de este modo, avanzar en la senda de la apertura de la contratación pública, con el fin de acercar más aún los contratos públicos a las necesidades de la ciudadanía y de las propias Administraciones públicas.

que se ha dicho, debe tenerse presente que, en ocasiones, contratación electrónica y contratación abierta pueden fusionarse en un único concepto con el objetivo común de mejorar la eficacia, la transparencia y la participación en la contratación pública» (CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017a, 18).

Asimismo, como pone de relieve Martín Delgado, «no ha existido un planteamiento global de reforma ni se ha entendido la contratación pública electrónica como un proceso amplio que consiste no solo en la incorporación de los medios electrónicos a los procesos de contratación, sino también en la realización de cambios organizativos y estructurales» (MARTÍN DELGADO, 2018, 1713).

¹⁰⁷. CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017a, 18.

¹⁰⁸. A pesar de ello, la LCSP no ha avanzado tanto como hubiese sido deseable. Véanse diversas propuestas para mejorar el proyecto de LCSP en GIMENO FELIU, 2017b, 63; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2015; y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2017.

¹⁰⁹. Artículos 63.1 LCSP y 347.3 LCSP. Véase al respecto CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017b.

¹¹⁰. CERRILLO I MARTÍNEZ, 2017b.

Referencias bibliográficas

- AA. VV. (2017). *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- ANDERSEN, T. B. (2009). «E-Government as an anti-corruption strategy». *Information Economics and Policy*, 21(3), 201-210.
- ARROWSMITH, S. & ANDERSON, R. D. (2011). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BERTOT, J. C., JAEGER, P. T. & GRIMES, J. M. (2010). «Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies». *Government Information Quarterly*, 27(3), 264-271. doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2010.03.001>
- BRANDEIS, L. (1914). *Other People's Money-and How Bankers Use It (cap. V)*.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016a). «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 15.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2016b). «Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales». En D. CANALS AMETLLER (ed.), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017a). *Contratación Abierta*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017b). «La contratación abierta en la futura Ley de contratos del sector público». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 150, 6-20.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. & CASADESÚS DE MINGO, A. (2018). «El impacto de la gestión documental en la transparencia de las Administraciones públicas: la transparencia por diseño». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 19, 6-16. doi:10.24965/gapp.v0i19.10515.
- COMISIÓN EUROPEA (2010). *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE –COM(2010) 571 final*.
- COTINO HUESO, L. (2013). «Del “deber de publicidad” de Brandeis al “Open Government” de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías». En G. ESCOBAR ROCA (ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*. Madrid: Dykinson.
- COTINO HUESO, L. (2017). «La regulación del uso de medios electrónicos en la difusión activa de información pública y el ejercicio del derecho de

- acceso». En I. MARTÍN DELGADO (ed.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. (2018). «¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0?». En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017). «La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública». *Revista General de Derecho Administrativo*, 45.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2014). «Procedimiento administrativo e información del sector público». En J. VALERO TORRIJOS & M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (eds.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información* (pp. 281-321). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- GALLARDO CASTILLO, M.^a J. (2011). «Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo». En Á. SÁNCHEZ BLANCO, M. Á. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN & J. L. RIVERO YSERN (eds.), *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern* (pp. 165-177). Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017a). «Breves notas sobre el uso de medios electrónicos en la contratación pública». En I. MARTÍN DELGADO (ed.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017b). «Contratación pública e innovación tecnológica». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, 193-219.
- GIL CONDÓN, M. Á. (2018). «La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación». En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- GIMENO FELIU, J. M.^a (2017a). «La “debilidad” del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas». Accesible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.306/recategoria.208/reلمenu.3/chk.853b63c4e4563ea7981534f8d399cb27>
- GIMENO FELIU, J. M.^a (2017b). «Medidas de prevencion de corrupcion y refuerzo de la transparencia en la contratacion publica». *Revista de Estu-*

- dios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 7, 47-69. doi:10.24965/reala.v0i7.10419
- GIMENO FELIU, J. M.^a (2018). «La nueva regulación de la contratación pública desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente». En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2016). «El particular entendimiento de la publicidad y de la transparencia en fase de licitación». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 142, 22-28.
- MALARET GARCÍA, E. (2016). «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia». *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15, 21-60.
- MARTÍN DELGADO, I. (2018). «El uso de los medios electrónicos en la contratación pública». En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2015). «“Transparencia” vs “transparencia” en la contratación pública: medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción». *Diario La Ley*, 8607.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwer; El Consultor de los Ayuntamientos.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2017). «Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública». *Revista jurídica de Castilla y León* (41), 1-46.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2015). *La contratación pública electrónica. Análisis y propuestas de transposición de las directivas comunitarias de 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2017). «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. la relación entre las leyes 39 y 40 de 2015 y las directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición». En I. MARTÍN DELGADO (ed.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2018). «Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición».

- En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1205-1234). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- MELLADO RUIZ, L. (2017). *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMS RAMOS, L. (2016). «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública». *Revista General de Derecho Administrativo*, 41.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2011). «La Ley de Contratos del Sector Público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial para los entes locales». *Revista de Administración Pública*, 186 (septiembre-diciembre), 53-89.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a (2018). «El principio de confidencialidad en la contratación pública». En J. M.^a GIMENO FELIU (ed.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1615-1656). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi.
- RIVERO ORTEGA, R. (2004). «¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 121, 25-47.
- ROSE-ACKERMAN, S. & TRUEX, R. (2012). *Corruption and Policy Reform*. Paper presented at the Copenhagen Consensus Project, Copenhagen.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2014). «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública». En J. E. SORIANO GARCÍA (ed.), *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (vol. 2, pp. 1901-1932). Madrid: Iustel.

El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP*

EDUARDO GAMERO CASADO¹

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.
Consejero de Montero-Aramburu Abogados*

- 1. Introducción: más ruido que nueces**
- 2. Marco normativo**
- 3. Relaciones por medios electrónicos**
 - 3.1. Derecho y deber al medio electrónico
 - 3.2. Canales de comunicación del licitador con la Administración: la presentación de ofertas y documentos y las incidencias técnicas
 - 3.3. Canales de la Administración con el licitador: notificaciones y comunicaciones electrónicas
- 4. Publicidad activa**
- 5. Identificación, firma y apoderamiento electrónicos**
- 6. Los procedimientos electrónicos de contratación; en particular, los sistemas dinámicos de adquisición**
- 7. Catálogos electrónicos**

Resumen

La contratación electrónica pretende ser una apuesta estratégica de la Unión Europea y del legislador español. Pero la nueva LCSP solo transmite esa impresión en su Exposición de Motivos. El régimen jurídico de la materia es tan decepcionante como lo fue en 2007, y reincide en los

Artículo recibido el 20/09/2018; aceptado el 25/09/2018.

* Este trabajo tiene su antecedente inmediato en el artículo «Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018, pp. 447 y ss., del que es una puesta al día.

1. ORCID 0000-0002-6734-8672.

mismos defectos. Además de su pésima sistemática, impone el deber de usar el medio electrónico desde su entrada en vigor, sin articular los medios necesarios para facilitar el acceso. La nueva LCSP solo aporta algunas novedades significativas en materia de publicidad activa, el resto de sus contenidos es mera traslación del articulado de la Directiva 2014/24/UE, alguna de cuyas previsiones (como los catálogos electrónicos) incluso se ha omitido en la trasposición.

Palabras clave: *contratación pública; administración electrónica; contratación electrónica; perfil del contratante; plataformas de contratación; catálogos electrónicos.*

The use of electronic, computing and telematic means in the new legislation on public procurement

Abstract

Electronic contracting pretends to be a new strategy of the European Union and the Spanish legislator. However, the new Law 9/2017, of 8 October, on public procurement, only provides this idea in its preamble. The legal framework regarding this matter is as disappointing as it was in 2007, and it perseverates in the same mistakes. Beyond its disastrous systematization, the new legislation imposes the duty of using electronic means just after its entrance into force without articulating the necessary tools for allowing the access. The new legislation only provides some new insights regarding the matter of active publicity, the other rules are a mere transposition of Directive 2014/24/EU which some of its provisions –like those concerning electronic catalogues– have been omitted in the new Spanish legislation.

Keywords: public procurement; electronic administration; electronic contracting; contractor's profile; contracting platforms; electronic catalogues.

1

Introducción: más ruido que nueces

La lectura de la Exposición de Motivos de la nueva LCSP enfatiza la voluntad de potenciar la contratación electrónica, y aludiendo a «la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica», la convierte, aparentemente, en uno de sus ejes transversales. No en vano, se han

puesto repetidamente de manifiesto las virtudes que entraña el empleo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública, aspecto suficientemente destacado en la doctrina² y en el plano europeo³, incitando a la generalización de la implantación de estos medios, aspecto sobre el que es innecesario abundar ahora.

Sin embargo, tanto la manera en la que ha quedado regulada la cuestión como las determinaciones que se van tomando en lo relativo a su aplicación desmienten esa primera y superficial impresión. Todo cuanto de bueno tiene la LCSP procede de las Directivas traspuestas, y no hay en ella una sola aportación positiva de cosecha propia, más allá de lo referente a las plataformas de contratación, como veremos en su lugar.

En este trabajo no se pretende exponer en detalle el régimen de la contratación electrónica en toda su amplitud y potencialidad, sino centrarse en las concretas consecuencias que aporta la nueva Ley⁴. Y como primera valo-

2. Véase especialmente MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 y ss.; pero también GALLEGU CÔRCOLAS, I.: «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 2017, pp. 193 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi/Thomson/Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 378 y ss.; PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F.: *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2009; DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley-El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2011; FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, CEMCI, Granada, 2013; GAMERO CASADO, E.: «Las reglas generales de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 71, 2008, pp. 103 y ss.; MORENO MOLINA, J. A.: «Administración electrónica y contratación pública», en PIÑAR MAÑAS, J. L., *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011; y MEDINA ARNÁIZ, T.: «La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la administración electrónica», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 22, 2010, pp. 69 y ss.

3. Véanse especialmente el *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública en la UE*, de 18/10/2010, COM (2010) 571 final; así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración pública*, de 26/6/2013, COM (2013) 453 final. Aunque tampoco pueden pasarse por alto las abundantes referencias a la conveniencia de impulsar los medios electrónicos que incorporan los considerandos de las Directivas de cuarta generación, y en particular la 2014/24/UE, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*, de 19/4/2016, COM (2016) 179 final. Sobre estas y otras iniciativas comunitarias véase el reciente análisis de MARTÍN DELGADO, I.: «El uso de medios electrónicos en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1665 y ss.

4. Para un estudio más detallado de estas cuestiones pueden consultarse los diferentes capítulos que analizan la materia en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÔRCOLAS, I. (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GIMENO FELIU, J. M.^a (dir.):

ración general, es inevitable adherirse a la unánime crítica de cuantos hasta ahora han analizado el régimen de la contratación electrónica en la nueva LCSP⁵. Las deficiencias de que adolece la Ley son tanto de técnica normativa (principalmente, sistemáticas) como de alcance sustantivo (contenido material), evidenciando una visión muy empobrecedora del régimen de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública; unas carencias de que ya adolecía la Ley en 2007 y que el nuevo texto no ha remediado. Por lo demás, este atraso en la contratación electrónica se percibe también en la práctica, como demuestra el hecho de que otras economías menos potentes que la española hayan implantado plataformas de contratación mucho más eficientes, como es el caso de Chile⁶ o Portugal⁷.

2

Marco normativo

La sistemática de la LCSP en materia de contratación electrónica deja mucho que desear.

En primer lugar, el cuerpo principal de la contratación electrónica se regula en un lugar de escasísima visibilidad para los operadores: las disposiciones adicionales decimoquinta a decimoséptima. Con arreglo a las directrices de técnica normativa⁸, este tipo de disposiciones incorpo-

Estudio Sistemático..., *op. cit.*; y CAMPOS ACUÑA, C. (dir.): *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2018; así como CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A.: *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Ediciones del BOE, Madrid, 2018, pp. 607 y ss.

5. Comenzando por los trabajos incluidos en GAMERO CASADO, E. y GALLEGÓ CÓRCOLES, I. (dirs.): *Tratado de contratos...*, *op. cit.*, podemos citar los siguientes: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas», pp. 1910 y ss.; FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», pp. 2029 y ss.; y GALLEGÓ CÓRCOLES, I.: «El derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual», pp. 135 y ss. Otras interesantes e igualmente críticas aportaciones son: MARTÍN DELGADO, I.: «El uso de medios electrónicos...», *op. cit.*, pp. 1672 y ss.; y CASES PALLARÉS, J.: «La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público», *Cun. Revista de Estudios Locales*, n.º 205 (monográfico sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público), 2017, pp. 34 y ss.

6. Véase la plataforma de compras públicas de Chile, *Chilecompra*, accesible en <http://www.chilecompra.cl/> (última visita: 4/6/2018). El legislador español podía haber tomado nota de la aportación de GARCÍA JIMÉNEZ, A.: «El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra», *Revista de Administración Pública*, n.º 219, 2016, pp. 363 y ss.

7. Se puede acceder a la plataforma de contratación portuguesa (con información sobre la legislación aplicable) en <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage> (última visita: 4/6/2018).

8. Resolución de 28/7/2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22/7/2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, *BOE* n.º 180, de 29/7/2005.

ran «las reglas que no puedan situarse en el articulado sin perjudicar su coherencia y unidad interna», y en particular, conforme a la pauta 39 d) de las directrices, en estas disposiciones se contienen «Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma». Esa es la consideración que merece la contratación electrónica para nuestro legislador (a pesar de la rimbombante Exposición de Motivos): la de «preceptos residuales». Pero además de este error de categorización, la LCSP cuenta con un estupendo Título Preliminar, cuya rúbrica es «Disposiciones generales», y no parece que tenga difícil acomodo en su seno un capítulo específico sobre el uso de las tecnologías de la información en la contratación pública. En comparación, las Directivas traspuestas incorporan tales determinaciones directamente en el articulado.

En segundo lugar, hay que lamentar la asistemática que presenta la secuencia de las disposiciones adicionales en comentario, pues la decimo-sexta debía aparecer en primer lugar, al ser la de contenidos más genéricos, emplazándose tras ella las otras dos. La ordenación elegida por el legislador introduce mayor oscuridad en la materia, complicando su adecuada interpretación.

En tercer lugar, es asimismo lamentable la sistemática interna de cada una de estas disposiciones, con reglas que se repiten, preceptos redactados con párrafos sin numerar (complicando su identificación y cita en cualquier escrito), y con una falta de rigor lógico que nuevamente dificulta la labor del intérprete.

Por último, es también llamativa la desconexión de estas disposiciones con el texto articulado, operando como si fueran un apósito inconexo y desgajable de la Ley a la que pertenecen. Este desapego se produce bidireccionalmente: ni el articulado remite a estas disposiciones, ni viceversa. Así, cuando se leen las adicionales, parece que no existan los perfiles de contratante; o cuando se estudia el régimen de las comunicaciones y notificaciones en el recurso especial en materia de contratación (art. 54 LCSP) nada hace sospechar al intérprete que la disposición adicional decimoquinta contiene reglas esenciales para determinar el régimen jurídico de tales comunicaciones y notificaciones.

En definitiva, un lamentable despropósito cuyas consecuencias no son meramente literarias, pues se resiente la seguridad jurídica (principio esencial proclamado en el art. 9.3 CE) y se perjudica la labor de los operadores jurídicos, además de generarse riesgos innecesarios en la adecuada salvaguarda de los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, por las dificultades añadidas de interpretación que suponen estos defectos de técnica normativa.

Al escenario apuntado se debe añadir el autismo normativo de que hace gala la LCSP, que se diría autosuficiente en materia de contratación electrónica, y no contiene ni una sola remisión a lo dispuesto en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), ni en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Es cierto que juega en todo caso la supletoriedad de las normas administrativas aprobadas por el Estado en ejercicio de sus competencias constitucionales sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico de las Administraciones públicas⁹. En este sentido es llamativo que la disposición final cuarta LCSP únicamente evoque la aplicación supletoria de la LPAC, cuando también es aplicable la LRJSP, en toda la contratación del sector público, y no solo en lo relativo a los medios propios personificados (como da a entender esa disposición final, apartado 3).

La cuestión no es menor, porque la aplicación supletoria de esas normas es imprescindible para integrar ciertos aspectos que no aparecen regulados en la LCSP ni han sido objeto de desarrollo reglamentario, y que se contienen tanto en la LPAC como en la LRJSP. Por ejemplo, parece claro que el régimen de la identificación electrónica establecido en el art. 9 LPAC es perfectamente aplicable en materia de contratación electrónica; y también es llano que la identificación y firma electrónica del sector público por lo que se refiere a los actos del procedimiento de contratación se rigen por los arts. 40 y ss. LRJSP, en la medida en que no exista un régimen especial en materia de contratación electrónica.

Así pues, para conocer el régimen aplicable a la contratación electrónica habrá de acudir en primer lugar a la LCSP, en segundo lugar a sus disposiciones de desarrollo, y en tercer lugar al derecho administrativo básico/común y las disposiciones de desarrollo de este último. Se notará que, a pesar del autismo normativo ya referido (la omisión de remisiones recíprocas entre las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos), en términos generales no se producen antinomias o supuestos de colisión normativa, sino que las leyes 39 y 40/2015 complementan la ordenación de la materia. Solo en casos puntuales, que indicaremos oportunamente (como es

9. Véase especialmente MARTÍN DELGADO, I.: «Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 147, 2017, con abundancia de referencias. Un detenido análisis del alcance de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo común en los procedimientos de contratación puede verse en GIL CONDÓN, M. Á.: «La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación», en GIMENO FELIU, J. M.ª: *Estudio Sistemático...*, op. cit., pp. 1715 y ss.

el régimen de las notificaciones electrónicas), se contienen en la LCSP especialidades que desplazan a las leyes básicas/comunes y hacen inaplicables sus determinaciones.

Por su parte, las comunidades autónomas y entidades locales no podrán desplazar este derecho básico/común compuesto por las leyes 39/2015, 40/2015 y 9/2017 con disposiciones propias en materia de contratación electrónica: solo podrán complementar el compuesto normativo estatal por razones de autoorganización.

En otro orden de consideraciones, pero para continuar integrando el sistema de fuentes aplicable en materia de contratación electrónica, es de significar que la LCSP articula varias remisiones normativas: la disposición final sexta habilita con carácter general al Ministerio de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas necesarias para el uso de medios EIT; la disposición adicional decimosexta.1 f), párr. 2.º, dispone que por el Ministerio se establecerán –asimismo mediante Orden– las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del Sector Público; y el apdo. 2 de esa misma disposición adicional decimosexta establece que mediante Orden del mismo Ministerio se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del sector público. El principal problema que plantean todas estas remisiones normativas es la dificultad de predicarles carácter básico, debido al humilde rango reglamentario mediante el que se contempla su aprobación: conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia (SSTC 77/1985, 203/1993, 225/1993, 385/1999, 213/1994, 102/1995, 174/1996, 197/1996, 207/2012...), cuando se habilita a la potestad reglamentaria para dictar normas básicas es preciso reunir dos requisitos: 1) que la habilitación y el carácter básico de la norma remitida se establezcan clara y expresamente; y 2) que la norma remitente justifique la remisión normativa por el carácter técnico de la medida. Aunque lo primero puede resultar dudoso, lo segundo es claro que no se produce, lo cual suscitará dudas de constitucionalidad en el caso de que el MINHAFP dicte disposiciones de carácter básico utilizando estas habilitaciones normativas.

De otro lado, en el marco del régimen jurídico aplicable a cada relación contractual no se pueden perder de vista las actuaciones dictadas en cada contratación específica. Las disposiciones en examen permiten articular excepciones (p. ej., disposición adicional decimoquinta.3, párr. 2.º, y disposición adicional decimoquinta.4, sobre las que volveremos después), o remiten a las determinaciones del órgano de contratación para concretar los medios informáticos y electrónicos que deberán emplear los licitadores. En este sentido es muy significativa la importancia de los pliegos (en particular, el de prescrip-

ciones administrativas particulares) para concretar el régimen jurídico al que se sujetan las actuaciones por medios electrónicos en cada licitación.

3

Relaciones por medios electrónicos

3.1

Derecho y deber al medio electrónico

La LCSP impone el deber de relacionarse por medios electrónicos a todos los licitadores (sean personas físicas o jurídicas) y en todos los procedimientos de contratación (sea cual sea el tipo o cuantía del contrato), desde el mismo momento de su entrada en vigor. Lo primero que tenemos que decir es que esta trascendental obligación no se proclama de manera suficientemente visible para los operadores jurídicos, escamoteada como está en las profundidades asistemáticas de las tres ínclitas disposiciones adicionales. Así, la disposición adicional decimoquinta.³, párr. 1.º, dispone: «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», y la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 1.º, establece: «Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica». De esta críptica manera y sumando el efecto de ambos preceptos, resulta que los licitadores tienen el deber de relacionarse (bidireccionalmente) por medios electrónicos a todo lo largo del procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.

Un poco más pedagógica es la Exposición de Motivos¹⁰, que advierte: «Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario». En efecto, las Directivas permitían una moratoria en relación con este punto (plazo de 30 meses), de la que no se ha querido servir el legislador español, que hace gala aquí de una encomiable apuesta de vanguardia. Por lo demás, las Directivas imponen la contratación electrónica en los contratos sujetos a una re-

10. Aquí rubricada como «Preámbulo», con una evidente infracción del art. 129.1 LPAC, que reserva esta última denominación para los reglamentos. Aunque la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016) haya declarado este precepto contrario al orden constitucional de competencias, se debe reputar vinculante para el Estado.

gulación armonizada, en tanto que el legislador nacional amplía el deber a todos los contratos sin excepción. El problema reside en que siguen sin resolverse gravísimos problemas implicados en la relación obligatoria por medios electrónicos, por lo que esta triunfalista retórica legislativa supone una ilusoria temeridad, que la Administración acomete *pro domo sua*, consintiéndose a sí misma todo tipo de salvaguardias, pero postergando a los ciudadanos a una posición lamentable, como hemos de ver en el último epígrafe de este apartado. Se trata, por otra parte, de una aspiración inalcanzable, puesto que los indicadores de implantación de la administración electrónica¹¹ revelan que un altísimo porcentaje de Administraciones públicas (especialmente las entidades locales de menor tamaño) carecen todavía de los medios y servicios electrónicos imprescindibles para la implantación de plataformas y herramientas de contratación electrónica integral.

En el último lustro asistimos a una imparable transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber¹². El hito que a tal efecto supuso el art. 14.2 LPAC, estableciendo el deber de relacionarse por medios electrónicos a todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, se ve ahora ampliamente sobrepasado por esta universalidad del deber que consagra la disposición adicional decimoquinta LCSP (de hecho, ya se afirmó que, desde la entrada en vigor de la LPAC, la relación electrónica era obligatoria para las personas jurídicas también en materia de contratación)¹³, y ello, a pesar de los gravísimos problemas que viene suscitando a la ciudadanía la relación obligatoria por medios electrónicos, como profundamente ha expuesto COTINO¹⁴.

Dejando para más tarde el análisis de la cuestión en lo referente a las comunicaciones electrónicas (que tienen un amplio régimen específico directamente establecido en la LCSP), nos centramos ahora en otras implicaciones

11. Pueden consultarse tanto en la sección de indicadores como en la de informes del Observatorio de Administración Electrónica, accesible en el Portal de Administración Electrónica (http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE.html, última visita 31/5/2018).

12. Como he expuesto en GAMERO CASADO, E.: «Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica», *REDA*, n.º 175, 2016, pp. 18 y ss.; y en GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 390 y ss.; lugares a los que remito para ampliar las consideraciones que consigno en este trabajo.

13. Véanse CAMPOS ACUÑA, C.: «¿Contratación pública electrónica obligatoria? La visión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público a la luz de la Ley 39/2015», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 147, 2017-La Ley 9917/2016; y YÁÑEZ SÁNCHEZ, G.: «Contratación pública electrónica obligatoria», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, ref. 2904/2017.

14. Véase su minucioso análisis de la cuestión en COTINO HUESO, L.: «El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14.2 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)», en GAMERO CASADO, E.: *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, tomo 1, pp. 476 y ss.

del deber de relacionarse por medios electrónicos. Se trata, concretamente, de la posibilidad de imponer a los licitadores el uso de herramientas electrónicas específicas que establece la disposición adicional decimoquinta.6. Este régimen se aplica en concretos tipos contractuales: contratos de obras, de concesión de obras, de servicios, concursos de proyectos y contratos mixtos con elementos de los mismos; y consiste en obligar a los licitadores a que utilicen dispositivos o herramientas electrónicas específicas como modelado digital de la información de la construcción (BIM) o similares. Se trata de una previsión razonable en razón de la modalidad contractual. Para evitar la brecha digital y no erosionar la libre concurrencia, la disposición adicional decimoquinta.7 prevé que, en tanto tales herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos, se ofrezcan a los licitadores medios de acceso alternativos apropiados, p. ej.: *a)* el acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas; *b)* la garantía de que se pueda acceder al procedimiento de contratación mediante mecanismos de acceso provisionales; o *c)* un canal alternativo de presentación electrónica de ofertas. En tanto que no se imponga este concreto deber, hemos de entender que se pueden presentar las ofertas en todos los formatos admitidos por el Esquema Nacional de Interoperabilidad y sus normas técnicas de desarrollo.

Lo más llamativo de la imposición del medio electrónico es la asimetría con la que el legislador configura la cuestión, concediendo a la Administración un gran margen para optar entre imponerlo o no, pero entregando en todo caso a los licitadores al criterio establecido por la Administración. Se contemplan, concretamente, tres excepciones:

- a) Por razones de competencia, disposición adicional decimosesta.1: para evitar que la imposición del medio electrónico restrinja el acceso de los operadores económicos produciendo efectos discriminatorios.
- b) Por razones de carácter técnico y operacional, disposición adicional decimoquinta.3, párr. 2.º: cuando se requerirían herramientas, dispositivos, aplicaciones, formatos de archivos, equipos ofimáticos, etc., no disponibles para los operadores económicos o para el órgano de contratación.
- c) Por razones de seguridad, disposición adicional decimoquinta.4: para la protección adecuada de información cuando se hayan producido violaciones de seguridad, o cuando el nivel de protección que requiere la información no se pueda alcanzar utilizando los dispositivos, herramientas y aplicaciones que se encuentren a disposición de los operadores económicos.

Las tres excepciones son razonables; la primera no viene expresamente contemplada por las Directivas (suscitando dudas sobre la pureza de la trasposición)¹⁵, en tanto que las otras dos sí¹⁶; y las tres se encuentran sujetas a un mismo requisito: que el órgano de contratación motive en un informe específico las razones por las que considera necesario utilizar medios distintos a los electrónicos. Este informe constituye una pieza clave en los procedimientos de contratación que se inicien tras la entrada en vigor de la Ley hasta que se normalice plenamente la contratación electrónica. Conviene notar que, si el órgano de contratación no articula expresamente estas excepciones mediante su informe motivado, el medio electrónico es obligatorio. En cuyo caso puede suceder que algún licitador no repare en ello (la oscuridad normativa contribuye al error) y presente su oferta por medios presenciales. En tal caso cualquier competidor está legitimado para impugnar la admisión de la oferta, al haberse infringido el deber de relacionarse por medios electrónicos.

Esto sucedería siempre que la Administración disponga de medios electrónicos mediante los que presentar las ofertas, no haya excepcionado expresamente el deber de relacionarse por medios electrónicos, y haya unos licitadores que cumplan el deber y otros que no. Pero la cuestión también nos lleva a plantearnos otras consecuencias de incumplimiento por la Administración si no ha implantado materialmente los medios adecuados para la presentación de ofertas: ¿puede darse el caso de que un licitador haga la presentación mediante el registro electrónico, y luego impugne las demás, realizadas por medios presenciales? Este supuesto no parece realizable por la propia dinámica del procedimiento, articulándose las ofertas mediante su presentación en sobres cerrados e independientes, y estableciéndose en los anuncios y pliegos sus lugares de presentación física: no se alcanza cómo atender estos requerimientos mediante una presentación electrónica, en la que difícilmente se puede satisfacer la encriptación unilateral de un fichero para que sea posteriormente accesible con garantías de confidencialidad e integridad al momento de abrirse las plicas. Entiendo que en este caso lo más que puede hacer un licitador es impugnar el anuncio de licitación en el caso de que no establezca el deber de presentar las ofertas por medios electrónicos, y el órgano de contratación no haya justificado expresamente por qué.

Como cierre de esta problemática volvamos al tema de la asimetría. Las Directivas quieren que los licitadores dispongan *en todo caso* de un medio elec-

15. Especialmente crítico se muestra MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1932 y ss., con las deficiencias de la LCSP en la trasposición de las Directivas por lo que se refiere a la imposición del canal electrónico.

16. Véanse los considerandos 53 y ss. y el art. 22 de la Directiva 2014/24/UE.

trónico para la presentación de ofertas, a fin de que *voluntariamente* puedan hacer uso del canal aun cuando la presentación no sea preceptiva por ese medio¹⁷. La realidad de las cosas dista mucho de cumplir este mandato, especialmente, como ya se ha dicho, en las entidades locales. En la misma línea, cabe decir que abunda el caso de Administraciones que no han articulado servicios básicos de administración electrónica, como las notificaciones o el acceso al expediente. Hasta ahora, estos graves incumplimientos, que además generan enormes incertidumbres en los operadores económicos, no se veían correspondidos con consecuencias.

La cuestión puede cambiar radicalmente si se generalizan las impugnaciones de los licitadores que entiendan incumplido el régimen de las relaciones electrónicas obligatorias, en particular cuando el órgano de contratación admita la presentación en papel sin una previa memoria justificativa, o incluso cuando la justificación ofrecida carezca de fundamento. Ya existe, en este sentido, un relevante precedente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo, TACRC), que anula una licitación por el simple hecho de admitir la presentación presencial de ofertas. Se trata de su Resolución 632/2018, de 29 de junio, cuyo razonamiento es de extrema rotundidad: se limita a 1) reproducir los apartados 3 y 4 de la disposición adicional decimoquinta LCSP, en los que se establecen el deber de relacionarse por medios electrónicos y sus excepciones; 2) constatar que en el asunto no concurren tales excepciones ni el órgano de contratación las consigna en su informe; 3) anular el Pliego de Cláusulas Administrativas Contractuales (y con ello, la licitación del contrato), en la medida en que admitía la presentación de ofertas por medios presenciales; 4) recordar que el deber de relacionarse por medios electrónicos en materia contractual no afecta solo a las personas jurídicas (como ocurre en materia de procedimiento administrativo común con arreglo a la Ley 39/2015), sino que alcanza también a las personas físicas.

Esta Resolución no solo es muy contundente, sino que apunta a efectos de alcance telúrico si su doctrina se generaliza. A día de hoy siguen licitándose infinidad de contratos cuyos pliegos admiten la presentación de ofertas por medios presenciales, o incluso establecen el medio presencial como único canal posible de presentación. En unos casos es por falta de medios, pero en otros muchos (que se pueden apreciar con una simple consulta de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público) es por una mera prolongación de la práctica anterior, sin justificación (ni formal –en el expediente–

17. Así se desprende del considerando 52 y del art. 22 de la Directiva 2014/24/UE.

ni de fondo) que permita eludir el canal electrónico obligatorio. Pero, desde luego, no se puede negar a esta Resolución su completo ajuste a derecho, pues ciertamente la Ley obliga a implantar y utilizar exclusivamente el canal electrónico. Esta línea de doctrina acabaría con la asimetría en la imposición del deber de relacionarse por medios electrónicos que hemos comentado más atrás, e impondría verdaderamente a la Administración el deber de articular el canal electrónico.

Para concluir, en apartados sucesivos comentaremos los efectos que se deben predicar de algunos de estos incumplimientos, como la omisión de publicidad activa en los perfiles de contratante o la inexistencia de plataformas de notificación electrónica.

3.2

Canales de comunicación del licitador con la Administración: la presentación de ofertas y documentos¹⁸ y las incidencias técnicas

En relación con este punto lo primero a notar es que la canalización de los escritos de los operadores económicos no tiene por qué realizarse mediante el sistema de registro electrónico único implantado por el art. 16 LPAC, en cuanto que la disposición adicional decimoséptima se consagra por entero a determinar los requisitos que deben reunir las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de ofertas que se implanten, dando con ello a entender que puede usarse cualquiera que satisfaga tales exigencias. Aunque sería preferible que el legislador explicitara de mejor modo la articulación entre uno y otros, es razonable que existan plataformas específicas para la contratación pública en razón de las particularidades que rodean este ámbito de actuación: algo que resulta evidente en procedimientos como las subastas electrónicas, cuya celebración requiere de unos medios cuyas características hacen inviable el uso del registro general; pero que también se extiende a aspectos generales, como la encriptación de las ofertas para preservar su confidencialidad hasta el momento mismo de la apertura de las plicas. Más allá de describir las garantías y exigencias de estos medios, la Ley no establece el instrumento jurídico mediante el que se pueden imponer, por lo que cabe

18. El análisis por extenso de esta cuestión es excelentemente abordado por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1909 y ss.; y MARTÍN DELGADO, I.: «El uso...», *op. cit.*, pp. 1657 y ss. Por lo demás, dado que esta materia ofrece escasas novedades, será asimismo provechosa la consulta de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; y DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: *Claves para una contratación...*, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

que el anuncio de licitación y los pliegos determinen los medios electrónicos que se utilizarán en ese concreto procedimiento. Lo más reseñable de esta disposición es la inútil duplicidad en que incurre respecto de la disposición adicional decimosexta.1, reiterando requisitos y exigencias que esta última ya impone con carácter general, y que por tanto también son predicables de la presentación de escritos.

Una importante novedad es la admisión de entregas faseadas de ofertas, regulada en la disposición adicional decimosexta.1 h). Consiste en la posibilidad de envío de la huella electrónica de la oferta, con lo que basta para entenderla presentada, procediéndose a la entrega de la oferta propiamente dicha en el plazo de 24 h (caso contrario se entiende retirada). La huella electrónica¹⁹ es un código único que se asigna a un documento electrónico al aplicarle una utilidad informática denominada función *hash*, en cuya virtud un concreto documento producirá siempre la misma huella digital, por lo que permite detectar cualquier modificación posterior del documento. Por consiguiente, la aportación de la huella electrónica permite verificar que un documento enviado posteriormente estuviera efectivamente generado al momento de enviar su huella, de tal manera que el envío de la huella equivaldría a la aportación del documento en plazo, siempre que el propio documento se aporte posteriormente en el período autorizado para ello. Esta razonable previsión pretende sortear problemas de colapso y caídas del sistema en fechas críticas, inmediatas a la terminación de plazos: cuando el sistema esté saturado, resultará mucho más fácil presentar tan solo la huella electrónica en lugar de la documentación completa, la cual cabe aportar en esas 24 horas extra con mayor serenidad. Por otra parte, si la razón por la que se presenta una huella electrónica es la caída o saturación del sistema, cabe pensar que el interesado presente el documento por otro medio que no sea esa plataforma, toda vez que la autenticidad e integridad del documento

19. Puede verse la definición que aparece en la página de la plataforma de validación de firmas y certificados VALiDe (accesible en <https://valide.redsara.es/valide/faqs.html#24> ; último acceso: 31/5/2018):

Una huella digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permiten asegurar que el mensaje no fue modificado. La huella digital o resumen de un mensaje se obtiene aplicando una función, denominada hash, a ese mensaje, lo que da como resultado un conjunto de datos singular de longitud fija.

Una función hash tiene entre otras las siguientes propiedades:

Dos mensajes iguales producen huellas digitales iguales.

Dos mensajes parecidos producen huellas digitales completamente diferentes.

Dos huellas digitales idénticas pueden ser el resultado de dos mensajes iguales o de dos mensajes completamente diferentes.

Una función hash es irreversible, no se puede deshacer, por tanto su comprobación se realizará aplicando de nuevo la misma función hash al mensaje.

puede acreditarse mediante el cotejo de su huella electrónica con la huella previamente presentada.

El resto de exigencias establecidas en el precepto ya se aplicaban con la Ley anterior y no requieren comentario a efectos de este trabajo.

En cambio, sí conviene apuntar someramente la doctrina que ha ido forjando el TACRC acerca del acaecimiento de incidencias técnicas durante los plazos de presentación de ofertas, y que se contiene, entre otras, en sus resoluciones 592/2018, sobre una supuesta incidencia en subasta electrónica (visualización de ofertas contrarias); 595/2018 y 560/2018, referentes a una inadmisión en un acuerdo marco (incidencias en plataforma de presentación de proposiciones); y 1188/2017, que confirma la legalidad de la repetición de una subasta electrónica (la prestadora de la plataforma de subasta electrónica reconoció error técnico que llevó al órgano de contratación a repetir el proceso). De estas resoluciones se infiere que la invocación de incidencias técnicas pretendidamente restrictivas de derechos (p. ej., caídas o fallos del sistema) debe ser probada por los licitadores. Según doctrina del TACRC, se trata de una cuestión no estrictamente jurídica sino técnica, y la Administración goza, en este aspecto, tanto de *i*) discrecionalidad para configurar los sistemas de soporte y seleccionar proveedores de servicios para tramitación electrónica, como de *ii*) presunción *iuris tantum* de veracidad en sus informes técnicos y afirmaciones. En virtud de este orden de cosas, el recurrente debe probar la producción del fallo técnico: por una parte, debe solicitar prueba acreditativa del correcto funcionamiento del sistema a la Administración (en su caso, del proveedor del servicio); y por otro lado, si el resultado del informe no le es favorable, lo tiene que rebatir con prueba a contrario, lo cual no deja de ser una *probatio diabolica*, pues al no controlar las plataformas de contratación, le será francamente difícil aportar pruebas tecnológicas que acrediten el fallo del sistema.

3.3

Canales de la Administración con el licitador: notificaciones y comunicaciones electrónicas

Se trata de un punto muy controvertido por tres factores combinados: 1) la imposición obligatoria del medio electrónico para la práctica de las notificaciones administrativas; 2) el lamentable modo en el que la propia LCSP y la LPAC regulan las notificaciones electrónicas²⁰; 3) el caótico modelo de im-

²⁰. Para ampliar cuanto al respecto se dice aquí debe consultarse MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión...», *op. cit.*, pp. 1990 y ss.

plantación de plataformas de notificación administrativa que están siguiendo las Administraciones públicas, generando situaciones de absoluta indefensión a los interesados.

En relación con el primer punto, la disposición adicional decimoquinta.2 establece con carácter general que las notificaciones y comunicaciones tendrán lugar *exclusivamente* por medios electrónicos, aspecto en el que incide el art. 54 LCSP, al insistir en este deber por lo que se refiere al recurso especial en materia de contratación. La LCSP solo admite dos concretos medios electrónicos de notificación: en la dirección electrónica habilitada única (DEHU) o mediante comparecencia electrónica, cuestiones reguladas en la LPAC²¹. Este *numerus clausus* de medios de notificación solo lo es en cuanto a las modalidades, pero no en su número, puesto que cada Administración pública ha podido crear su DEHU, y además pueden existir tantas plataformas de notificación administrativa por comparecencia electrónica como plazca a los órganos actuantes, que no encuentran límite legal para proceder a su creación. Esta circunstancia, unida a los otros dos puntos críticos en examen (el régimen general de las notificaciones electrónicas y el modelo de implementación seguido en la práctica por las Administraciones públicas), conducen a una situación caótica en la que se genera indefensión a los ciudadanos.

Para comprender cabalmente la situación es preciso tener en cuenta varios elementos distintos. El primero de ellos es que, a fin de que la práctica de las notificaciones administrativas reúna las garantías que predica la Ley (integridad, autenticidad y no rechazo o repudio en origen y destino, seguridad, sellos de tiempo, etc.), no cabe utilizar para su práctica el correo electrónico convencional, sino que resulta necesario desarrollar plataformas específicas. Sin embargo, hasta ahora los órganos de contratación venían utilizando habitualmente el correo electrónico convencional como medio de notificación administrativa, en una práctica que venía siendo tolerada por el TACRC en sus resoluciones; cabe destacar, en este sentido, la Resolución TACRC 1004/2017 (en la que es aplicable el TRLCSP, pero invoca el art. 41 LPAC), que admite correo electrónico para envío de invitaciones en un acuerdo marco, siempre que se den las siguientes condiciones: *i)* que las empresas hayan aportado previa y voluntariamente las direcciones de correo; *ii)* que conste su uso como medio de comunicación en ocasiones anteriores (aceptación tácita); y *iii)* que se aporte un informe del administrador del sistema, en el que 1) acredita el

21. Sobre el particular, acúdase a MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., tomo 2, pp. 2150 y ss.; y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico...*, op. cit., pp. 576 y ss.

envío simultáneo del correo a todos los invitados (inclusive los que presentaron ofertas); 2) acredita la entrega en servidor de destino, sin mensaje de rechazo. En análogo sentido se habían pronunciado otras resoluciones, como la 105/2016, o la 785/2015. Ante la nueva disposición adicional decimoquinta LCSP es muy dudoso que pueda mantenerse esta doctrina, lo cual presenta un grave foco de inseguridad jurídica.

En segundo lugar, la LPAC regula la DEHU con la encomiable pretensión de que sea única para todas las Administraciones, pero no consiguió conferir al precepto la redacción adecuada, por lo que cada Administración está desarrollando sus propias DEHU y sus propios Puntos de Acceso General para acceder a las mismas, sin que los ciudadanos dispongan de un punto único al que siquiera voluntariamente puedan adherirse para recibir todas las notificaciones administrativas que se les envíen²². Ello genera en este momento la ansiosa e increíble situación de que los ciudadanos no pueden saber si están siendo notificados en plataformas que se hayan creado por las Administraciones públicas, porque la LPAC olvidó exigir que, para que una plataforma de notificación sea verdaderamente obligatoria, no basta con que entre en vigor el deber de relacionarse por medios electrónicos, sino que además la Administración tiene la sensata obligación de notificarles previamente ese deber por conducto postal, indicándoles el punto de acceso en el que a partir de ese momento serán notificados.

De otro lado, el régimen jurídico de la práctica de las notificaciones electrónicas establecido en el art. 43 LPAC determina que, una vez depositada en el buzón, si el interesado no ha accedido a su contenido en el plazo de diez días se entiende realizado el trámite y pueden proseguir las actuaciones, llegándose incluso a retirar materialmente la notificación del buzón al día siguiente de que esto suceda, por lo que si el ciudadano no tiene la diligencia de acceder cada diez días a todas las DEHU y a todas las plataformas de notificación (cuya existencia incluso desconoce) en las que potencialmente se le pueden depositar notificaciones electrónicas, puede suceder perfectamente (y doy fe como abogado de que esta situación es mucho más frecuente de lo que se piensa) que se notifiquen actos administrativos sin que el destinatario tenga cabalmente manera de saber que se le ha enviado una notificación y dónde

22. Esta interpretación que *de facto* viene siendo mantenida por las Administraciones públicas tras la entrada en vigor de la LPAC, ha venido a confirmarse por la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016), en la que se promueve una interpretación conforme de la LPAC en cuya virtud el Punto de Acceso General ha de ser único para cada Administración, sin que sea forzoso que *todas* las Administraciones confluyan en un mismo y único punto de acceso, aunque puedan integrarse en el estatal mediante el oportuno instrumento jurídico (voluntario).

está depositada, enterándose del caso ya después de consagrarse la pérdida de derechos, cuando por otras vías se apercibe de ello: porque recibe una notificación de la Agencia Tributaria en la DEHU del Estado (en la que sí suele estar de alta); cuando llama para informarse del estado del procedimiento y se le dice que ha sido excluido del mismo; etc.

Ciertamente, el art. 41.6 LPAC establece que la Administración enviará un aviso de notificación a los interesados, mediante *sms* o correo electrónico convencional, se supone que para evitar que se vean en la necesidad de consultar reiteradamente las plataformas para verificar si eventualmente han recibido alguna notificación; pero el legislador ha olvidado arropar a esta sensata previsión con el deber de que las Administraciones públicas recaben del ciudadano estos datos de contacto antes de enviarles notificaciones por correo electrónico (en este momento, no disponen ni siquiera de un medio –que podría ser la carpeta ciudadana– para aportar voluntariamente ese dato); y, por si fuera poco, el propio art. 41.6 LPAC rechaza que la omisión del envío de este aviso suponga consecuencia alguna, a pesar de que el aviso de notificación constituye una pieza clave en la arquitectura de las notificaciones electrónicas a fin de preservar adecuadamente las garantías de los ciudadanos²³.

Desde la doctrina académica venimos poniendo de manifiesto esta situación desde 2002²⁴, cuando el problema era preocupante desde el punto de vista jurídico, pero al menos no resultaba recurrente (el universo de obligados al medio electrónico era pequeño entonces); ahora la situación es muchísimo más grave, en atención al incremento exponencial de los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos, que en la LCSP, como ya se ha visto, son todos.

El remedio de esta situación pasa necesariamente por una reforma legislativa, de carácter básico, que obligue a todas las Administraciones públicas a integrar sus diversas DEHU y plataformas de notificación mediante comparecencia electrónica en un punto único de acceso electrónico, donde los ciudadanos puedan acceder fácilmente para consultar todas las notificaciones que reciban; y configurándose esa plataforma integral de notificación con la posibilidad de que el interesado facilite sus datos de contacto para avisos de notificación –art. 41.6 LPAC– (teléfono a efectos de envío de *sms* y dirección

23. Véanse MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia...», *op. cit.*, pp. 2162 y ss.; y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico...*, *op. cit.*, pp. 576 y ss.

24. Yo mismo lo puse de manifiesto en GAMERO CASADO, E.: «La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre», *REDA*, n.º 116, 2002, pp. 501 y ss.

de correo convencional), que obligatoriamente deben consultar y utilizar todas las Administraciones para remitirle tales avisos.

Para concluir este apartado conviene consignar la importante especialidad que establece la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 2: si el acto se ha publicado en perfil de contratante, en notificación por comparecencia (no DEH), la notificación produce efectos desde el mismo día de envío de la notificación o aviso de puesta a disposición, lo cual representa una regla distinta a la establecida con carácter general en el art. 43 LPAC, con arreglo al cual la notificación surte efectos desde el momento en que se acceda a su contenido (o transcurran diez días desde su depósito). Por el contrario, a decir de la propia disposición adicional decimoquinta.1, párr. 2, si el acto no se ha publicado en el perfil del contratante, la notificación produce efectos desde su recepción por el interesado: ante la duda que suscita esta concreta previsión, que no aclara si la recepción a la que alude es en el buzón del destinatario o por el contrario hace referencia al momento en que este accede a su contenido desde un equipo terminal, a mi juicio debe prevalecer esta última interpretación, por ser el régimen que se aplica con carácter general a las notificaciones electrónicas en la LPAC.

No obstante todo lo anterior, la disposición adicional decimoquinta.1, párr. 3, establece, además, que el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

Por último, la disposición adicional decimoquinta.2, párr. 2, admite la comunicación oral de la Administración con los licitadores siempre que no se trate de elementos esenciales del procedimiento, que el propio precepto acota en los pliegos, solicitudes de participación y ofertas. Esto vendría a revalidar la práctica generalizadamente implantada de llamar por teléfono a los licitadores para requerirles la subsanación de ciertos elementos de la oferta. El propio precepto exige que el contenido de la comunicación oral quede suficientemente documentado, lo cual viene siendo interpretado en el sentido de que un funcionario público (no cualquier empleado) puede consignar en el expediente la realización del trámite. A pesar de lo polémico que podría resultar este proceder, que confiere a la Administración un indudable poder fedatario unilateral (con sus correlativas consecuencias a efectos probatorios), lo cierto es que en la práctica no viene provocando problemas.

4

Publicidad activa

El juicio peyorativo que merece la contratación electrónica no se extiende al punto que abordamos ahora, en el que se han producido significativos y oportunos avances. Pervive no obstante la crítica en cuanto a la desconexión que manifiesta este régimen con la legislación administrativa básica-común, pues se echa en falta una concordancia de las previsiones de la LCSP sobre perfil de contratante y plataforma de contratación con lo que dispone la LRJSP en relación con la sede electrónica, y con las previsiones de la LPAC acerca del Punto de Acceso General²⁵. A mi juicio, que comparte MARTÍN DELGADO²⁶, el perfil de contratante debería alojarse en la sede, y ser accesible desde el PAG de la Administración actuante. En este caso concreto, el reproche de autismo que merece la LCSP se refiere también a las previsiones de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno²⁷.

La potenciación del perfil del contratante es, a mi juicio, una de las mayores virtudes de la LCSP. Se produce un incremento exponencial de la información que debe difundirse por ese medio, mejorando no solo la transparencia pública, sino también la tutela judicial efectiva de todos los operadores económicos, que disponen de un relevantísimo canal de suministro de los datos que necesitan para controlar el adecuado funcionamiento del mercado de los contratos públicos, resultándoles mucho más fácil desarrollar labores de vigilancia y articular correlativos recursos, cuando comprueben que no se han licitado prestaciones que las Directivas y la Ley quieren que se abran al mercado, como por ejemplo sucede con los modificados, la superación de los umbrales de los contratos menores o los encargos a medios propios personificados. Para visualizar el potente instrumento de transparencia y control que en lo sucesivo representa el perfil del contratante conviene inventariar (sintéticamente) los contenidos que deberán publicarse en el mismo, a saber:

- a) Los órganos de contratación y, en particular, la composición de las mesas (art. 63.5).

²⁵. Así, los requisitos y características que el art. 63.7 LCSP predica del perfil del contratante son análogos a los que establece el art. 38 LRJSP para la sede. No obstante, esta situación ya se daba con la anterior LCSP y no merece más comentarios a los efectos de este trabajo, centrado en exponer novedades y no en desarrollar el conjunto de cuestiones implicadas en la contratación electrónica.

²⁶. Véase MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., pp. 1976 y ss.

²⁷. Una norma que aparece citada tres veces a lo largo de la LCSP, pero nunca en relación con el tema en examen.

- b) Los distintos actos y fases de tramitación (art. 63.3): memoria justificativa, objeto, duración, presupuestos, pliegos, anuncios y licitaciones, licitadores participantes, adjudicaciones, desiertos...
- c) Recursos que se interpongan contra las adjudicaciones, la suspensión, la anulación... (art. 63.5).
- d) Encargos a medios propios (art. 63.6).
- e) Consultas preliminares del mercado (art. 115).
- f) Modificados (art. 203.3).

La Ley establece un régimen especial para los contratos menores (art. 63.4), que pretende evitar el menudeo de gestión al que obligaría la publicación continua de información relativa a estos contratos. La primera previsión en este sentido es que la publicación podrá realizarse trimestralmente; de esta suerte, lo más frecuente será que se organicen remesas periódicas de publicación de estos datos en el perfil a cada trimestre vencido del año natural. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Esto último es de la máxima importancia, pues al listarse los contratos por adjudicatario aparecerán consecutivamente todos los que haya suscrito, facilitándose el cálculo de los umbrales máximos de contratación anual que la LCSP impone. La forma en que se está generalizando el cumplimiento del régimen de los contratos menores es mediante la creación de una sección específica del perfil del contratante dedicada a la publicación de estos contratos (análogamente a lo que está sucediendo con los encargos a medios propios). Por otra parte, se exceptúan de publicación los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores; a mi juicio, esta previsión desnaturaliza todo el garantismo subyacente en el resto de la regulación, y articula una vía relativamente fácil para esquivar las limitaciones y controles que juegan sobre los contratos menores. Se comprende que no deba publicarse en el perfil una facturita de papelería por un paquete de folios; pero elevar el umbral de la excepción hasta los 5000 euros me parece llevarla demasiado lejos.

Es también novedoso que el art. 63.1, párr. 2.º, exija que el acceso al perfil del contratante sea libre, sin coste y sin identificación previa. Permite que se requiera identificación para servicios especiales o cualificados, como, por ejemplo, suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras. Toda la información contenida en los perfiles de

contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

En cuanto a las consecuencias derivadas de la publicación de actuaciones en el perfil del contratante, además del acortamiento de los plazos que se establece en diferentes preceptos diseminados por todo el cuerpo normativo, son particularmente reseñables las dos siguientes. En primer lugar, el cómputo del plazo de interposición del recurso especial se inicia generalmente el día siguiente a la publicación del acto correspondiente en el perfil del contratante (art. 50); pero, a mi juicio, esta consecuencia de la publicación sobre la eficacia frente a terceros es predicable de *todos* los actos o actuaciones que deben publicarse en el perfil, y no solo a efectos del recurso especial. De esta manera, el plazo de impugnación de los contratos menores (por ejemplo, por sobrepasarse el umbral máximo anual de contratación), o de los encargos a medios propios, comienza al momento de su publicación en el perfil, pues es el único medio que tienen los operadores económicos de verificar su adecuación a derecho y ejercer correlativamente las acciones a su alcance. Lo cual equivale a decir (siempre, en mi opinión) que, en tanto que tales actuaciones no se publiquen, resultarán impugnables *sine die*. Lo contrario consentiría consagrar una impunidad inadmisibles a la luz de las garantías que esta Ley quiere erigir ante eventuales abusos que restrinjan la competencia.

La segunda consecuencia expresa que establece la Ley es –art. 39.2 c)– la nulidad de los contratos cuyo anuncio de licitación no se haya publicado en perfil. Una previsión acertadísima y ejemplar, que abunda en el mensaje de implacabilidad sobre los incumplimientos, anteriormente aludida.

Es de significar la mejora que la LCSP representa también en este punto. Cuando se implantó el perfil del contratante en el año 2007 se pretendía mejorar la publicidad de las licitaciones, facilitando el acceso universal a todos los operadores económicos, cosa que se dificultaba cuando la publicación tenía lugar en diarios oficiales, y la única manera de estar cabalmente informado era contratando servicios especializados de alerta prestados por empresas especializadas en el ramo. Sin embargo, la imprevisión de un punto que centralizara todas las publicaciones provocó un perturbador efecto multiplicador de las fuentes de información, pues ya no solo cada Administración territorial tendría su perfil, sino que también los crearon las entidades públicas y privadas de su conglomerado organizativo que estaban vinculadas por esa exigencia. La Plataforma de Contratación del Estado solo mitigó el problema en las licitaciones del sector público estatal, pero

finalmente los operadores económicos siguieron atados a la contratación de servicios de alerta, que ahora rastreaban los perfiles de toda la enorme galaxia organizativa del sector público.

Para subvenir a esta necesidad, el nuevo régimen de las plataformas de contratación dispuesto por el art. 347 LCSP contempla las siguientes determinaciones:

1. Existirán dos modalidades de plataforma: la del Estado, y las que quieran crear las comunidades autónomas.
2. La plataforma del Estado integrará los perfiles del contratante de todo el sector público estatal.
3. Las comunidades autónomas podrán crear sus propias plataformas o alojarse en la del Estado. En el primer caso, existirá una interconexión que permita conocer a partir de la plataforma del Estado las licitaciones y procedimientos que se articulen a través de la plataforma autonómica.
4. Los perfiles de contratante de las entidades locales deberán optar necesariamente, y en el conjunto de su organización, por integrarse en la plataforma del Estado o la de la comunidad autónoma en que radiquen (caso de que exista).

El resultado de estas previsiones ya puede comprobarse en la Plataforma de Contratación del Estado²⁸: algunas comunidades autónomas han alojado en ella sus perfiles del contratante²⁹, en tanto que otras han creado sus propias plataformas y se han conectado a la estatal³⁰. Por lo que se refiere a las entidades locales, el modelo masivamente seguido es el de integrarse en la plataforma del Estado.

El problema reside en que no se prevén consecuencias frente a la infracción de este deber de alojamiento o interconexión de los perfiles de contratante de todo ente del sector público con las correlativas plataformas de contratación, a diferencia (como hemos visto) de la sanción de nulidad del contrato que se contempla cuando el anuncio de licitación no se publique en el perfil. Esta circunstancia, añadida al retraso que se acumula en la integración o alojamiento de perfiles en las plataformas, hace presagiar que sigan siendo necesarios los servicios de alerta de entidades

²⁸. Accesible en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma> (última visita: 31/5/2018).

²⁹. Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Baleares, Extremadura, Cantabria, Aragón, Castilla y León, Canarias y Melilla.

³⁰. Cataluña, País Vasco, Asturias, La Rioja, Comunidad de Madrid, Galicia, Región de Murcia, Andalucía, Navarra y Ceuta.

especializadas para estar puntualmente informados de las licitaciones que tengan lugar³¹.

5

Identificación, firma y apoderamiento electrónicos

Las firmas admisibles en los procedimientos de contratación, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta.1 f), son las que determine mediante Orden el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Esto constituye una novedad importante: antes se exigía firma electrónica reconocida (avanzada en el caso de la Ley 25/2013, de factura electrónica); el régimen español de la firma electrónica en la contratación pública venía siendo más restrictivo que el establecido en el marco europeo, con un exceso de garantismo que casaba mal con las Directivas y que ahora parece superarse. Este desarrollo reglamentario, al que cabe reprochar la insuficiente habilitación que ya pusimos de manifiesto³², aún no se ha producido, y en tanto tenga lugar debe entenderse aplicable la legislación común: arts. 9 y ss. LPAC y arts. 42 y ss. LRJSP³³.

Se notará que tales preceptos no solo aluden a la firma, sino también a la identificación electrónica. No podía ser de otra manera, pues se alinean con el marco normativo de la Unión Europea, y concretamente con el Reglamento 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (eIDAS)³⁴. De tal manera que cabe predicar la plena exigencia de los sistemas de identificación y firma que establece el eIDAS (y coherentemente con él, la LPAC y la LRJSP) en los procedimientos de contratación electrónica, sin que resulte aceptable su restricción por Orden ministerial.

31. El problema que se viene experimentando en los tiempos tempranos de vigencia de la LCSP es que el volumen de solicitudes de integración no permite gestionar el proceso con la celeridad suficiente: está sujeto a la interoperabilidad de los sistemas, que lleva su tiempo articular.

32. Idea en la que también abunda FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», *op. cit.*, pp. 2010 y ss.

33. Acerca de la aplicación de estos preceptos en la contratación electrónica véase GIL CONDÓN, M. Á.: «La nueva regulación...», *op. cit.*, pp. 1730 y ss.

34. Sobre las nociones técnicas de identificación y firma véase, por todos, ALAMILLO DOMINGO, I.: «Identificación y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 675 y ss.

En cuanto a los apoderamientos electrónicos, debe mencionarse la integración e interoperabilidad del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (art. 6 LPAC) con el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que impone el art. 337.4 LCSP. El mismo precepto exige que los órganos de contratación consulten este último registro para verificar la inscripción de poderes, consultando el resto de registros si el poder no estuviera inscrito en este, que prevalece en caso de discrepancia frente a cualquier otro registro de apoderamientos; ahora bien, si el Registro General está interconectado y es interoperable con el de Licitadores, no debería existir discrepancia entre ellos.

6

Los procedimientos electrónicos de contratación; en particular, los sistemas dinámicos de adquisición

La LCSP incluye una serie de especialidades en los procedimientos generales de contratación que se producen cuando se emplean medios electrónicos; sin embargo, su alcance es menor y a los efectos de este trabajo resulta preferible centrarse en procedimientos específicos de contratación electrónica³⁵. Y por lo que se refiere a la subasta electrónica, ahora regulada en el art. 143 LCSP, no se manifiestan novedades significativas³⁶.

Por el contrario, en cuanto a los sistemas dinámicos de adquisición (SDA) se introducen por la LCSP importantes novedades que mejoran el régimen anterior, como ha señalado cuidadosamente DOMÍNGUEZ-MACAYA³⁷, a quien seguimos en este punto. La Directiva potencia claramente este instrumento de racionalización, más ventajoso que el acuerdo marco; y resuelve sus principales problemas. Un primer grupo de novedades tiene lugar en los arts. 223 a 226 LCSP, dedicados específicamente a los SDA, donde se enfatiza el carácter íntegramente electrónico del procedimiento (arts. 223.2 y 224.4), y

35. Una panorámica de esas especialidades *electrónicas* de los procedimientos generales puede verse en CASES PALLARÉS, J.: «La contratación electrónica...», *op. cit.*, pp. 49 y ss.

36. Sobre este tema, véanse FONDEVILA ANTOLÍN, J.: «La subasta electrónica», *op. cit.*, pp. 2051 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición», en GIMENO FELIU, J. M.^a: *Estudio Sistemático...*, *op. cit.*, pp. 1205 y ss.; así como, del mismo autor, *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 224 y ss.

37. Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: «Los sistemas dinámicos de adjudicación: unos cambios de calado», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGUÉ CÓRCOLAS, I. (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, *op. cit.*, pp. 2078 y ss. También, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La contratación pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; y, del mismo autor, «Los procedimientos...», *op. cit.*, pp. 1218 y ss.

se suprime la limitación a 4 años, aplicándose la general del art. 29 (5 años para suministros y servicios de prestación sucesiva); en cualquier caso, los pliegos especificarán la duración. Por otra parte, se sustituye el procedimiento abierto por el restringido, pero sin limitación de candidatos admisibles (art. 224.1 y 2), haciendo, pues, innecesarias las ofertas indicativas, pero reemplazándolas por una mera admisión previa de los participantes en el sistema, para la que bastará normalmente con presentar una declaración responsable o el DEUC, simplificando apreciablemente el procedimiento. Es también novedosa la posibilidad de dividir el sistema en categorías de productos, obras o servicios (medida con la que se pretende favorecer la participación de las pymes), debiendo especificarse los criterios de selección aplicables en cada categoría (art. 224.3); se declaran admisibles el volumen máximo de contratos y las demarcaciones geográficas de ejecución, entre otros (art. 223.3). También se producen algunos cambios en cuanto a los plazos: mínimo de 30 días para presentar solicitudes de participación (art. 225.2), y mínimo de 10 días para presentación de ofertas (art. 226.3); este plazo mínimo representa una novedad que retarda la contratación, pues con anterioridad bastaba conceder un plazo suficiente, que podía ser más corto en diversas categorías de contratos (como suministros recurrentes), en tanto que ahora necesariamente será preceptivo aguardar al menos diez días para la presentación de las ofertas. De otro lado, se regulan expresamente las ofertas irregulares o inaceptables (art. 226.4): las que no se ajusten a los pliegos o presentadas fuera de plazo, las que muestren indicios de corrupción o colusión, y las consideradas anormalmente bajas o cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

Pero también se aprecia toda otra serie de novedades acerca de los SDA, diseminadas a lo largo de la Ley. Así, el art. 100.3 establece en este caso la innecesariedad del presupuesto base de la licitación, aunque sí ha de calcularse el valor estimado del conjunto de contratos del sistema (art. 101.13). Por lo que se refiere a las garantías, se establece la posibilidad de fijar la provisional a tanto alzado, sin que pueda superar el 3 % del valor estimado del contrato (art. 106.2); en tanto que la definitiva puede determinarse estimativamente o para cada contrato (art. 107.5). En cuanto a la perfección del contrato, en los SDA se produce por la adjudicación, no mediante formalización (art. 36), que aquí no es necesaria (art. 153). Además, se incluye expresamente a los SDA en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, sin umbrales mínimos, (art. 44.1 b)), pero el recurso contra adjudicación no tiene efecto suspensivo (art. 53). Por último, la publicación de las adjudicaciones en el perfil de contratante podrá tener lugar trimestralmente, en los 30 días siguientes a la terminación de cada trimestre (art. 154.4).

Como colofón a este punto, es preciso señalar la gran utilidad que pueden presentar los SDA en el escenario intensamente restrictivo de los contratos menores que plantea la nueva Ley. Ante la dificultad de articular ese tipo de contratos directos, las Administraciones públicas deben idear soluciones alternativas que permitan afrontar con agilidad sus necesidades de contratación. Los SDA son una solución idónea cuando se trata de bienes o servicios de carácter recurrente. Hace unos años cabía lamentar el coste que representaba la implantación de estas plataformas, lo cual supuso un freno a su generalización; pero en la actualidad existen muchos productos que permiten articular sin excesivos costes este procedimiento electrónico de contratación.

7

Catálogos electrónicos

Para concluir, conviene hacer mención a los catálogos electrónicos, que están expresamente previstos en el considerando 68 y en el art. 36 de la Directiva 2014/24, entre otras técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada como las subastas y los SDA que acabamos de analizar, precepto que no ha sido traspuesto al derecho interno, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no pueden utilizarse en España, en tanto que el sentir mayoritario, con el que me alinee, es predicar el efecto directo del art. 36 de la Directiva³⁸.

Los catálogos electrónicos son indudablemente un instrumento muy útil para potenciar la eficiencia de los procedimientos de contratación, tanto por lo que concierne a los licitadores como por lo que respecta a la gestión de la información a efectos de adjudicación del contrato. Sin que podamos dedicarle aquí la amplitud que merece el estudio de esta cuestión (para lo que remitimos a las excelentes aportaciones de GALLEGO³⁹ y MARTÍNEZ⁴⁰), en cual-

38. En esta posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. cit.*, pp. 1939 y ss.; y los tribunales administrativos de recursos contractuales, quienes aprobaron conjuntamente un documento en el que recogieron los artículos de las Directivas que consideraban directamente aplicables en España al haberse sobrepasado su plazo de trasposición, entre los que se encontraba el 36, relativo a los catálogos electrónicos; de ello también se hace eco CARBONERO GALLARDO, J. M.: «Cuadro sobre el efecto directo de las Directivas Europeas de Contratación Pública y Concesiones 2014, según el documento elaborado y publicado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley 4239/2016.

39. Véase GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Electronic Catalogues under Directive 2014/24: Simplifying Procedures and Increasing Efficiency», *Public Procurement Law Review*, n.º 3/2018, pp. 109 y ss.

40. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: «Régimen general...», *op. loc. ult. cit.*

quier caso, dado que esta técnica consiste en la posibilidad de que se obligue a presentar las ofertas mediante un concreto formato electrónico, parece que cabe englobarla entre los poderes reconocidos al órgano de contratación –en particular, disposición adicional decimosexta.1 j)–, por lo que no debe existir objeción a su implantación.

El catálogo electrónico es, en efecto, la previa especificación de un concreto formato estandarizado para organización y presentación de la información por licitadores (p. ej., una hoja de cálculo). En cuanto a su finalidad, persigue un incremento de la competencia, pero también la racionalización de la contratación: reduce la oferta del operador a los productos predeterminados por el órgano de contratación, ahorra tiempo y recursos en el tratamiento de las ofertas por dicho órgano, y permite la reutilización del catálogo para nuevas ofertas. Se puede imponer por el órgano de contratación en todos los procedimientos en que exija canal electrónico, aunque es idóneo para operar en acuerdos marco y SDA. Aunque, como ya se ha dicho, el instrumento también beneficia al licitador, en la medida en que le permite estructurar la información y presentarla de la mejor manera para su procesamiento por el poder adjudicador, la Directiva reconoce al licitador la posibilidad de aportar documentación complementaria, en cuanto que ello le permita exponer de mejor manera las especificaciones de su oferta.

La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa*

ISAAC MARTÍN DELGADO

Profesor titular de Derecho Administrativo. Director del Centro de Estudios Europeos «Luis Ortega Álvarez». Universidad de Castilla-La Mancha

- 1. Consideraciones generales**
- 2. Premisa: las relaciones entre la LCSP y la LPAC**
- 3. La regulación de las comunicaciones y notificaciones electrónicas en la LCSP**
 - 3.1. Un matiz conceptual: la diferencia entre comunicación y notificación
 - 3.2. La práctica de notificaciones por medios electrónicos en la contratación pública
- 4. Las notificaciones electrónicas de los procedimientos de contratación en la práctica**
 - 4.1. La doctrina jurisprudencial sobre las notificaciones electrónicas
 - 4.2. La doctrina reciente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
 - 4.3. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 1/18
- 5. Conclusiones**

Artículo recibido el 13/09/2018; aceptado el 20/09/2018.

* El presente estudio ha sido elaborado en el contexto del Proyecto de Investigación «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: Hacia una auténtica innovación de la Administración Pública en Castilla-La Mancha» (Ref. SBPLY/17/180501/000248), concedido en el marco de la convocatoria de ayudas para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Resumen

La regulación de las notificaciones administrativas en la LCSP presenta novedades interesantes y, al mismo tiempo, no pocas dudas. En este estudio, partiendo de una exposición general de la nueva disciplina, se analizarán los problemas detectados y se tratará de dar soluciones interpretativas en relación con este concreto tipo de comunicación, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la jurisprudencia sobre la materia. El objetivo final es ofrecer pautas prácticas que permitan conocer en profundidad las líneas maestras del régimen jurídico de las notificaciones administrativas practicadas por medios electrónicos en el procedimiento de contratación pública.

Palabras clave: *contratación pública electrónica; notificaciones administrativas.*

The practice of electronic notifications in public procurement. Transparency, competition and administrative simplification

Abstract

The regulation regarding notifications in the new legislation on public procurement includes interesting new insights and, at the same time, generates doubts. This article departs from a general perspective of the discipline and analyzes the problematic aspects of notifications to find solutions. The article takes as a reference the doctrine of the Central Administrative Tribunal of Contractual Appeals and the case law in this field. The final aim is to offer practical solutions which will allow an in-depth knowledge of the practice of electronic notifications in public procurement.

Keywords: *electronic public procurement; administrative notifications.*

1

Consideraciones generales

Como es sabido, las notificaciones practicadas en el contexto de todo procedimiento administrativo constituyen una garantía fundamental del derecho de defensa del interesado –por cuanto que le da a conocer un acto o resolución administrativa que le tiene por destinatario– y son asimismo un trámite sus-

tancial directamente conectado con la legalidad de la actuación administrativa canalizada a través del mismo.

Así ocurre, igualmente, en el procedimiento de contratación¹, con un doble matiz adicional: el deber de garantizar la libre competencia y la transparencia entre todos los interesados (es decir, los licitadores), así como la necesidad de mantener comunicaciones con ellos con carácter frecuente y continuado, convierten la práctica de las notificaciones en un elemento nuclear.

De este modo, puede afirmarse que las notificaciones administrativas dirigidas por el órgano de contratación al licitador o licitadores conectan directamente con dos de los principios que rigen la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), consagrados en su art. 1: publicidad y transparencia² y salvaguarda de la libre competencia; todo ello, sin olvidar el objetivo de la búsqueda de la simplificación de los trámites del procedimiento de contratación que se deriva del uso de los medios electrónicos.

Efectivamente, que los actos administrativos que se generan en un procedimiento de contratación puedan ser conocidos por sus destinatarios permite dar cumplimiento al deber de transparencia y publicidad que rige la contratación pública; al mismo tiempo, que ello se produzca en igualdad de condiciones constituye premisa imprescindible de la prohibición de discriminación entre los licitadores y, por tanto, de la libre competencia; finalmente, que las relaciones entre las partes se lleven a cabo por medios electrónicos garantiza ambos extremos y, además, simplifica la sustanciación de los trámites.

En este sentido, la LCSP trata de ser coherente con la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, cuyo Considerando 52 señala que «[l]os medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria (...) una comunica-

1. Tal y como mantiene GALLEGO CÓRCOLES, en el derecho de la Unión Europea la actividad de comunicación de las decisiones adoptadas en el procedimiento de contratación se aborda desde una doble perspectiva: una perspectiva procedimental, entendiendo que las comunicaciones, en general, constituyen un eslabón imprescindible del procedimiento; y una perspectiva garantista, en tanto que son premisa del derecho de defensa. GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Las notificaciones y las comunicaciones en la Ley de Contratos del Sector Público: la actuación del órgano de contratación», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (coord.): *Observatorio de los contratos públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, en prensa.

2. En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, *ibidem*.

ción totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento». Sin embargo, lo hace, en lo que afecta al tema objeto de estudio en este trabajo, por medio de una regulación asistemática y, en ocasiones, confusa.

La obligatoriedad del medio electrónico, con las excepciones previstas en la propia Directiva, queda clara en la disposición adicional decimoquinta, de conformidad con la cual, «[l]a tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos»; también se especifican en ella los concretos instrumentos que podrán utilizarse a tal fin, al señalar que «[l]as notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica».

No obstante, la nueva regulación introduce una cierta complejidad como consecuencia de un doble motivo.

En primer lugar, influenciada por la normativa europea, usa indistintamente los términos «comunicaciones» y «notificaciones» para referirse a la puesta en conocimiento de un acto administrativo a su destinatario, sin que quede clara la diferencia conceptual entre unas y otras y, más importante aún, las condiciones para su correcta práctica. Además, en algunos casos se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), mientras que en otros o bien contempla reglas específicas para la práctica de la notificación o, sencillamente, no añade remisión alguna. Ello genera la duda de hasta qué punto resulta aplicable en relación con este extremo la LPAC y, además, en qué medida la LCSP tiene capacidad para modificar los aspectos comunes establecidos en aquella.

En segundo lugar, no contempla algunos de los aspectos básicos de la práctica de las notificaciones por medios electrónicos (tales como, por señalar dos ejemplos, qué ocurre cuando la notificación ha sido puesta a disposición del interesado a través de alguno de los sistemas previstos en la norma y este no accede a su contenido, o qué consecuencias tiene la omisión de alguno de los requisitos esenciales para la práctica de la notificación por este medio).

En este estudio, partiendo de una exposición general de los preceptos de la LCSP que regulan las notificaciones administrativas, se analizarán los problemas detectados y se tratará de dar soluciones interpretativas en relación con este concreto tipo de comunicación, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la jurisprudencia sobre la materia. El objetivo final es ofrecer pautas prácticas que permitan conocer en profundidad las líneas maestras del régimen jurídico

de las notificaciones administrativas practicadas por medios electrónicos en el procedimiento de contratación administrativa incorporado en la nueva Ley.

2

Premisa: las relaciones entre la LCSP y la LPAC

Uno de los aspectos más discutibles, con carácter general, de la nueva LCSP es el hecho de que ha continuado con el enfoque iniciado por la Ley anterior en el año 2007, en el sentido de desconocer la legislación reguladora del procedimiento administrativo común en lo relativo a la regulación del uso de los medios electrónicos en la contratación pública.

Como he tenido ocasión de exponer en trabajos anteriores³, a pesar de lo que una primera lectura de la LCSP pudiera sugerir, existen argumentos para defender la aplicabilidad en el ámbito de la contratación pública de las normas de la LPAC que contemplan el uso de los medios electrónicos. Esta es la norma que tiene constitucionalmente encomendada la función de regular el procedimiento administrativo común. Las leyes especiales deben respetar ese mínimo denominador, sin perjuicio de que posean capacidad para establecer previsiones específicas con el fin de adaptar el procedimiento a su ámbito material de aplicación. En este sentido, el límite a tal adaptabilidad es doble: de un lado, no puede prescindirse totalmente del procedimiento administrativo común, salvo que la propia norma reguladora del mismo prevea expresamente la exclusión de su ámbito de aplicación de la materia concreta, lo que no ocurre con los procedimientos de contratación pública; de otro, deberán en todo caso respetarse las garantías mínimas que suponen para los ciudadanos los trámites que haya previsto esa norma común. Dicho en otras palabras, de manera justificada, podrán incluirse particularidades en atención a las especificidades del ámbito de aplicación del procedimiento; pero nunca especialidades. Junto con ello, ha de tenerse en cuenta un elemento adicional: cuando se hace referencia al uso de los medios electrónicos, se habla sobre todo de forma. Y la forma de producción de los actos administrativos también es parte del procedimiento administrativo común.

Si aplicamos estos criterios al ámbito de la contratación pública, se llega a la conclusión de que la LPAC resulta de aplicación en relación con esta materia en lo

3. Singularmente, MARTÍN DELGADO, I.: «Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación», *Contratación administrativa práctica*, núm. 147, 2017, pp. 10-17; también, más ampliamente, «El uso de los medios electrónicos en la contratación pública», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1665 y ss.

relativo al empleo de medios electrónicos: no está excluida de su ámbito de aplicación y las garantías materiales y formales que en ella se contienen no pueden ser obviadas con carácter general por obra del legislador de contratos. Lo confirma su propia disposición adicional primera, que ya no se remite, a diferencia de la LAE, a las especificidades propias en materia de contratación electrónica.

Aun cuando no se aceptara esta interpretación, como tendrá ocasión de comprobarse, el resultado con ella defendido sería en todo caso la consecuencia material de la aplicación de la disposición final cuarta LCSP —que debe ser leída en conexión con la disposición adicional primera LPAC—, cuando afirma en su primer apartado que «[l]os procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias»; efectivamente, la falta de previsiones específicas sobre la mayor parte de los derechos de los interesados en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos en el contexto del procedimiento de contratación o de las instituciones del régimen jurídico de la administración electrónica conduce a esa misma conclusión. De este modo, las condiciones de configuración y uso de figuras como la sede, la firma o los registros electrónicos resultarían exigibles en los términos previstos en la LPAC a los poderes públicos adjudicadores, con los matices que la normativa específica pueda establecer; pero también lo sería la gestión electrónica del procedimiento administrativo a nivel interno, de tal modo que las actuaciones y los actos finales deberán producirse, necesariamente, por medios electrónicos, con las excepciones expresamente previstas —que traen su causa de la Directiva—. En particular, así debe ocurrir, en lo que interesa a este análisis, con las notificaciones administrativas.

3

La regulación de las comunicaciones y notificaciones electrónicas en la LCSP⁴

3.1

Un matiz conceptual: la diferencia entre comunicación y notificación

Las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta contienen, respectivamente, las normas relativas a los medios de comunicación y al uso de

4. Este apartado se corresponde, con ligeras modificaciones, con lo publicado en MARTÍN DELGADO, I.: «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios elec-

los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación. A ellas se suma la disposición adicional decimoséptima, con los requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos.

El segundo apartado de la disposición adicional decimoquinta precisa que «[l]a tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos». Con ello, se introduce una diferencia entre dos conceptos —comunicación y notificación— que precisa de aclaración.

Una lectura general de la LCSP pone de manifiesto que son diferentes los tipos de información que el poder adjudicador intercambia con el licitador y viceversa, como diferentes son los modos e instrumentos a través de los cuales se realizará ese intercambio. Sin ánimo de exhaustividad alguno, simplemente a título ilustrativo, pueden encontrarse ejemplos de actos administrativos que han de ser notificados y publicados al mismo tiempo (la resolución de adjudicación, art. 151), de resoluciones que únicamente serán objeto de notificación (el acto de desistimiento del procedimiento o la decisión de no adjudicar, art. 152), o de información que únicamente será objeto de publicación (el contrato y la formalización del mismo, art. 154); incluso, en algunos casos, se habla de notificación de la publicación (en el supuesto de los anuncios de formalización que han de ser publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, art. 154.3). Por otro lado, en ocasiones se emplean fórmulas como la siguiente: «los órganos de contratación comunicarán» (art. 155, respecto de los motivos por los que se descarta a candidatos y licitadores, o la información a licitadores sobre quién ha resultado adjudicatario en el contexto de los sistemas dinámicos de adquisición). Asimismo, existen actuaciones respecto de las que no se indica expresamente la forma de comunicación (como el caso del requerimiento al adjudicatario para la formalización del contrato del art. 153.3) y casos en los que se señala el deber genérico de comunicar, sin indicar la forma de hacerlo (art. 49, que prevé el deber del órgano encargado de resolver un recurso especial de comunicar al órgano de contratación la solicitud de medidas cautelares; o art. 51, que establece el deber de comunicar al Tribunal la presentación de un recurso que no se haya realizado ni en el registro del órgano de contratación ni en el del órgano competente para resolver).

trónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1964 y ss. Su incorporación al presente estudio se justifica sobre la base de la necesidad de ofrecer en un único trabajo una visión completa de la teoría y la práctica de las notificaciones electrónicas en el procedimiento de contratación.

La distinción entre comunicación y notificación también puede encontrarse en la LPAC, que, sin embargo, no mantiene la opción de la LAE de establecer una diferencia conceptual entre ambas: por comunicación entendía cualquier interacción formal entre Administración y ciudadano, en ambas direcciones, mientras que la notificación era considerada una especie del género comunicación, referida a la puesta en conocimiento de actos administrativos por parte de la primera al segundo, razón por la cual regulaba los requisitos de validez de las comunicaciones, con carácter general, y reconocía el derecho del ciudadano a elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, correspondiendo a estas concretar los medios de comunicación utilizables. Aunque el concepto comunicación sigue presente –de hecho, el art. 13 reconoce el derecho de las personas a comunicarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas a través del Punto de Acceso General Electrónico, y mantiene el derecho de los ciudadanos a elegir el medio para comunicarse con las Administraciones Públicas–, da a entender que comunicación y notificación son dos formas concretas de poner en conocimiento del destinatario un acto administrativo. El art. 41.3, de hecho, al hablar de la comparecencia espontánea en las oficinas de registro como excepción a la práctica de notificaciones por medios electrónicos, añade como condición que el mismo «solicite la comunicación o notificación personal en ese momento». En algunos casos se hace uso del verbo comunicar para dar a conocer actos administrativos a los interesados (así lo hace el art. 22 cuando señala el deber de informar a los interesados de la petición de un informe o de la necesidad de pronunciamiento previo por parte de otro órgano administrativo o jurisdiccional, al establecer que tal hecho deberá «comunicarse a los interesados»; el art. 64, que exige comunicar al denunciante el acto de incoación de un procedimiento sancionador; el art. 78, que prevé el deber de comunicar a los interesados el inicio de las actuaciones necesarias para la práctica de las pruebas admitidas; o el 8, que prevé la obligación de comunicar a los titulares de derechos o intereses legítimos identificados en el expediente la existencia de un procedimiento administrativo cuya resolución puede afectar a los mismos). Y, a la inversa, para que los interesados den a conocer su voluntad a la Administración (es el caso del art. 41.1, que habilita a los interesados para «comunicar en cualquier momento a la Administración Pública (...) que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos»). Por otro lado, en otras ocasiones el término comunicación se emplea como equivalente al de acto de la Administración. Así lo hace el art. 45.4 cuando afirma que «la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos, se entenderá cumplida por su publicación en

el Diario oficial correspondiente». Adicionalmente, la palabra comunicación no está reservada en exclusiva a la interacción unidireccional Administración-ciudadano, sino que abarca igualmente el sentido contrario o la interacción entre órganos administrativos. Por ejemplo, el art. 66.3 se refiere a las comunicaciones que presenten los interesados electrónicamente o en las oficinas de registro, mientras que el art. 70.4 menciona las comunicaciones internas entre las actuaciones que no formarán parte del expediente; el art. 72 considera comunicación a la petición de informes a otros órganos administrativos; y el 61 establece el deber de comunicar al órgano que ha formulado una petición razonada de apertura de un procedimiento administrativo los motivos por los que no procede la iniciación.

Teniendo en cuenta que en la LCSP el término comunicación se emplea para hacer referencia tanto a las que se dan entre órganos administrativos, como a las que se realizan entre órgano administrativo-licitador y licitador-órgano administrativo, la duda que plantea el uso variado e indistinto de los términos comunicación y notificación es si pueden articularse criterios objetivos para diferenciar una de otra, y si existe algún tipo de matiz entre ambas en cuanto a su régimen jurídico.

Resulta evidente que ni destinatario ni contenido constituyen criterios válidos para distinguir una de otra. Se notifica a los licitadores, pero también a los órganos de contratación (art. 135.3), a los poderes adjudicadores (art. 134.4) o a la Administración (art. 200.2); al mismo tiempo, se notifican resoluciones, pero también la publicación de información. Además, no se aplica la lógica de la LPAC en el sentido de que la publicación es sustitutiva de la notificación, pues en ocasiones es complementaria (art. 151).

Junto con ello, en algunos casos se establece el derecho o el deber de notificar electrónicamente o de ser notificado por esta vía. Así lo hacen el art. 51.1 e) respecto de los recursos especiales, el 140.1 a) en relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, o el 151 respecto de la resolución de adjudicación. También para las comunicaciones, tal y como prevé el art. 224, de conformidad con el cual «todas las comunicaciones que se realicen en el contexto de un sistema dinámico de adquisición se harán utilizando únicamente medios electrónicos».

Sí puede observarse una diferencia: la mayor flexibilidad en cuanto a la práctica de la notificación en todo lo que no está estrictamente referido al procedimiento de licitación o sea posterior a la adjudicación del contrato.

Si se tiene en cuenta que, al hablar de notificación, en algunos casos los preceptos se remiten directamente a la disposición adicional decimoquinta y en otros no, la complejidad es más que evidente. Adicionalmente, genera

inseguridad jurídica el hecho de que, en cuanto a los concretos instrumentos para la práctica de la notificación, se habla en algunos casos de comparecencia electrónica y de dirección electrónica habilitada y, en otros, de dirección de correo electrónico habilitada.

En el intento de ofrecer una explicación lógica a esta dispersión, debe partirse de la opción del legislador español por la transposición literal de la Directiva, que hace uso del término comunicaciones, tanto en el art. 22 como en la mayor parte de sus preceptos, restringiendo el empleo del término notificación a supuestos muy específicos. Es claro que, debido a la diversidad de regímenes jurídicos en los Estados miembros sobre la práctica de las notificaciones, aquella no puede ser más precisa y ha de acudir necesariamente al empleo de términos genéricos; pero no menos cierto es que el legislador nacional tiene el deber de adaptar tales previsiones al sistema interno, no solo para lograr que el régimen jurídico de las mismas sea inteligible, sino con el fin de evitar contradicciones e incoherencias en el propio ordenamiento. Junto con ello, la opción por las comunicaciones —entendidas como publicación de actos en espacios de acceso colectivo— en lugar de por la notificación personal podría tener sentido en un contexto presencial y de tramitación en papel, con el fin de favorecer la agilidad de la gestión del procedimiento de licitación. En el contexto de la administración electrónica, sin embargo, tan ágil es comunicar como notificar⁵. El legislador no ha sabido aprovechar las oportunidades que genera el uso de los medios electrónicos.

En cualquier caso, debe concluirse que la notificación es una forma de comunicación y que, con carácter general, pueden establecerse tres reglas básicas al respecto. En primer lugar, habrá que tener presente el concreto precepto aplicable para concretar los requisitos y la forma (notificación personal, simple comunicación, medio para practicar una u otra, espacio a través del cual se canaliza) en la que una actuación procedimental ha de ser puesta en conocimiento del licitador o del órgano de contratación. En segundo lugar, cuando haya que notificar, resultarán en todo caso de aplicación las reglas generales de validez de las notificaciones consagradas en el art. 41.1 LPAC —constancia de envío o puesta a disposición, de la recepción o el acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario—, que se reproducen, tanto para las notificaciones como para las comunicaciones, en la disposición

5. Para GALLEGO CÓRCOLES, se tiende a exigir bien notificación o bien comunicación individual en el ámbito de la contratación cuando el acto objeto de la misma pueda tener repercusión en el desarrollo del procedimiento de licitación, lo cual incluye en todo caso los actos que sean susceptibles de recurso especial, los que ponen fin al procedimiento y los actos de trámite cualificados. GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Las notificaciones y las comunicaciones...», *op. cit.*, en prensa.

adicional decimosexta [apartado 1 e)]. En tercer lugar, no puede desconocerse que, al igual que ocurre en cualquier otro procedimiento, la finalidad de toda comunicación es dar a conocer un acto administrativo o una actuación del interesado a su destinatario; por tanto, con independencia de la forma y el medio empleados, lo relevante en el caso concreto será la certeza del conocimiento material del mismo.

A continuación, se desarrollarán con mayor detalle estas ideas.

3.2

La práctica de notificaciones por medios electrónicos en la contratación pública

Como ha sido anticipado, la gran apuesta de la Directiva de Contratación Pública fue la imposición de la obligatoriedad de realizar por medios electrónicos las comunicaciones generadas en los procedimientos de contratación. Sin embargo, tal apuesta es ciertamente limitada, pues, como adelanta el propio Considerando 52, en el que se anuncia la misma, «[e]s preciso aclarar además que, sin embargo, la utilización obligatoria de medios electrónicos con arreglo a la presente Directiva no debe obligar a los poderes adjudicadores a tratar electrónicamente las ofertas, como tampoco debe exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado. Asimismo, con arreglo a la presente Directiva, ningún elemento del procedimiento de contratación pública tras la adjudicación del contrato debe estar sujeto a la obligación de utilizar medios electrónicos de comunicación, como tampoco debe estarlo la comunicación interna en el marco del poder adjudicador». Además, no se regulan las concretas condiciones en las que tales comunicaciones han de ser practicadas, más allá de la exigencia del uso de medios electrónicos.

En coherencia con ello, la disposición adicional decimoquinta precisa que la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los procedimientos de adjudicación tendrá lugar por medios electrónicos, con las excepciones que se indican en la misma, limitadas a la posibilidad de utilizar comunicación oral en el caso de comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación⁶, y siempre que sea posible acreditar su contenido. Aunque no se indique expresamente, dado que se está excepcionando la regla general y puede quedar afectado el

6. De conformidad con lo previsto en la propia disposición, tales elementos son, al menos, los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas.

conocimiento de la comunicación, la aplicación de la excepción deberá ser específicamente motivada de forma suficiente.

Por otro lado –aunque no se entiende, tal y como ha sido expuesto en el epígrafe anterior, la razón de la diferenciación entre notificaciones y comunicaciones a la hora de exigir la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos para su práctica, puesto que la notificación no deja de ser un tipo de comunicación en nuestro ordenamiento jurídico–, pueden identificarse en la norma tres tipos de comunicaciones en el ámbito de la contratación pública: notificaciones en sentido estricto, presentación de ofertas y solicitudes de participación, y otras comunicaciones. Las dos primeras contienen normas específicas, más allá de que a todas ellas resultan de aplicación las condiciones y los requisitos contenidos en las tres disposiciones adicionales mencionadas.

Respecto de todas ellas, la disposición adicional decimosexta exige la acreditación de la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, así como de la integridad de su contenido y de la identidad del remitente. En relación con el concreto supuesto de las notificaciones –forma de comunicación–, el primer apartado de la disposición adicional decimoquinta establece que estas podrán realizarse «mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica». Corresponderá al órgano de contratación elegir entre una u otra u optar por ambas, salvo en los casos en los que resulte de aplicación alguna excepción a la notificación electrónica o cuando el concreto precepto aplicable indique expresamente el concreto instrumento de notificación.

De este modo, puede afirmarse que la LCSP ha optado por equiparar los requisitos de validez y los medios de notificación en materia de contratación a los previstos en la LPAC con carácter general. Sin embargo, lo ha hecho de forma incompleta: a diferencia de lo establecido en el art. 43 LPAC, no se exige que la dirección electrónica habilitada deba ser única, y no se señala expresamente que la comparecencia electrónica sea a través de la sede.

El hecho de que la LCSP no incluya el requisito de que la dirección electrónica habilitada deba ser única no impide que la exigencia de disponer de un sistema de dirección electrónica habilitada en cada nivel de Administración –o uno único, el estatal, por vía de convenio⁷ resulte igualmente aplicable en el sector de la contratación pública. Por tanto, no deberían aceptarse los

7. El Tribunal Constitucional ha dejado claro en su Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, que no es posible, vía disposición adicional segunda de la LPAC, imponer forzosamente la adhesión a las plataformas estatales de administración electrónica a comunidades autónomas y entes locales; de este modo, el Punto de Acceso General Electrónico de la Administración General del Estado, espacio introducido por la normativa general reguladora del procedimiento administrativo común para garantizar el acceso único a las notificaciones electrónicas.

desarrollos de direcciones habilitadas específicas para el ámbito exclusivo de la contratación.

La ausencia de mención a la sede en relación con la notificación por comparecencia electrónica resulta comprensible si se parte de la consideración de que la puesta a disposición se puede realizar a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público⁸ —o espacio autonómico equivalente—, dado que su diseño permite cumplir con los requisitos de seguridad, control de tiempos e integridad predicables de la sede electrónica. En mi opinión, la sede electrónica ordinaria del poder adjudicador también servirá a los efectos de realizar la práctica de notificaciones en el contexto del procedimiento de licitación⁹.

cas, solo podrá funcionar como punto único para las practicadas por órganos autonómicos y locales en la medida en que exista adhesión voluntaria al mismo.

8. La Plataforma es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, un *tertium genus*, a camino entre sede electrónica y punto de acceso electrónico, pues posee notas características de ambos. Así se deduce de las circunstancias que se expresan a continuación.

La obligatoriedad de su existencia no procede del hecho de ser sede electrónica, sino de la previsión expresa contenida en el artículo 347 LCSP. En el Aviso Legal que contiene la web en la que está disponible la información la describe como el mecanismo electrónico puesto a disposición de todos los órganos de contratación del sector público para permitirles dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos, tal y como establece el artículo 347. De este modo, no solo ofrece información con enlaces a los respectivos perfiles de contratante cuando se trata de procesos de licitación de otras Administraciones diferentes de la estatal, sino que también presta servicios concretos. Por otra parte, garantiza la autenticidad, integridad e inalterabilidad del contenido de los perfiles de contratante incorporados a ella por los órganos de contratación dados de alta en la misma, si bien, como no podía ser de otro modo, la responsabilidad de la información contenida en los perfiles de contratante integrados en la Plataforma de Contratación del Sector Público corresponde única y exclusivamente a los órganos de contratación dados de alta en la misma.

En definitiva, se trata de una dirección electrónica creada para la gestión de la publicidad contractual (punto de acceso electrónico) que está habilitada para prestar otros servicios de Administración electrónica (como sede electrónica), tales como el servicio de notificación a los candidatos o licitadores, el sellado de tiempo de todos los documentos publicados en ella, el envío de anuncios a diarios oficiales, el acceso a los documentos estandarizados básicos utilizados en los procedimientos de contratación, la interacción entre ella y los portales de los órganos de contratación en los procesos de publicaciones de las licitaciones o la presentación de ofertas. Prueba de ello es, además, la necesidad de utilizar algún medio de identificación electrónica —nombre de usuario y contraseña o certificado digital— para el acceso a la Plataforma por parte de los usuarios de servicios complementarios.

9. A pesar de que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha señalado, en varias de sus resoluciones, que en ningún momento el perfil de contratante puede ser empleado como medio alternativo para efectuar la práctica de notificaciones cuando es necesaria la notificación individual, de tal modo que la publicación en el mismo de actos administrativos no surte efecto notificador, lo cierto es que difícilmente podrá rechazarse tal efecto en los casos en los que el sistema empleado permita dejar constancia del acceso por parte del interesado. No en vano, pueden encontrarse algunas resoluciones en las que se acepta como medio válido de notificación en el caso de los requerimientos de subsanación o cuando así

Más allá de estas especificidades, la aplicabilidad de la norma común en materia de notificaciones conduce a mantener la vigencia del régimen previsto en la LPAC¹⁰. No en vano, los tribunales administrativos de recursos contractuales están aplicando con normalidad los arts. 41 y siguientes de la LPAC a la hora de resolver recursos en materia de contratación pública, como se verá más adelante. Por ello, resulta fundamental tener en cuenta que la LPAC ha introducido varias novedades significativas respecto de esta materia¹¹.

En primer lugar, el art. 41 señala que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos, si bien constituirá una opción del interesado, vinculante para la Administración en el caso de que se opte por la misma, cuando se trate de sujetos no obligados al uso de los medios electrónicos. En el ámbito de la contratación pública, las comunicaciones entre órgano de contratación y licitadores se llevarán a cabo exclusivamente por medios electrónicos (sin que exista, pues, distinción entre personas físicas y personas jurídicas ni margen de opción para las primeras)¹², si bien corresponderá a aquel concretar a través de los pliegos el sistema para la práctica de notificaciones en los casos en los que no esté previsto expresamente en el precepto aplicable.

La segunda de las novedades radica en el hecho de que se descarta el correo electrónico como medio para la práctica de las notificaciones administrativas, optando expresamente –y de manera limitativa– por la dirección electrónica habilitada (a la que ahora se añade como segundo apellido el de «única») y por la notificación por comparecencia en sede electrónica (a la que

se haya previsto expresamente en los pliegos (cfr. GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación», *Contratación administrativa práctica*, n.º 145, 2016, pp. 7 a 10 (cito por la versión electrónica).

10. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya había venido considerando que determinados actos administrativos emanados en el procedimiento de contratación (el acto de adjudicación y el acto de exclusión que se comunique junto con ella) estaban sometidos a los requisitos de la LAE y, en consecuencia, se aplicaba la lógica de la práctica de las notificaciones en ella prevista. GALLEGO CÓRCOLES, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

11. Para una profundización en las mismas puede verse MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos», en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2123-2206.

12. Así acaba de confirmarlo recientemente, con carácter general, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución de 29 de junio de 2018 (Recurso núm. 516/2018), en la que manifiesta que «los licitadores que actúen como personas físicas también estarían obligados a la presentación de ofertas por medios electrónicos, pues la disposición adicional decimoquinta les obliga a ello, que está en vigor y prevalece como Ley especial sobre la Ley 39/2015, por lo que carecen de la facultad de elección que les otorga el apartado primero del artículo 14 de la Ley 39/2015». Más allá de que al mismo resultado se llega sobre la base de la idea ley común-ley particular, sin necesidad de invocar la especialidad de la LCSP, la conclusión alcanzada es acertada.

se accederá a estos efectos a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración). Efectivamente, la LAE permitía el empleo de correos electrónicos convencionales para la práctica de notificaciones administrativas por medios electrónicos, siempre que existiese constancia del momento de entrega de la notificación en el buzón del destinatario y del momento de acceso a su contenido. Sin embargo, esta posibilidad desaparece, dado que la LPAC no ha regulado la práctica de las notificaciones de una manera generalista (estableciendo las condiciones y dejando cierta libertad en cuanto a los concretos medios), sino que, por el contrario, realiza una clara opción por dos sistemas de notificación, que serán los únicos posibles y, más aún, válidos. Así se deduce del tenor literal del art. 43, según el cual las notificaciones por medios electrónicos «se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas». También se deriva de lo previsto en el último inciso del art. 41.1, cuando precisa que la identificación por parte del interesado de un dispositivo electrónico y/o de una dirección de correo electrónico servirá a los efectos de recibir avisos complementarios, «pero no para la práctica de las notificaciones». Son estos dos los instrumentos que menciona la disposición adicional decimoquinta para la práctica de las notificaciones en el ámbito de la contratación, de modo que debe entenderse excluida la posibilidad de hacer uso del correo electrónico ordinario como medio de notificación también en los procedimientos de contratación.

Como consecuencia de lo anterior –para evitar al ciudadano, indirectamente obligado a recibir notificaciones a través de medios electrónicos que no maneja habitualmente, la carga de consultar periódicamente su dirección electrónica habilitada única o identificarse en la sede para comprobar si tiene alguna notificación–, la tercera de las novedades es precisamente la introducción de la obligación para la Administración de enviar un aviso complementario al dispositivo electrónico (móvil, normalmente) o a la dirección de correo que indique el interesado. Lo establecen expresamente tanto el art. 41.1, que configura como derecho del interesado la identificación de tales medios, como el art. 41.6, de conformidad con el cual se establece el correlativo deber de las Administraciones Públicas de enviar ese aviso complementario –exigible también en el caso de práctica de notificaciones en papel–. Sin embargo, derecho y deber quedan desarticulados y pueden resultar más aparentes que reales si se tiene en cuenta que el propio art. 41.6 precisa, en su inciso final, que la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida, algo ya anticipado en el preámbulo mediante el empleo de la cláusula «siempre que esto sea posible». Queda en manos de la

Administración actuante el cumplimiento de tal obligación, sin que su incumplimiento tenga consecuencias jurídicas. En cualquier caso, en el ámbito de la contratación pública, el aviso complementario también deberá practicarse; forma parte del sistema de dirección electrónica habilitada y es premisa para la notificación por comparecencia en sede o espacio equivalente. A todo ello ha de añadirse un importante matiz final: el incumplimiento de algunos de los requisitos que debe reunir la práctica de una notificación administrativa afecta a su validez y, en consecuencia, a la eficacia del acto administrativo. Efectivamente, el art. 41.1 señala en su tercer inciso que «las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma». La disposición adicional decimosexta contempla estos mismos requisitos en términos casi idénticos. En concreto, exige en su primer apartado, letra e), que «[l]as aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma». Por tanto, cuando el sistema empleado no cumpla estas condiciones deberá entenderse que la notificación es inválida y el acto administrativo ineficaz. Sin embargo, en la práctica, muy difícilmente podrá atacarse la falta de eficacia de un acto administrativo notificado deficientemente por medios electrónicos cuando ha sido conocido por el interesado y este ha actuado en consecuencia, como se expondrá a continuación.

En cuanto al régimen jurídico de la práctica de las notificaciones administrativas por medios electrónicos, como ya ha sido indicado, solo podrán válidamente realizarse a través de los sistemas contemplados: dirección electrónica habilitada única o sede electrónica. La opción por uno u otro –o por ambos– no corresponde al interesado, sino a cada Administración Pública.

Respecto del primero de ellos, aunque la Ley no aclara si el adjetivo de única se refiere a todas las Administraciones o a cada nivel territorial, resulta evidente que no puede imponerse por ley estatal esta opción a las comunidades autónomas, pues afectaría a su ámbito competencial constitucionalmente reservado; por tanto, cada Administración, en el caso de que decida implantar el sistema, deberá garantizar que la dirección electrónica atribuida al interesado es válida a efectos de recepción de todas las notificaciones por parte de los órganos integrados en su nivel territorial. Todo ello, sin perjuicio de que el resto de Administraciones Públicas se adhieran voluntariamente al sistema de dirección electrónica habilitada desarrollado por el Estado. Respecto de la notificación en sede electrónica,

a pesar de que se haga mención al Punto de Acceso General Electrónico, deberá entenderse que el mismo solo opera como puerta de acceso a la sede, pues es esta y no aquel la que está debidamente configurada para cumplir con todos los elementos que hacen válida la misma. Por tanto, la notificación será practicada en la sede y el interesado, tras identificarse convenientemente en el contexto de la misma, accederá en ella al contenido de la notificación. Además, no será válida cualquier sede a estos efectos, sino que ha de tratarse de la conectada con la Administración actuante (bien por ser de su titularidad o bien por haberse firmado el correspondiente convenio) so pena de incursión en defecto formal del cual se pueden derivar consecuencias invalidantes.

Como ha sido anticipado, estos son también los dos sistemas de notificación por los que opta la LCSP, tanto en su disposición adicional decimosexta como en el art. 140.1 a), según el cual en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para contratar deberá designarse una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma, circunstancia esta que deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el mismo sentido, el art. 51.1 d) requiere una dirección electrónica habilitada para la recepción de las notificaciones y comunicaciones que se practiquen en el marco del procedimiento administrativo en vía de recurso especial.

La falta de mención específica a la sede en el caso de la notificación por comparecencia puede explicarse, como ha sido anticipado, sobre la base de que la Plataforma de Contratación del Sector Público (y las equivalentes autonómicas) puede funcionar como tal a estos efectos. En todo caso, tal omisión tiene un claro efecto derivado: a diferencia de lo que ocurre en relación con el procedimiento administrativo común, donde, de optarse por este sistema, el hecho de que la notificación se ponga a disposición en la sede «de la Administración u Organismo actuante» deviene requisito de forma ineludible, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias invalidantes, en el ámbito de la contratación pública no ocurrirá así: bastará con que el espacio virtual a través del cual se ponga a disposición la notificación reúna las condiciones de la disposición adicional decimosexta.

El art. 43 señala expresamente que las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en el que se produzca el acceso a su contenido. De este modo, la notificación en sede produce efectos desde el acceso por el interesado o su representante, debidamente identificado, al enlace que conduce a la resolución administrativa objeto de notificación; la notificación a través de dirección electrónica habilitada también producirá efectos a

partir del momento de acceso al mensaje ubicado en el buzón. Sin embargo, la LCSP introduce una especificidad en el segundo párrafo del primer apartado de la disposición adicional decimoquinta que genera dudas desde la perspectiva del derecho de defensa¹³, pues varía el momento en el que la notificación surte efectos, que no será el de acceso al contenido de esta, sino la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación. Efectivamente, en los casos en los que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación, esta se entenderá practicada desde su fecha de envío o la fecha de envío del aviso de notificación si el medio utilizado fuera la comparecencia electrónica. Cuando no haya existido publicación en el perfil de contratante o el sistema de notificación sea el de dirección electrónica habilitada, en cambio, los plazos se computarán desde la fecha de la recepción de la notificación por el interesado. De este modo, cuando el órgano de contratación opte por el uso de la dirección electrónica habilitada como instrumento de notificación no existirán especialidades respecto del momento en el que esta se entiende producida, como tampoco se darán cuando el acto objeto de notificación se haya publicado ese mismo día en el perfil de contratante.

Aunque la norma no indica expresamente la obligatoriedad de practicar aviso complementario de notificación, el mismo se menciona en la disposición adicional decimoquinta y está incorporado a los sistemas de dirección electrónica habilitada y comparecencia en sede, con lo que deberá entenderse de aplicación en el ámbito de la contratación pública.

En el régimen común, una vez depositada la notificación en la dirección electrónica habilitada única o puesta a disposición en la sede electrónica, si transcurrieran diez días –naturales– sin que el interesado acceda a su contenido, esta se entenderá rechazada. La consecuencia de tal presunción de rechazo es que el trámite se entenderá efectuado y el procedimiento continuará su curso. Así ocurrirá igualmente en el ámbito de la contratación pública¹⁴; aunque nada dice expresamente la Ley, deberá entenderse que resulta de aplicación el art. 43 LPAC, pues, de lo contrario, la eficacia del acto administrativo objeto de notificación quedaría en manos del licitador destinatario, con todo lo que ello puede implicar en términos de afectación al procedimiento de contratación, a la igualdad entre los interesados en el mismo y a la libre

13. De la misma opinión, CAMPOS ACUÑA, M.^a C.: «¿Contratación pública electrónica obligatoria? La visión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público a la luz de la Ley 39/2015», en *Contratación administrativa práctica*, n.º 147, 2017, p. 31.

14. Para GALLEGO CÓRCOLES, en cambio, «la lógica del rechazo de las notificaciones no termina de adaptarse bien a un procedimiento competitivo, que no solo exige especial deber de celeridad, sino también que determinados plazos sean comunes a todos los participantes»; en GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Las notificaciones y las comunicaciones...», *op. cit.*, en prensa.

competencia. De hecho, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aplica esta técnica en sus resoluciones con carácter ordinario.

En relación con el concreto supuesto del recurso especial en materia de contratación, la LCSP contiene algunas reglas particulares. Efectivamente, su art. 54 precisa que «[l]as comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos». Junto con ello, el art. 56 se remite a las disposiciones de la LPAC en cuanto al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación, con algunas consideraciones específicas en cuanto a la forma de practicar la notificación. De este modo, a pesar de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta, habrá de entenderse que, en el ámbito del recurso especial, se aplica íntegramente la LPAC respecto del uso de los medios electrónicos en la práctica de las notificaciones. La única diferencia radica en que, en virtud de lo previsto en el primer apartado de la disposición adicional decimoquinta, los plazos comenzarán a computarse desde la recepción de la notificación o del aviso de notificación (lo cual, como se ha sostenido con anterioridad, es ciertamente criticable). La opción general, más allá del matiz señalado, es razonable, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento administrativo ordinario —en vía de recurso— carente de singularidades que determinen la necesidad de contar con una disciplina propia en relación con este extremo. Pero esta misma reflexión debería hacerse igualmente respecto de las notificaciones en el contexto del procedimiento de contratación ordinario.

A modo de resumen, puede afirmarse que las notificaciones que deban realizarse en el marco de un procedimiento de contratación habrán de practicarse en exclusiva por medios electrónicos, a través de alguno de los dos sistemas expresamente previstos en la LCSP y garantizando la constancia de los momentos de puesta a disposición, acceso al contenido e identidad del remitente. Lo contrario puede tener efectos no solo sobre la propia validez de la notificación, sino, además, sobre el acto administrativo notificado y, por ende, el propio procedimiento.

4

Las notificaciones electrónicas de los procedimientos de contratación en la práctica

La determinación de los efectos derivados de los defectos en la práctica de las notificaciones administrativas en el ámbito de la contratación solo puede llevarse a cabo desde un examen de la jurisprudencia general acerca de las

notificaciones electrónicas y de la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales acerca de esta concreta cuestión. Precisamente por ello, a continuación se ofrecerá una exposición sistematizada de algunas de las sentencias y resoluciones más relevantes sobre notificaciones electrónicas.

4.1

La doctrina jurisprudencial sobre las notificaciones electrónicas¹⁵

La razón de ser de toda notificación es dar a conocer un acto administrativo a su destinatario. La notificación es una actividad, una práctica administrativa necesaria para que un acto administrativo surta sus efectos y para la validez de los actos posteriores, que requieren el conocimiento del anterior por parte de su interesado. No es, pues, acto administrativo¹⁶. Esto es lo que explica que la ilegalidad de la misma no afecte a la validez del acto administrativo notificado, sino solo a su eficacia, así como que el defecto en la práctica de la notificación no pueda ser recurrido sino en relación con el acto notificado. También que, a pesar de ser realizada en contradicción con las exigencias legales previstas para su práctica, pueda surtir efectos –y, con ella, el acto administrativo objeto de la misma–, cuando el destinatario llega a conocer materialmente su contenido y reacciona en consecuencia.

Sin embargo, ese dar a conocer no puede ser entendido en sentido literal y estricto, hasta sus últimas consecuencias, de tal manera que la actividad administrativa no pueda continuar hasta que no se comprueba que el acto ha llegado materialmente a conocimiento del interesado; ello podría suponer una paralización de la acción administrativa, en detrimento del interés general, y, en última instancia, equivaldría a dejar el desarrollo de la misma a la voluntad del administrado. Además, no es posible garantizar la notificación como puesta en conocimiento efectiva en todos los casos. Por ello, el ordenamiento jurídico no busca tanto que el acto administrativo llegue materialmente a conocimiento del interesado como que se cumplan una serie de condiciones mí-

¹⁵. Un examen más completo y exhaustivo sobre la nueva regulación de las notificaciones y, en particular, acerca de la jurisprudencia en materia de notificaciones electrónicas, puede verse en MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos...», *op. cit.*, pp. 2123-2206.

¹⁶. En expresión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2016 (Recurso núm. 2109/2015, FJ 3.º), «el acto de notificación es algo conceptualmente distinto de la resolución que se notifica y del procedimiento que la origina».

nimas en la práctica de la notificación que hagan suponer, en circunstancias normales, que el acto será conocido por su destinatario.

Ello demuestra que en las notificaciones administrativas la forma interesa no como ritual sin sentido, sino como medio para garantizar unas condiciones mínimas en la práctica de la notificación, cumplidas las cuales el acto se entiende notificado, sin necesidad de constatar, en cuanto al fondo, que el mismo ha sido conocido efectivamente por el administrado.

Por esta razón, la notificación se configura como una obligación de carácter formal exigible a la Administración, que debe seguir unas determinadas formas para entenderse correctamente practicada con efectos materiales sobre el administrado, al cual se exige un mínimo deber de diligencia en su recepción, en tanto que le da a conocer un acto administrativo para que actúe en consecuencia.

Se establecen así una serie de garantías que tienden a asegurar teóricamente la llegada íntegra del acto al interesado, cuyo cumplimiento da lugar a una presunción de conocimiento, que admite prueba en contrario. Y, junto con esa presunción, existe una ficción: el acto se entenderá conocido cuando, no habiendo producido el efecto deseado otro medio de notificación, se haga uso de la notificación edictal.

En consecuencia, la esencia de la notificación administrativa está en que se trata de una práctica obligatoria que se traduce en una determinada actividad consistente en comunicar el contenido de un acto o resolución administrativa a la persona o personas afectadas por la misma, con el fin de que esta o estas actúen en consecuencia; por ello constituye una parte esencial del procedimiento, que pretende asegurar que el interesado conoce un acto o resolución que le afecta o, en su caso, que la puesta en conocimiento ha sido intentada de conformidad con las condiciones exigidas legalmente.

El aspecto fundamental del régimen jurídico de las notificaciones administrativas es, pues, la constancia, razón por la cual, en el caso concreto, la eficacia del acto objeto de notificación es cuestión de prueba.

El art. 41 LPAC, como ha sido indicado, extrapola las condiciones de validez para las comunicaciones electrónicas que contenía la LAE para todas las notificaciones administrativas, sean practicadas por medios electrónicos o en papel. Efectivamente, señala que, con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de las mismas, obligando a incorporar al expediente la acreditación de todos estos extremos. La disposición adicional decimosexta, en coherencia con ello, exige —como ha sido expuesto— que

las aplicaciones que sean utilizadas para la práctica de notificaciones respeten todos estos extremos. Por tal razón, todas estas consideraciones generales resultan igualmente predicables respecto del ámbito de la contratación pública.

Así pues, la constancia de la práctica de la notificación (y, en general, de todas las circunstancias e incidencias relacionadas con la misma) es el aspecto fundamental, la clave del sistema, en coherencia con la forma en que está configurado: en tanto en cuanto se persigue garantizar el conocimiento o, en su caso, presumirlo —e, incluso, fingirlo—, a través del seguimiento de una serie de formas en la práctica de la notificación, la prueba de la misma requiere que conste en el expediente el cumplimiento de esas formas¹⁷.

La duda que se plantea es si el incumplimiento de alguno de estos requisitos o el uso de sistemas distintos para la práctica de la notificación, inicialmente no permitidos, tiene consecuencias sobre la validez del acto administrativo objeto de notificación o afecta simplemente a su eficacia.

La jurisprudencia es constante al exigir la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso, y al considerar excepcional la nulidad de pleno derecho de las actuaciones administrativas cuando no se cumplan algunos de los requisitos para la práctica de las notificaciones administrativas, en general, y de las electrónicas en particular. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de enero de 2016 (Recurso núm. 17/2015) contiene un buen resumen de esta doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que se reproduce por su claridad: «Como señala, de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*ad exemplum* sentencia de 21 de junio de 2006), el

17. En las notificaciones convencionales, este requisito se cumple mediante el acuse de recibo, a través del agente de correos, que da fe de que la notificación ha sido debidamente practicada —y así lo firma el destinatario o su representante, o la persona que se encuentra en el domicilio—, rechazada o intentada. En el supuesto de las notificaciones electrónicas, ha de existir igualmente ese acuse de recibo —que, en este caso, será automatizado—, con constancia de la fecha y hora de la puesta a disposición de la notificación y del acceso a su contenido, con la diferencia de que son más los datos que hay que comprobar, porque mayores son las exigencias derivadas de las formas de la notificación, dada la separación que existe entre entrega de la misma y recepción por el destinatario. Ello supone que, bien la Administración o bien el tercero que preste el servicio de puesta a disposición de la notificación por medios electrónicos, gestione debidamente la emisión de tales certificaciones. Así lo exige, en el caso de las notificaciones mediante dirección electrónica habilitada, la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada, cuyo art. 10 determina que corresponde al órgano que presta el servicio gestionar los acuses de recibo de los interesados y de los organismos notificadores, y al prestador del servicio remitir al órgano notificante certificaciones de todos los extremos indicados, así como la de cualquier incidencia que se produzca en la práctica de la notificación, datos todos ellos que se incorporarán al expediente. Y así ocurre también con la notificación mediante puesta a disposición en sede, que estará configurada para acreditar todos los accesos por parte del interesado.

procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: servir de garantía a los derechos individuales y, con respecto a la Administración, contribuir al acierto de las resoluciones administrativas. De aquí que el ordenamiento jurídico atribuya diversas consecuencias a los defectos de procedimiento en función de la gravedad de los mismos (...). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto a la apreciación de la nulidad radical, señalando que la consistencia de los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad, deben ser de tal magnitud que “es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites y resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido” (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000). (...) la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo (...) llega a la conclusión que los defectos de notificación (...) producen la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues ante la falta del conocimiento del acto administrativo, no puede ejercer los recursos o acciones pertinentes, cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso» (FJ 3.º).

En este sentido, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011, continúa afirmando que, «en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo “el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en los términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución” (...). El rigor procedimental en materia de notificaciones no tiene su razón de ser en exagerado formulismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución. (...) las exigencias formales solo se justifican en el sentido y en la medida en que cumplen una finalidad; todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano y las partes no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido; el objeto de toda notificación administrativa y de las formalidades de que ha de estar revestida, para tener validez, es el de garantizar que el contenido del acto (...) llegue al conoci-

miento del obligado; los requisitos formales de las notificaciones, que las diferentes normas invocadas establecen, tienen por finalidad garantizar que el contenido del acto administrativo llegue cabalmente a conocimiento del interesado y que incluya los medios y plazos de impugnación, de forma que, cuando ese fin está cumplido, pierden las referidas formalidades su razón de ser y cualesquiera que sean otras consecuencias que pudieran producir su inobservancia, lo que no puede causar es la anulación de la notificación misma pues sería absurdo convertir el medio (el requisito garante de que la notificación se produce) en el fin de sí mismo; en fin, lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas, de manera que cuando se discute acerca del cumplimiento de las formalidades legales, sobre el cómo han de hacerse las notificaciones, lo decisivo no es que se cumplan estas previsiones legales, sino que efectivamente el sujeto tenga o haya podido tener conocimiento efectivo del acto notificado. En otros términos, y como viene señalando el Tribunal Constitucional, ni toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE ni, al contrario, una notificación correctamente practicada en el plano formal supone que se alcance la finalidad que le es propia, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece (...). Por la misma razón, no cabe alegar indefensión material cuando el interesado colaboró en su producción ni, desde luego, cuando ha rehusado personalmente las notificaciones».

En definitiva, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 (Recurso núm. 3529/2014), «el incumplimiento de los requisitos formales de las notificaciones no les priva de efectos cuando el órgano jurisdiccional, en virtud de las circunstancias concurrentes, llega a la convicción de que el obligado tributario (léase interesado en general) ha recibido la comunicación objeto de notificación. Contrariamente, y por idéntica razón y pese a cumplirse los requisitos legales, el Tribunal llega a la convicción de que la notificación no ha llegado al conocimiento del interesado, lo que permitiría privar de efectos a la notificación efectuada» (FJ 3.º).

Entre tales circunstancias, en coherencia con la jurisprudencia constitucional, predominan las tres siguientes: el grado de diligencia demostrado tanto por el interesado como por la Administración; el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; el comportamiento de los terceros que puedan aceptar la notificación (Sentencia del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Cataluña de 8 de agosto de 2015, Recurso núm. 1399/2015, FJ 3.º; o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2014, Recurso núm. 751/2012, FJ 5.º).

En relación con el primero de los extremos, ha de tenerse presente que, como indica el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia de 31 de marzo de 2015 (Recurso núm. 307/2014), «la gestión electrónica e informática de procesos masivos de gestión (...) son incompatibles con actuaciones como las que pretende la hoy recurrente (empresa obligada a relacionarse con la Administración tributaria por medios electrónicos que ni había obtenido certificado electrónico ni había otorgado apoderamiento a un tercero y que se limitó a poner ambas circunstancias en conocimiento de aquella), que exigiría la intervención constante del personal funcionario para visar y controlar las posibles incidencias que pueden surgir en la riqueza casuística de la vida diaria, lo que perjudicaría notablemente el fin de la eficacia y eficiencia que se pretende. Y por ello, la normativa se preocupa de garantizar que el sujeto sometido al régimen de notificación obligatoria en dirección de correo electrónico habilitada, tenga un efectivo y real conocimiento de su inclusión en el sistema (...). Cumplido escrupulosamente el trámite, el propio sistema de gestión masivo por medios electrónicos hace que no pueda exigirse a la Administración un “conocimiento personal” de los avatares o incidencias que puedan ocurrir en cada caso» (FJ 3.º). De este modo, «no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia» (STSJ de Justicia de Castilla y León de 13/11/2015, Rec. 805/2013, FJ 3.º).

Finalmente, la carga de la prueba del cumplimiento de todos los extremos corresponde a la Administración. En general, tal y como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2016 (Recurso núm. 158/2013), «una de las formas de notificación que está ganando terreno en nuestra vida jurídica es la “notificación electrónica” que, aunque suele tener carácter voluntario, nada impide que pueda imponerse a determinados colectivos de forma obligatoria. En todo caso, (...) estamos ante una garantía esencial y la Administración debe ser especialmente diligente a la hora de garantizar la efectividad de la notificación (...). Nadie discute la legalidad de la “notificación electrónica”, pero precisamente por su carácter de garantía esencial, la Administración tiene la carga de probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez y, acreditados dichos extremos, es la (sic) recurrente al que le corresponde probar la existencia de hechos impeditivos que haya, materialmente, im-

posibilitado la notificación. (...) acreditada (sic), por la Administración, el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de la notificación, hay una presunción *iuris tantum* de realización válida de la notificación que, en su caso, debe ser desvirtuada por el administrado». En el concreto caso de la notificación mediante dirección electrónica habilitada, «para poder determinar si es o no válida la notificación efectuada por medio del buzón electrónico asociado a su dirección habilitada en el Servicio de Notificaciones Electrónicas, es preciso acreditar por la Administración que la destinataria de la notificación tuvo conocimiento de la inclusión obligatoria en el Sistema de Dirección Electrónica Habilitada y la asignación de la misma para la práctica de notificaciones y comunicaciones. Pues bien, en el expediente administrativo no consta ni el acuerdo de inclusión obligatoria (...) ni su notificación a la recurrente (...) correspondiéndole a la Administración la carga de la prueba» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 2015, Recurso núm. 1684/2012, FJ 3.º).

A modo de resumen, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2017 (Recurso núm. 50/2015, FJ 5.º) de conformidad con la cual «lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para –si lo deseaba– poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo. (...) los elementos que, con carácter general, deben ponderarse, son dos. En primer lugar, el grado de cumplimiento de la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación».

Esta doctrina jurisprudencial, expuesta telegráficamente, nos lleva a la siguiente conclusión: ni la cumplimentación de todos los trámites equivale absolutamente a dar por notificado el acto administrativo, ni la ausencia de algunos de ellos implica necesariamente indefensión y, por tanto, invalidez

del mismo. Dependerá de si, en el caso concreto y en atención a las circunstancias, ha existido o no conocimiento material del acto y se ha actuado con diligencia por parte de ambos interlocutores.

Precisamente por ello, conviene insistir en el especial deber de diligencia exigible tanto a la Administración para la práctica de las notificaciones como al interesado para la recepción de las mismas. Efectivamente, la regulación de las notificaciones administrativas está basada en el cumplimiento de una serie de «ritos» formales cuya finalidad última es dar a conocer un acto o resolución administrativa a su destinatario. Ello implica la exigencia de que la Administración cumpla escrupulosamente con los mismos y el administrado también deba coadyuvar a la hora de recibir una notificación electrónica. El límite, en ambos casos, está en la diligencia de la Administración y en la prohibición indirecta de resistencia por parte del administrado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016 (Recurso núm. 2745/2014) señala expresamente que «la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación». En línea con esta premisa, añade que «uno de los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa es el servicio objetivo a los intereses generales prestado con eficacia. De ahí que en el régimen de notificación de tan importante significado en el logro de una adecuada defensa de los administrados, se establezcan también ciertas exigencias para los destinatarios, de manera que el rechazo de la notificación realizada por el interesado o su representante implique que se tenga por efectuada la misma. Dicho en otros términos, no se puede exagerar el deber de diligencia de la Administración en la práctica de la notificación cuando la conducta del destinatario evidencia una resistencia tal a la recepción que hace muy improbable, cuando no seguro, el fracaso del intento administrativo. De no establecer estos límites, por una parte se estarían propiciando actuaciones inútiles, casi formales, con merma de la eficacia, dilapidación de recursos públicos, y de otra, podrían favorecerse, en los destinatarios de actos administrativos, conductas contrarias a las exigencias de buena fe» (FJ 5.º). Por ello, resulta predicable respecto del administrado un deber de colaboración que lleva a mantener que su actuación obstaculizadora no puede enervar la eficacia de los actos administrativos¹⁸.

18. En este sentido, en el asunto resuelto en su Sentencia de 8 de mayo de 2017 (Recurso núm. 4820/2016), el Tribunal Supremo entiende justificada la decisión de sustituir la noti-

En conclusión, estamos ante una cuestión de prueba. Se presumirá, *iuris tantum*, que, respetadas las formalidades, el acto ha llegado a conocimiento de su destinatario; pero este podrá acreditar que no fue así y, en cualquier caso, la premisa de la presunción es el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades previstas en la norma. También debería ser así en el ámbito de la contratación pública.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2016 (Recurso núm. 573/2013, FJ 3.º), es claro que «la eficacia externa del acto depende de su notificación. Se trata de una garantía esencial que cumple con dos funciones: por una parte, asegurar que el interesado tenga conocimiento del acto y, por lo tanto, pueda cumplirlo; y, por otra, garantizar que pueda impugnarse si se considera contrario a Derecho. No cabe decir por ello que la notificación del acto tenga una finalidad exclusiva de garantía, también la tiene de eficacia». Aunque la notificación electrónica sea una opción del legislador (con carácter general, del legislador común del procedimiento administrativo y, con carácter específico, del legislador de contratos del sector público), «resulta legítima siempre que se garantice, de forma razonable y proporcionada, que el destinatario de la notificación ha tenido acceso a la misma».

En definitiva, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de enero de 2018 (Recurso núm. 3155/2016), se trata de «una regulación razonable porque pretende aprovechar al máximo las posibilidades que en la actualidad ofrece la notificación electrónica para alcanzar, en relación con personas jurídicas o colectivos que tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, las más altas cotas en lo que concierne a la meta de eficacia administrativa proclamada por el artículo 103 CE. Como es también proporcional porque en esa notificación electrónica obligatoria es de apreciar lo siguiente: (a) la obtención del antes mencionado resultado de una mayor eficacia administrativa y, de esta manera, de una mejor atención de los intereses generales; (b) un sistema de garantías dirigido a acreditar al interesado la puesta a su disposición del acto objeto de notificación y el acceso al contenido de este último, con lo que se cumple la finalidad, que es esencial en toda notificación, de garantizar que llega a su destinatario de manera exacta el conocimiento que (sic.) lo que la Administración le quiere trasladar; y (3) (sic.) y la no constancia de intereses o derechos

ficación electrónica por notificación a través de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

relevantes que resulten sacrificados como consecuencia de este sistema de notificación» (FJ 7.º).

4.2

La doctrina reciente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

En términos generales, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha caracterizado por dos grandes líneas de interpretación: en primer lugar, por la particular relevancia de los pliegos aceptados por los licitadores a la hora de concretar el sistema y los requisitos de la notificación; en segundo lugar, por la aplicabilidad general de la doctrina jurisprudencial sobre el conocimiento del acto objeto de notificación como criterio de eficacia del mismo en casos de incumplimiento de alguno de los requisitos para su práctica.

Más en concreto, se ha entendido que tanto la dirección electrónica habilitada como la Plataforma de Contratación del Sector Público reúnen los requisitos de validez de las notificaciones electrónicas, y garantizan debidamente tanto el conocimiento del acto por parte del destinatario como la eficacia de la actuación administrativa¹⁹. Es más, el Tribunal Administrativo ha admitido –sobre la base de la normativa anterior– instrumentos de notificación como el fax²⁰ o un simple correo electrónico, cuando está así indicado en los pliegos y ha sido expresamente aceptado por el licitador, a pesar de que no queden garantizados ni el hecho ni el momento de la recepción de la notificación por el destinatario. Así se hizo, entre otros, en el caso de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de octubre de 2017 (Recurso 963/2017) en la que, ante la alegación de la entidad recurrente, que participaba en un acuerdo marco, de no haber recibido la invitación a participar en el contrato derivado, el Tribunal, aunque parte de las reglas para la validez de las notificaciones administrativas previstas en el art. 41 LPAC, entiende que procede desestimar el recurso, dado que aquella aceptó el correo electrónico empleado a efectos de notificaciones y está acreditado el envío.

19. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de 5 de octubre de 2017 (Recurso núm. 895/2017), en la que se acepta el funcionamiento del sistema de notificaciones por comparecencia de la Plataforma de Contratación del Sector Público, que cuenta con un sistema de sellado de tiempo que permite acreditar el momento de puesta a disposición y de acceso al contenido de la notificación.

20. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de 22 de abril de 2016 (Recurso núm. 228/2016).

Esta interpretación habrá de cambiar necesariamente con la nueva normativa, por dos motivos: de un lado, solo serán admisibles los sistemas de notificación admitidos específicamente en la disposición adicional decimoquinta; de otro, el concreto sistema de notificación empleado debe dejar constancia del momento a partir del cual comienza a computarse el plazo para entenderla rechazada, pues, de lo contrario, la notificación será inválida. Junto con ello, y en todo caso, la clave estará en la certeza del conocimiento del acto objeto de notificación y en el deber de diligencia del órgano de contratación y del licitador. En el caso de la Resolución que acaba de citarse, el Tribunal Administrativo considera que la comunicación debe reputarse válida desde el momento en que «la entidad recurrente aceptó y utilizó ese mismo correo electrónico en sus comunicaciones con el órgano de contratación», y que en el Informe técnico presentado «se acredita que la entrega de los correos se realizó a los servidores de destino de la entidad recurrente» en un día y hora concretos, lo cual «demuestra que el correo electrónico fue efectivamente enviado». Siendo ello cierto, no menos cierto es que, de conformidad con lo previsto en la LPAC, tal y como ha sido expuesto en las anteriores páginas, no basta solo con la acreditación del envío, sino que ha de poder acreditarse igualmente la recepción y el momento de acceso al contenido con el fin de poder determinar con precisión, respectivamente, el inicio del cómputo del plazo de 10 días para poder entender rechazada la notificación y el inicio del cómputo del plazo para recurrir el acto objeto de notificación. De lo contrario, puede producirse indefensión. Efectivamente, aunque los respectivos informes de los órganos de contratación acrediten tanto que la dirección de correo electrónico empleada es correcta y se encuentra operativa, como que la notificación ha sido remitida al destinatario, salvo que este incumpla su deber de diligencia, no resultará posible probar la recepción en el buzón de destino. Por mucho que ese medio de notificación haya sido utilizado con éxito y sin dificultades a lo largo del procedimiento de contratación, la exigencia de dejar constancia del concreto momento de recepción y de acceso al contenido de la notificación no queda satisfecha. En consecuencia, debería entenderse que, salvo que el destinatario haya tenido conocimiento efectivo del acto, lo cual deberá ser demostrado por el órgano de contratación o deducido del comportamiento de aquel, el incumplimiento de uno de los requisitos para la validez de la notificación deberá surtir efectos sobre la eficacia del acto notificado y, en su caso, sobre la validez del contrato. En este sentido, resulta fundamental igualmente tener en consideración el deber de diligencia del licitador a la hora de recibir notificaciones, como puede apreciarse en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de julio de

2015 (Recurso núm. 692/2015). En este caso, la notificación fue practicada mediante correo electrónico, que fue recibido por el destinatario, si bien en la bandeja de correo no deseado. El Tribunal Administrativo afirma que «[e]s el licitador quien debe asumir la responsabilidad por la configuración o deficiencias de su sistema de correo electrónico y sufrir las consecuencias que puedan derivar de que las comunicaciones, formalmente recibidas por él, no hayan llegado materialmente a conocimiento de las personas que hubiera designado como responsables a tal fin, así como de la pasividad u omisiones que deriven o puedan estar condicionadas por la falta de conocimiento del contenido de la comunicación. Tal responsabilidad no puede desplazarse al órgano de la contratación, que respeta la ley mediante la utilización ordinaria y razonable de los medios de comunicación previstos en el Pliego y en la propia Ley». De este modo, «[l]a circunstancia de que, por razones estrictamente pertenecientes al círculo interno de la recurrente (...) no haya tenido la persona responsable conocimiento material de la comunicación, no es bastante para desplazar hacia el órgano de contratación la responsabilidad, ni para imponerle la obligación de reiterar la comunicación, asumiendo los resultados del correcto o incorrecto funcionamiento de los sistemas de comunicación electrónica establecidos por el licitador».

En todo caso, el contenido de los pliegos es una de las claves fundamentales para la correcta práctica de la notificación. La fundamentación en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales radica en el hecho de considerar que los pliegos son la «lex contractus», de tal forma que la aceptación de los mismos implica asunción de las condiciones en ellos establecidas, también en relación con la práctica y recepción de notificaciones. El efecto indirecto que con ello se produce radica en la matización del régimen jurídico previsto legalmente, sobre la base de que la participación en un procedimiento de contratación, y las comunicaciones que a lo largo del mismo se llevan a cabo, implican una cierta relación especial entre órgano de contratación y licitador que justificaría la aceptación de ciertos sistemas que no cumplan las previsiones normativas. La misma lógica se encuentra presente en la jurisprudencia general. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (Recurso núm. 2436/2016) afirma que «[n]o cabe alegar, por tanto, que exista en este caso, por parte de la recurrente, una legítima expectativa a ser permanentemente notificada por correo ordinario, fundada en el solo hecho de haberse llevado a cabo, a través de tal medio, anteriores notificaciones de actos de trámite, pues existen actos de voluntad y aceptación por parte de la interesada que quebrarían la intangibilidad de tal principio, como lo es el propio conocimiento de que estaba habilitada la dirección electrónica» (FJ 6.º).

La fuerza vinculante de los pliegos puede apreciarse en la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de 9 de febrero de 2018 (Recurso núm. 18/2018). Notificado acuerdo de adjudicación por medios electrónicos, se solicita nulidad de la misma, entre otras razones, por defecto de notificación, que ha tenido lugar a través de plataforma de contratación, sin que en ella conste fecha de notificación, y no por correo certificado. Tanto en los pliegos como en la declaración responsable presentada por los licitadores se consentía expresamente el uso de medios electrónicos a estos efectos, con lo que tal sistema resulta admisible. En este mismo sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de abril de 2018 (Recurso núm. 369/2018) acepta como fecha válida de inicio del cómputo del plazo para presentar recurso especial aquella en la que se efectuó la notificación electrónica mediante envío a la dirección de correo facilitada por la interesada, dado que, en la declaración complementaria al documento europeo único de contratación, la entidad recurrente se comprometía a aceptar y dar por válidas todas las notificaciones que se efectuaran a través del correo electrónico.

En línea con esta idea de flexibilización de los requisitos para la práctica de las notificaciones como consecuencia del carácter contractual de los pliegos, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 28 de abril de 2017 (recursos núm. 172 y 271/2017) resuelve un recurso en el que se discute sobre el medio de notificación. La parte actora fue excluida de la licitación por no presentar documentación en el plazo indicado, requerimiento que no le fue notificado en la dirección de correo electrónico que había facilitado a tal fin, sino a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. El Tribunal, dado que la recurrente había aceptado expresamente la comunicación electrónica para la recepción de invitaciones y notificaciones a través de la citada Plataforma, o directamente por el órgano de contratación, entiende que la forma en que se ha procedido es válida. Sin embargo, la duda se plantea por el hecho de que, en la citada notificación, no se practicó aviso complementario al correo de la recurrente. El Tribunal invoca el contenido del art. 41.6 LPAC, en el sentido de considerar que la falta del mismo no impide que la notificación sea considerada plenamente válida.

La especial relación de confianza que se genera en el marco de los procedimientos de contratación puede apreciarse en el caso de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 19 de enero de 2018 (Recurso 1201/2017). Ante un acuerdo de exclusión de un licitador por haber incluido en el sobre 2 documentación no solicitada en fase de adjudicación de un acuerdo marco –la oferta económica–, la recurrente alega que el defecto de forma fue consecuencia del hecho de que no pudo tener

conocimiento de las respuestas que el órgano de contratación dio a las numerosas dudas que suscitaban los pliegos, planteadas y respondidas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, porque no estaba registrada en la misma, al no exigirlo así los pliegos. Considera en su informe el órgano de contratación que, dado que «[l]a plataforma de contratación del Estado se ha convertido en el medio de comunicación y de información de los datos de un expediente entre Administración y licitadores», «[t]odo se publica a través de esta plataforma, pliegos, consultas, respuestas, convocatorias». En consecuencia, «[l]as empresas licitadoras deben ser responsables y estar al día de los medios electrónicos de contratación». El Tribunal, sobre la base de que «el pliego de cláusulas administrativas constituye la ley del contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación», entiende que cualquier duda que estos generen ha de ser o bien consultada o bien recurrida antes de que adquieran firmeza, de modo tal que, una vez que han sido admitidos por los licitadores, no puede invocarse en una fase posterior imprecisión alguna. Así lo exige el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que conlleva «el establecimiento de un procedimiento formalista que ha de ser respetado en todos sus trámites». Integrados en tal procedimiento se encuentran los medios de comunicación entre órgano de contratación y licitadores; y, en este supuesto, el medio elegido era la Plataforma de Contratación del Sector Público, con lo cual, aunque los pliegos no exigían expresamente el registro previo en la misma, la decisión de no hacerlo solo es imputable al licitador. Nótese no obstante que, en este caso, no se está hablando de notificación, sino de comunicación de las respuestas dadas a las consultas planteadas por los licitadores.

La fuerza de los pliegos tiene un efecto inverso derivado: la forma en la que en ellos está prevista la práctica de la notificación vincula también a la Administración. En el asunto resuelto por la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de 9 de enero de 2018 (Recurso núm. 1184/2017) se notificó en papel, por medio de correo certificado con acuse de recibo, un requerimiento de aportación de documentación, cuando en los pliegos se preveía que tuviera lugar por medios electrónicos. Quien presenta en este caso recurso especial es un licitador competidor, que considera que la notificación fue practicada correctamente y, por ello, la empresa notificada presentó la documentación con carácter extemporáneo, de tal modo que resultaría contraria a derecho la concesión de plazo de subsanación para presentar documentación. El Tribunal Administrativo entiende que ni los pliegos ni la LCSP (de 2011) regulan la forma en la que debe practicarse un requerimiento de documentación, y tampoco se prevé en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una regla general sobre comunicaciones, más allá de la

mención de que los licitadores debían indicar una dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones, que no es suficiente para considerar que todas las notificaciones habían de practicarse por medios electrónicos. Por esta razón, incluso aunque todas las comunicaciones anteriores se hubieran practicado por esta vía, dado que la tramitación del procedimiento no era electrónica, y teniendo en cuenta que en el caso concreto no cabe entender producida indefensión y es exigible un mínimo deber de diligencia al licitador, no procedía conceder subsanación. Por ello, el órgano de contratación debió entender retirada la oferta por no presentación en plazo de la documentación. Lo contrario afecta a la igualdad de los licitadores.

El deber de diligencia, en consecuencia, resulta predicable igualmente respecto de la actuación del órgano de contratación a la hora de comunicarse con el interesado, con el matiz del conocimiento efectivo que exige la jurisprudencia general sobre notificaciones. La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 15 de septiembre de 2017 (Recurso núm. 670/2017), ante un error material en la notificación del acuerdo de adjudicación referente a su fecha, considera, sin embargo, que dado que no ha causado perjuicio a la recurrente, no produce efecto invalidante. En el mismo sentido (en esta ocasión, errores tipográficos de transcripción en determinados valores tomados en consideración para la adjudicación que no afectan al resultado del documento ni general indefensión), la Resolución de 23 de abril de 2018 (Recurso núm. 298/2018). Por su parte, en la Resolución de 10 de marzo de 2017 (Recurso núm. 122/2017), ante la falta de notificación personal de dos actos administrativos (avocación de la competencia del alcalde para la adjudicación del contrato y la propia adjudicación), que solo fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se procede a la anulación del procedimiento de licitación. Muy interesante, siempre en relación con el deber de diligencia del órgano de contratación, es la Resolución de 8 de junio de 2018 (Recurso 473/2018) en la que, practicada notificación en la dirección de correo electrónico indicada por el licitador de la resolución de adjudicación y de los informes de valoración, el servidor rechazó el mensaje por superar el tamaño máximo permitido, hecho que fue conocido por el órgano de contratación, que procedió a remitir de nuevo el correo días después. Ante la alegación por parte de este, avalada por la empresa adjudicataria, de presentación extemporánea del recurso, por entender que el rechazo por el servidor del correo indicado por la actora constituye repudio de la notificación practicada, el Tribunal afirma que «[e]l hecho de que el servidor rechazase el correo por su tamaño no equivale al rechazo de la notificación regulada en el artículo 43 de la Ley 39/2015 (...). Aquí no estamos ante una notificación practicada en la sede electrónica ni se ha realizado

ante una dirección electrónica habilitada. Se trata de una dirección ordinaria de correo electrónico. Ante el rechazo automático del email remitido, que se debía al tamaño de los archivos adjuntos, debió el órgano de contratación remitir un correo advirtiendo de esta circunstancia al licitador para que la pudiese remedio u ofreciese una dirección de email alternativa. Nada de eso se hizo y no cabe hablar de un intento de notificación infructuoso por voluntad del destinatario». La jurisprudencia general sobre notificaciones electrónicas tiene reconocido un especial deber del órgano administrativo de agotar todas las posibilidades para que el acto sea conocido por el destinatario; en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2017 (Recurso núm. 567/2015) afirma que existe «la necesidad de que la Administración actuante en un determinado procedimiento (...) agote todos los medios que tenga a su alcance para llevar a cabo una notificación personal, observando escrupulosamente la diligencia que le es debida y exigible» (FJ 4.º).

Una combinación de regímenes jurídicos, el de la LPAC y el de la LCSP, puede verse en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de octubre de 2017 (Recurso núm. 895/2017) en la que, ante un acuerdo de exclusión de un licitador por no estar al corriente de sus obligaciones tributarias, notificado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público con el correspondiente aviso complementario, el interesado alega conocimiento extemporáneo por falta de notificación electrónica. El informe del órgano de contratación, partiendo de que todos los licitadores habían aceptado la comunicación por medios electrónicos e indicado una dirección de correo electrónico a efectos de recibir los preceptivos avisos, pone de manifiesto que, de conformidad con los datos registrados en el sistema, el licitador excluido accedió al correo electrónico con el aviso complementario. Con ello, queda demostrado que la puesta a disposición y la práctica del aviso se produjeron en tiempo y forma, con lo que la responsabilidad por la no lectura de este y por la falta de acceso al contenido de la notificación a través de la Plataforma corresponde en exclusiva al recurrente. Así pues, dado que transcurrieron 10 días desde la puesta a disposición, la notificación se entendió rechazada correctamente, de conformidad con lo previsto en la LPAC, con el subsiguiente efecto de inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso especial.

En cualquier caso, en atención a las novedades que presenta la LCSP sobre las condiciones de validez y sobre los instrumentos para la práctica de las notificaciones, es claro que los pliegos no podrán ir en contra de unas y otros, so pena de invalidez. Precisamente por ello, puede aseverarse que en breve gran parte de los problemas que ahora están planteándose ante el Tri-

bunal Administrativo Central de Recursos Contractuales evolucionarán hacia nuevas cuestiones conectadas con estos extremos.

Las especialidades en materia de contratación pública poseen una singular relevancia en la práctica. La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22 de diciembre de 2017 (Recurso núm. 1138/2017) resuelve un recurso especial interpuesto contra un acuerdo por el que consideraba que la entidad recurrente había retirado su oferta en el contexto de un acuerdo marco, por no presentar en plazo toda la documentación necesaria con carácter previo a la adjudicación, cuya propuesta fue notificada por medio de correo electrónico. Se discute, en concreto, el momento a partir del cual debe computarse el plazo para remitir la información requerida; para el órgano de contratación, ha de ser la fecha de remisión del correo electrónico, mientras que el licitador excluido considera que debe ser la fecha de recepción. El Tribunal Administrativo entiende que debe tomarse como fecha inicial de cómputo de plazo la de recepción, puesto que las notificaciones electrónicas se consideran practicadas en el momento en el que se produzca el acceso a su contenido. En cambio, en su Resolución de 12 de marzo de 2018 (Recurso núm. 160/2018), en un caso en el que la notificación del acuerdo de adjudicación se había practicado a través de dirección electrónica habilitada (y, al mismo tiempo, se había publicado en el perfil de contratante en el mismo día), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales entiende que, de conformidad con lo previsto en la norma, el plazo para interponer recurso se inicia con la remisión de la notificación y no con su recepción, «con el objeto de hacer coincidir el plazo para la interposición del recurso especial con el de formalización del contrato, de modo que ambos se inicien desde la misma fecha, común para todos los interesados». La particularidad en el inicio del cómputo del plazo podría justificarse en el respeto al principio de igualdad de partes y resulta razonable en el contexto del uso de los medios electrónicos, donde la simultaneidad entre envío y recepción es factible. En todo caso, como fue afirmado con anterioridad, esta previsión encierra una ficción (la del acceso al contenido en el día de la puesta a disposición y no en el momento real de acceso) que puede afectar al derecho de defensa. Nótese, además, que la disposición adicional decimoquinta prevé la posibilidad de entender iniciado el cómputo del plazo en el momento de envío y no de acceso cuando el medio elegido para la notificación es el de comparecencia electrónica y no el de dirección electrónica habilitada, con lo que, una vez que ha entrado en vigor la LCSP, soluciones como la dada en este caso no serán ya posibles.

Interesante, en relación con las diferencias entre publicación y notificación, es el asunto planteado en la Resolución del Tribunal Administrativo

Central de Recursos Contractuales de 10 de febrero de 2017 (Recurso núm. 30/2017). Excluida una empresa del procedimiento de contratación, plantea recurso especial, de cuya presentación en plazo se duda, por entender el órgano de contratación que este comienza a computarse desde la publicación de la resolución de adjudicación en la Plataforma de Contratación correspondiente (la de la Generalidad Valenciana, en este caso). Sin embargo, el Tribunal considera que tal publicación no sustituye en ningún caso ni exime al órgano de contratación de la obligación de notificación personal a cada uno de los licitadores de la resolución de exclusión, momento a partir del cual comienza a computarse el plazo para recurrir. En este mismo sentido, la Resolución de 10 de marzo de 2017 (Recurso núm. 76/2017) afirma, ante las alegaciones de la empresa adjudicataria sobre extemporaneidad del recurso presentado por otro licitador, en un caso en el que no había habido notificación individual del acuerdo de adjudicación, que la publicación del mismo en el perfil del contratante «no garantiza el momento en el que el recurrente haya tenido acceso al mismo, y por lo tanto se pueda considerar que se ha iniciado el cómputo del plazo» para recurrir.

Como cierre de este apartado, ha de analizarse con mayor profundidad la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de abril de 2018 (Recurso núm. 238/2018), que contiene un buen resumen del régimen jurídico de las notificaciones, formula importantes consideraciones, y apunta un cambio de tendencia. A través de ella se resuelve un recurso especial interpuesto contra el acuerdo del órgano de contratación por el que se excluye a la recurrente del procedimiento de adjudicación. Uno de los anexos del pliego de cláusulas administrativas particulares incluía expresamente el consentimiento para que el medio preferente de comunicación con la Administración fuera el electrónico, con referencia expresa a la LCSP y al art. 41 LPAC, y la actora, más allá de firmarlo, indicó una dirección de correo electrónico de dominio Hotmail. Surgidas dudas sobre la viabilidad de la oferta por ella presentada, el órgano de contratación se dirige a la misma mediante requerimiento remitido por correo electrónico a la dirección señalada. En el expediente consta la entrega, pero no hay prueba de lectura del correo. Días después, desde esa dirección el licitador solicita información sobre la marcha del procedimiento. A través de conversación telefónica se le informa del requerimiento, como consecuencia de lo cual decide remitir escrito en el que se indica que no había constancia de la recepción de tal correo electrónico. Se opta por excluirle de la licitación, acuerdo que se notifica por vía electrónica a través de la misma dirección de correo. En vía de recurso el licitador reconoce que el correo había sido recibido, pero se encontraba en la bandeja de «spam». Ante esta situación, el Tribunal Administrativo entiende aplicable la LPAC,

con los matices que incorpora la LCSP (de 2011). De este modo, afirma que «[d]icha norma es aplicable a los procedimientos de contratación regidos por el TRLCSP, con dos únicas matizaciones, que el TRLCSP –a diferencia de la disposición adicional decimoquinta, apartado 1, de la nueva LCSP– no exige que la dirección de correo electrónico sea habilitada, bastando pues cualquier dirección, y que el plazo de diez días para tener la notificación por rechazada del artículo 43.2 de la LPACAP se reduce por el artículo 151.4 del TRLCSP a cinco días. Así, tratándose de notificaciones realizadas mediante correos dirigidos a una dirección electrónica, han de completarse tres fases sucesivas, la primera de ellas el envío de la notificación del acto a aquella dirección, la segunda la entrega o recepción en el buzón de la dirección de correo de la notificación –lo que la LPACAP denomina puesta a disposición–, y la apertura y consiguiente lectura del correo que contiene la notificación –acceso a su contenido–, del cumplimiento de las tres fases ha de quedar constancia en el expediente. En fin, toda vez que, a diferencia de las dos primeras fases, el acceso al contenido del correo depende de la voluntad del interesado notificado, la LPACAP y el TRLCSP prevén, por razones de seguridad jurídica, que, enviada y recibida la notificación en la dirección de correo designada y, por tanto, puesta a disposición del interesado la notificación, transcurrido (sic.) cinco días naturales desde el día siguiente al de la recepción de la notificación sin que el interesado acceda a su contenido, se entiende rechazada. En caso de notificación rechazada se hará constar esta circunstancia en el expediente, especificando las circunstancias del intento de notificación y del medio, dando por efectuado el trámite de notificación y siguiéndose el procedimiento (artículo 41.5 LPACAP). Lo que en ningún caso es admisible es estimar producida la notificación por la mera constatación de la entrega en el buzón de la dirección de correo del acto notificado, cuando no hay constancia del acceso a su contenido, sin esperar a que transcurra el plazo en que la ley presume que la notificación ha sido rechazado (sic.) por no accederse a su contenido». Se apoya en su argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 (Roj. 4991/2016), de conformidad con la cual, aunque cambia la forma, no cambian las bases de la práctica de la notificación y, precisamente por ello –como ha quedado demostrado en el análisis jurisprudencial expuesto en el epígrafe anterior–, la clave es el conocimiento del contenido de la notificación.

Puede apreciarse en esta resolución un mayor énfasis por parte del Tribunal en la certeza del conocimiento, que no puede presumirse cuando se pone a disposición del interesado una notificación, sino que precisa de la prueba del acceso a su contenido. Ello, por influencia del régimen general para la práctica de las notificaciones electrónicas contenido en la LPAC, con el cual

se alinea en gran medida –salvo algunas particularidades, como se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad– la LCSP.

Junto con ello, añade que, «a pesar de lo que afirma el órgano de contratación en su informe, el plazo no precisa ser común para todos los licitadores requeridos, pues la justificación de cada licitador es individual y distinta de la de los demás, pues distinta es su oferta (...), por lo que no afecta al principio de igualdad y no discriminación el que los plazos de justificación se computen de forma distinta para cada licitador. Es más, imponiendo un término temporal fijo al trámite de audiencia se está vulnerando tanto el principio de igualdad como el derecho de defensa. Así, el periodo en que los licitadores pueden formular su justificación será distinto en función de la fecha en que se haya realizado la notificación del requerimiento a cada uno, y de otro puede incluso, impedir, con absoluta indefensión, la justificación misma, si la notificación se produce después de transcurrido el término». Como consecuencia de todo ello, entiende el órgano de control que, «toda vez que la misma (la notificación) no se completó puesto que no hay constancia del acceso a su contenido sino meramente de su recepción, como exige el artículo 43.2 de la LPACAP, no se habría entendido realizado el requerimiento hasta transcurridos cinco días naturales desde la puesta a disposición en la dirección de correo electrónico designada de la notificación sin acceder el interesado a su contenido». De este modo, considera nulo el acto administrativo objeto de notificación (el requerimiento) y ordena la retroacción de las actuaciones y la notificación de un nuevo requerimiento de justificación de la oferta²¹. Habrá que estar atentos a nuevos pronunciamientos una vez que ha entrado en vigor la LCSP.

4.3

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 1/18

La confusión que genera el autismo del legislador de contratos del sector público, las remisiones parciales a la LPAC y la propia novedad de la tecnología tiene consecuencias. Algunas de ellas han quedado evidenciadas en el examen de la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

21. Nótese que, como ha sido expuesto, en un caso similar se adoptó una decisión diferente por entender que el correo fue enviado y que la organización del buzón es responsabilidad exclusiva del licitador (Resolución de 30 de julio de 2015, recurso núm. 692/2015).

que acaba de ser expuesto. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha sido igualmente afectada por una y otras.

Efectivamente, el Informe de este órgano en el expediente 1/18 acerca de diversas consideraciones relacionadas con las notificaciones electrónicas, ante la duda de a qué notificaciones se les aplica el régimen de la LCSP y a cuáles el de la LPAC –y a pesar de que el órgano consultante (la Diputación Provincial de Huesca) le ofrecía anticipadamente una solución razonable–, concluye erróneamente en el sentido de que la primera de ellas no contiene lagunas en esta materia y, por tanto, presenta una regulación completa de las mismas.

La cuestión planteada, en primer lugar, se refería a la interpretación que ha de darse a la disposición adicional decimoquinta, que regula las notificaciones administrativas en los procedimientos de contratación pública, pero solo aquellas «a las que se refiere la presente Ley», consagrando un régimen dual; en opinión de la Diputación, habría dos regímenes jurídicos aplicables: el de la LCSP para aquellas notificaciones incluidas en su articulado por alusión expresa (actos susceptibles de recurso especial, actos de trámite cualificados, modificaciones contractuales que debieron ser objeto de nueva adjudicación, acuerdos de rescate de concesiones y notificaciones de las adjudicaciones de contratos), y el de la LPAC para todas las demás (por ejemplo, notificaciones al Registro de licitadores de las prohibiciones para contratar, devoluciones y cancelaciones definitivas de garantías, liquidación del contrato, resolución del contrato, etc.). Como consecuencia de ello, afirma que «una lectura integrada de la Ley parece llevar a que la notificación en materia contractual deberá efectuarse con carácter general conforme a la Ley 39/2015, salvo para aquellos actos en los que la Ley 9/2015 (sic) expresamente alude a que se notifique conforme a la DA 15ª, que resultan ser los actos susceptibles de recurso especial y los actos adjudicadores de los contratos».

En segundo lugar, se planteaba la duda sobre cómo llevar a efecto las notificaciones, en el sentido de entender que no queda claro si la notificación por comparecencia y la notificación mediante dirección electrónica habilitada (o dirección de correo electrónico habilitada, como es llamada en otros preceptos de la LCSP distintos de la disposición adicional) se refieren o no a la notificación por comparecencia en sede electrónica y a la notificación mediante dirección electrónica habilitada única de la LPAC, respectivamente.

Como puede apreciarse, el órgano consultante partía del carácter común de la LPAC y de la posibilidad de que la LCSP integre especificidades: régimen común en materia de notificaciones, con adaptaciones concretas en función de las circunstancias específicas del ámbito de la contratación. Esta

interpretación, sin duda alguna, presenta un resultado mucho más razonable, lógico, coherente, y, desde luego, menos problemático.

Sin embargo, la respuesta de la Junta Consultiva descarta tal interpretación, por considerar que la óptica es justo la contraria. Entiende que, «aun cuando la disposición final cuarta nos recuerde que los procedimientos regulados en esta Ley se regirán subsidiariamente por los preceptos establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias, lo cierto es que en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se establece un sistema específico y concreto de notificación por medios exclusivamente electrónicos, sistema que solo en los casos expresamente exceptuados en la propia Ley o respecto de aquellos aspectos en que exista una laguna legal, que no es lo que ocurre en el presente caso, podrá verse completado mediante la aplicación de las normas supletorias, que son las generales del procedimiento administrativo (...) la materia correspondiente a la contratación pública, por su especificidad propia, justifica el establecimiento de un sistema especial frente al general del procedimiento administrativo común».

En coherencia con lo defendido en estas páginas, dado que la LPAC no incluye como procedimiento especial el procedimiento de contratación, esta interpretación de la Junta Consultiva debe ser rechazada. La inercia de la regulación anterior no justifica el mantenimiento de las premisas cuando estas han cambiado. Ello implicaría apostar por la contratación pública como una nueva rama del ordenamiento jurídico desgajada del derecho administrativo. Es claro, y aquí sí acierta la Junta, que la LCSP puede prever supuestos en los que la notificación no será electrónica; también puede cambiar la preferencia por las notificaciones electrónicas que está en la LPAC por la exclusividad de las mismas, de tal modo que resulten obligadas a su recepción no solo las personas jurídicas, sino también las personas físicas; incluso puede modificar el concreto sistema de notificación. Pero, en ningún caso, la lógica del sistema.

No obstante, más allá de ello, incluso aunque se aceptara conceptualmente la prevalencia absoluta de la LCSP sobre la LPAC, un examen detenido de los preceptos de la primera pone de manifiesto la necesidad imperiosa de acudir a la regulación de la segunda, como ha quedado demostrado en este análisis.

En este sentido, considera correctamente la Junta Consultiva que las notificaciones de todos los actos insertos en el procedimiento de adjudicación del contrato han de practicarse por medios electrónicos, por referirse a ellas —en algunos casos expresamente y en otros por remisión general— la disposición adicional decimoquinta. Sin embargo, no acierta al afirmar que todos los extremos de la práctica de las notificaciones electrónicas se encuentran regu-

lados en la LCSP. Así ocurre, significativamente, en lo referente al rechazo de la notificación, extremo no contemplado en aquella, por lo que habrá que acudir a la LPAC.

El desconocimiento de la realidad tecnológica queda patente en el citado Informe en el momento de manifestar qué es una dirección electrónica habilitada, a la que expresamente se refiere la LCSP en diversas ocasiones a lo largo de su articulado. La Junta, a pesar de partir de la consideración de que el concepto de dirección electrónica habilitada es «idéntico al que menciona la Ley de procedimiento administrativo», afirma que «la dirección de correo electrónico habilitada es aquella que debe mencionar expresamente el recurrente o el licitador cuando presenta la declaración responsable y en ella autoriza que se verifique cualquier notificación posterior. Su calificación como habilitada debe ser consecuencia de un proceso específico que culmina con la habilitación concedida por la Administración competente». Insiste en la idea al manifestar que, «cuando el recurrente o el licitador indican expresamente una dirección de correo electrónico en el marco de un recurso o de la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos para contratar, esa dirección debe haber sido previamente habilitada por la autoridad competente de modo que, por ello, pueda servir como medio de notificación de futuros actos de ambos procedimientos».

La referencia expresa en la disposición adicional decimoquinta, como únicos dos sistemas de notificación electrónica admisibles en el ámbito de la contratación pública, a la dirección electrónica habilitada y a la comparecencia electrónica, no puede ser entendida sino como acto de determinación, por parte del legislador, de la validez de estos dos sistemas como medios únicos a tales efectos, en coherencia con la LPAC. Es decir, se alinean LPAC y LCSP en este sentido, con la finalidad de establecer «domicilios virtuales» unificados para los interesados o, lo que es lo mismo, que el licitador pueda hacer uso, en el ámbito de la contratación, de los sistemas que utiliza en sus relaciones con la Administración Pública diferentes de las que se enmarcan en un procedimiento de contratación.

Precisamente por ello, carece de sentido considerar que puede tratarse de sistemas diferentes, por dos razones: en primer lugar, la comparecencia, por la necesidad de acreditar el momento temporal en el que esta se produce, la integridad de los datos objeto de notificación y la seguridad y confidencialidad de la comunicación, solo puede darse en el contexto de la sede electrónica —o en otro espacio que aúne las mismas características, como ocurre con la Plataforma de Contratación del Sector Público—, único punto de acceso que reúne características tecnológicas y jurídicas suficientes para cumplir con estos extremos, de conformidad con lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de oc-

tubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; de otro lado, como se expuso con anterioridad, la dirección electrónica es una concreta herramienta disponible para los interesados que cuenta con regulación propia y características específicas. Admitir en el ámbito de la contratación la potestad del órgano administrativo que convoca y gestiona la licitación de «habilitar» direcciones de correo electrónico, implica romper con la unidad de régimen jurídico a efectos de notificaciones que busca la LCSP y la exclusividad de medios por la que ha optado la LPAC.

En definitiva, es clara la necesidad de realizar una lectura de conjunto de ambas normas para obtener una visión completa del régimen jurídico de las notificaciones electrónicas en el procedimiento de contratación pública para evitar lecturas parciales que conduzcan a resultados disfuncionales.

5

Conclusiones

En las páginas precedentes se ha intentado, partiendo del análisis de la regulación de las notificaciones electrónicas contenida tanto en la LPAC como en la LCSP, del estudio de la jurisprudencia más relevante sobre el uso de los medios electrónicos en la práctica de las notificaciones administrativas y de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, evidenciar los aspectos clave de la práctica de las notificaciones por medios electrónicos en el procedimiento de contratación.

El resultado pretendido con ello consistía en ofrecer una visión general, teórica y práctica, sobre la nueva regulación de las notificaciones electrónicas de la LCSP que pueda ser de utilidad a los operadores jurídicos. En sus manos queda valorar si se ha logrado.

Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

DOLORS CANALS AMETLLER

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Girona*

1. Algunas consideraciones y datos previos

- 1.1. La débil apuesta europea por la promoción de las pymes y su participación en el mercado de la contratación pública
- 1.2. El marco de referencia: contratación pública estratégica y defensa de la competencia
- 1.3. El Informe sobre la Contratación Pública Española 2017: dificultades de acceso detectadas y datos relativos a la participación de las pymes

2. Medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

- 2.1. En fase previa de planificación y programación de la estrategia de la contratación pública
- 2.2. En fase de preparación del contrato público: disminución de costes de información, transparencia, simplificación documental y reducción de cargas administrativas
- 2.3. En la presentación de garantías efectivas y pagos anticipados
- 2.4. En fase de ejecución del contrato: cambios en la subcontratación pública

3. La división en lotes del objeto del contrato público: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad

- 3.1. El objeto del contrato público y la regla ordinaria de su indivisibilidad

Artículo recibido el 18/09/2018; aceptado el 22/09/2018.

- 3.2. La inversión de la regla anterior: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad del objeto del contrato público
- 3.3. Requisitos de preparación y configuración de los lotes. Efectos jurídicos

4. Bibliografía consultada

Resumen

Este trabajo describe las principales medidas que la nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce para fomentar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, en particular la división en lotes separados del objeto contractual.

Palabras clave: *contratación pública; pymes; división en lotes del contrato público.*

Divisibility of the contractual object and other legal measures to promote the participation of SMEs in public procurement

Abstract

This article describes the main measures introduced by the new legislation on public procurement to promote the participation of medium-size enterprises in public procurement, particularly, the division of the contractual object in lots.

Keywords: public procurement; SMEs; division of the contractual object in lots.

1

Algunas consideraciones y datos previos

1.1

La débil apuesta europea por la promoción de las pymes y su participación en el mercado de la contratación pública

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, de contratación pública (Directiva 2014/24/UE, en adelante) contempla medidas orientadas directamente a promocionar y facilitar el acceso de las

pequeñas y medianas empresas (pymes)¹, así como de las empresas emergentes, a los contratos públicos, propiciando con ello la competencia en igualdad de condiciones con independencia del tamaño empresarial de los licitadores. Es así que se ha venido calificando a la nueva contratación pública de estratégica en tanto que instrumento para implementar políticas públicas sociales, ambientales y, en el caso que nos ocupa, empresariales.

En concreto, la Directiva 2014/24/UE señala² que la contratación pública debe adaptarse a las pymes, siendo preciso para ello alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el Código que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008, «*Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*»³, en el que se ofrecen orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen normativo de la contratación pública para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas. Con este fin, se anima a los poderes adjudicadores a dividir grandes contratos en lotes, y cuando decidan que ello no es conveniente, deben relatar en un informe específico, o en los pliegos contractuales, las razones que expliquen la elección hecha.

Esta apuesta por la apertura de las pymes a la contratación pública se resume en dos ideas esenciales: la primera, que las instancias europeas no obligan a la división de los contratos públicos por parte de los poderes adjudicadores —no existe ninguna obligación jurídica, sino tan solo una recomendación de *Soft Law* mediante la remisión a unas instrucciones recogidas en un código de buenas prácticas—, siendo una mera opción, salvo para concretos contratos públicos; y la segunda, que la división en lotes del objeto contractual parece referirse únicamente a los «grandes» contratos, por lo que la apuesta europea es, hasta cierto punto, débil.

Pese a ello, la división en lotes separados de los contratos públicos es la regla general (artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE)⁴, estableciéndose una

1. A los efectos de la Directiva 2014/24/UE, pymes son aquellas empresas que emplean a menos de 250 trabajadores y cuya facturación anual no excede de 50 millones o cuyo balance total es inferior a 43 millones de euros [Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pymes (2003/361/EC)].

2. Considerandos 78 y 79.

3. Bruselas 25.06.2008, SEC (2008) 2193.

4. 1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes. Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.
2. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.

presunción de divisibilidad del objeto contractual, sean las que sean las necesidades públicas a satisfacer. Tanto es así que los Estados miembros pueden imponer en sus normas de trasposición interna de la Directiva la diversificación en lotes de determinados contratos, respecto de los cuales los órganos de contratación no tendrán ningún poder de decisión en este aspecto.

Por otra parte, siempre que lo hagan constar en los correspondientes anuncios de licitación, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de lotes a los que los licitadores presenten ofertas. En particular, podrán limitar el número de lotes a adjudicar a una misma empresa, con indicación del número máximo de lotes, indicando en los pliegos el sistema o criterios de adjudicación de los lotes en caso de que las ofertas presentadas por una empresa sean las más ventajosas económicamente en un número de lotes superior al máximo permitido. Además, los Estados miembros quedan facultados para prever, en sus respectivas legislaciones nacionales, la adjudicación de contratos que combinen diversos lotes e, incluso, la agrupación de todos los lotes en aquellos casos en que se permita la concesión de más de un lote a una misma empresa, así como los grupos de lotes que permiten combinación, supuesto que requerirá de una evaluación comparativa previa.

La pauta es, pues, la partición del objeto de los contratos públicos, aunque las instancias europeas dejan en manos de los poderes adjudicadores la

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

3. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

4. Los Estados miembros podrán aplicar el párrafo segundo del apartado 1 haciendo obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados, en condiciones que habrán de especificarse de conformidad con el Derecho nacional y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. En tales casos, también serán de aplicación el párrafo primero del apartado 2 y, si procede, el apartado 3.

Un comentario más extenso de este precepto es el de ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública. Análisis de las directivas de cuarta generación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, 2017, pp. 375-408.

decisión última de diversificar o no el objeto del contrato, así como el tamaño y contenido de los lotes, con la única obligación de justificar su decisión en el segundo supuesto. Justamente por ello, por la no existencia de obligatoriedad en la división del contrato público, la reforma europea en favor de las pymes y las empresas incipientes no contiene una discriminación positiva (no podría contenerla) hacia este tipo de empresas y el mercado de la contratación pública sigue pivotando en torno al principio de libre competencia⁵. Cosa distinta es que esta reforma incida en otros principios que rigen la contratación pública, en los principios de eficacia y eficiencia pongamos por caso, porque la regla de la divisibilidad del objeto contractual –como ha señalado acertadamente algún autor– no está directamente relacionada con la elección de la mejor prestación al mejor precio e, incluso, puede resultar en algún caso contradictoria con ella⁶.

1.2

El marco de referencia: contratación pública estratégica y defensa de la competencia

El régimen de división del objeto del contrato público se recoge en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁷ (LCSP, en adelante), con el mismo fundamento europeo de una contratación pública estratégica y, en este caso particular, de una política pública de promoción de las pequeñas y medianas empresas. Junto con las finalidades sociales, ambientales y de innovación y desarrollo que guían la nueva contratación pública se

5. Véanse MAÑES MARTÍNEZ, Eva: «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2014, 2015, pp. 389-432; y LÓPEZ ZURITA, Lucía: «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, n.º 4, enero-diciembre 2017, pp. 146-150.

6. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGÓ CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751. Como bien afirma este autor, lo que busca la nueva LCSP «en primer lugar, no es la elección de la mejor prestación al mejor precio, sino el respeto a los principios del derecho comunitario. Prueba de ello es que el artículo 1 de la LCSP actual, como hacía el mismo artículo de la LCSP anterior, antepone los principios comunitarios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de estabilidad presupuestaria y control del gasto, a los de eficiente utilización de los fondos destinatarios y la selección de la oferta económicamente más ventajosa» (pp. 717-718).

7. 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.

encuentra, así, el fomento de este sector empresarial⁸, mayoritario, de hecho, en el territorio de la Unión Europea y de España.

En esta línea, el artículo 1.3 LCSP establece lo siguiente:

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

Pero antes de adentrarnos en el texto de la LCSP y las medidas específicas que contiene para facilitar el acceso de las pymes al mercado de la contratación pública, son necesarios dos apuntes más, los cuales ponen de manifiesto las continuas dificultades que viene padeciendo este segmento de la población empresarial en un marco jurídico de referencia más amplio de defensa de la libre competencia de los licitadores.

El primero se refiere al Dictamen del Comité Europeo de las Regiones «*Normativa inteligente para las pymes*», de 13 de julio de 2017⁹, que contiene una serie de recomendaciones acerca de las estrategias de la Comisión Europea que inciden en la competitividad de este particular sector empresarial¹⁰, entre las que se encuentran los incentivos para su mayor participación en los contratos públicos, para lo cual:

- a) insta a los Estados miembros a que garanticen la plena aplicación y la correcta ejecución del «sistema simplificado de normas de Derecho europeo de contratación pública»;

8. De tal forma que el sistema de contratación pública previsto en la LCSP «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» (Preámbulo de la LCSP, apartado III).

9. DOUE de 10.12.2017.

10. Entre otras, las estrategias europeas tendentes a entorno reglamentario favorable a las pymes: *Small Business Act (SBA)* de 2008 y 2011, con la integración del principio «pensar primero a pequeña escala»; el programa «legislar mejor» (*Better & Smart Regulation 2015*); el programa y plataforma REFIT, relativo a la reducción de cargas administrativas y la simplificación de trámites para las pymes; el IVA y la fiscalidad que las favorezca.

Es también de interés el reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Fomentar las pymes en Europa haciendo especial hincapié en un enfoque legislativo horizontal para las pymes y respetando el principio de la SBA de “pensar primero a pequeña escala”» (DOUE C 197/1 de 8.6.2018).

- b) destaca el papel importante que desempeñan los entes locales y regionales en el acceso de las pymes a la contratación pública y, por ende, en la reducción de los obstáculos a la contratación de este tipo de empresas, dada su especial relevancia para las regiones y ciudades;
- c) manifiesta su preocupación por el hecho de que las normas de contratación vigentes que favorecen las pymes no se utilizan de forma plena, y subraya que deben ser correctamente aplicadas;
- d) insta a las autoridades públicas de todos los niveles a que garanticen que sus licitaciones son favorables para las pequeñas y medianas empresas, así como para las empresas emergentes, en lo que se refiere tanto a sus condiciones de admisión como a las modalidades de pago, mediante la adopción de las garantías exigidas a las características de las pymes, la reducción de los plazos de pago y el refuerzo de la disciplina de pago, y pide a las autoridades de todos los niveles que se comprometan a aplicar normas comunes de contratación que favorezcan a este tipo de empresas¹¹;
- e) pide a todas las autoridades públicas que promuevan la participación de las pymes en la contratación pública de la innovación evitando especificaciones excesivas, basadas en resultados, poniendo a disposición gratuitamente la información y utilizando opciones como el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación, antes de determinar las condiciones finales.

El segundo apunte es la reciente obligación creada por la Directiva 2014/24/UE, relativa a la remisión a la Comisión Europea por los Estados miembros de un informe trienal referido a los poderes adjudicadores nacionales –estatales, autonómicos y locales en nuestro caso– que, respecto de la licitación pública y ejecución de contratos sujetos a regulación armonizada, comprenda, entre otras cuestiones, información sobre la participación de las pymes en la contratación pública (artículo 328.3 y 4 LCSP).

Corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su tarea de coordinación de las obligaciones de información que imponen las Directivas de contratación pública¹², la remisión a las instancias europeas de dicho informe.

11. Destacan las buenas prácticas del Servicio de Contratación Pública de la ciudad de París.

12. Trato esta obligación más extensamente en CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018.

1.3

El Informe sobre la Contratación Pública Española 2017: dificultades de acceso detectadas y datos relativos a la participación de las pymes

El Informe relativo a la contratación pública en España – 2017, de abril de 2018, elaborado por el anterior Ministerio de Hacienda y Función Pública¹³, relata en una primera parte, en relación con la participación de las pymes¹⁴, las principales dificultades detectadas, y las clasifica en:

- a) dificultades de información sobre los procedimientos de contratación (p. e. desconocimiento de las licitaciones en curso; interpretación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y cumplimentación de los anexos para la licitación; desconocimiento del desarrollo del procedimiento y de la documentación a aportar; y problemas para acceder a información de los expedientes de contratación, tanto a la hora de licitar como una vez que están licitando);
- b) dificultades de acceso a los procedimientos de contratación (p. e. complejidad de la documentación a presentar para licitar; dificultad de acceder a todos los procedimientos publicados en el Estado; licitaciones sin lotes; dificultad en la acreditación de solvencia económica, técnica o disposición de medios; y falta de conocimientos de la administración electrónica);
- c) dificultades para la elaboración de las ofertas (p. e. presentación de ofertas de forma incorrecta, anormalmente bajas y dudas sobre la documentación que ha de ir en cada sobre; valoración por precio, fórmulas que benefician a grandes empresas; confusión en la documentación a aportar en el proceso de licitación e incorrecta elaboración de las ofertas; y dificultades con el documento europeo único de contratación –DEUC–);
- d) dificultades relacionadas con la solvencia económica y financiera o técnica y profesional (p. e. exigencia de un alto nivel de solvencia técnica y profesional o un volumen alto de facturación; dificultades para alcanzar o acreditar la solvencia económica y financiera o técnica y profesional; falta de cualificación del personal de la empre-

13. Para la obtención de los datos necesarios para confeccionar dicho Informe, por Resolución de 15 de noviembre de 2017 de la Subsecretaría de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, se aprobó la aplicación informática (Gobernanza-Contratación) y el cuestionario electrónico relativo a la contratación pública en España (2017), a efectos del cumplimiento de las obligaciones de información a la Unión Europea, establecidas en las Directivas 23, 24 y 25 de 26 de febrero de 2014.

14. Pp. 63 y ss.

sa y dificultades bancarias, para conseguir las garantías tales como avales).

Por último, el Informe recoge otro tipo de dificultades para las pymes en la contratación pública, entre ellas, las relacionadas con acceder a líneas de crédito; de inclusión de criterios de adjudicación relativos a responsabilidad social corporativa como incorporación de trabajadores en riesgo de exclusión social; así como, en el caso de subcontratación, los problemas con los correspondientes abonos por parte del contratista principal adjudicatario del contrato público.

A continuación, el Informe enumera las medidas adoptadas –las cuales, en verdad, constituyen medidas mínimas y de coste reducido– para superar las citadas dificultades de las pequeñas y medianas empresas españolas¹⁵.

Finalmente, se contienen una serie de datos interesantes tales como que el porcentaje de pymes respecto al total de licitadores participantes en los procedimientos de contratación (al margen de los sectores excluidos) es del 67 %; que el número de contratos con anuncio de formalización publicado suscritos con pymes es de 13 075; y que el valor total de los contratos a los que se refiere el apartado anterior, IVA incluido, es de la cifra de 4 957 308 596,92 euros.

15. Para el caso de los problemas de acceso a la información, se menciona, por ejemplo, el establecimiento de teléfonos de información técnica y administrativa a disposición de los licitadores, así como mecanismos de información y documentación presencial y por correo electrónico, señalándose además que a través del perfil del contratante en muchas ocasiones se publica más información de la estrictamente necesaria según la legislación, como sucede con las aclaraciones a los pliegos. Ante las dificultades de acceso a las licitaciones, se destacan las medidas de simplificación de la documentación a presentar mediante la declaración responsable y el DEUC; la intensificación de la comunicación por otros canales de difusión, la elaboración de modelos de declaración responsable y de bastanteo de poderes.

Las medidas adoptadas para superar las dificultades en la elaboración de ofertas se resumen en asesoramiento intenso, entrega de resúmenes y ayuda a los pequeños empresarios y/o autónomos locales para evitar la deslocalización del gasto público, atención personalizada/telefónica para resolución de dudas, cambios en el sistema de valoración, fórmulas que equiparan calidad-precio, elaboración de guías para acceder a la contratación pública, manuales electrónicos de acceso a las licitaciones, así como asistencia en la preparación de documentación administrativa y en la resolución de dudas, y en su publicación en el perfil del contratante para general conocimiento.

En lo que atañe a las medidas adoptadas para superar las dificultades relacionadas con la solvencia de las pymes, se enumera el asesoramiento personal para la resolución de dudas o aclaraciones, el uso de la distribución del contrato en lotes, «reduciéndose incluso la solvencia exigible por defectos en la Ley de Contratos, permitir en ocasiones utilizar el valor de negocios de la declaración de la renta o la del IVA o en caso de no tener obligación de presentar cuentas anuales, certificado del Registro Mercantil para justificar solvencia, exigir solvencia proporcionada al objeto del contrato, redactar de forma más clara y comprensible los pliegos de cláusulas administrativas, con objeto de facilitar la presentación de ofertas, y revisión de los valores de solvencia exigidos» (pp. 66-67).

Pese a ello, es llamativo que el mismo Informe reconozca, de manera expresa y sin reparos, que la información relativa a la participación de las pymes en la contratación pública ha sido especialmente difícil de obtener, «dado que los poderes adjudicadores no cuentan, por lo general, con dicha información de forma sistematizada, por lo que han tenido que realizar, en muchos casos, recuentos manuales» (p. 70). «Así, la condición de Pyme de un licitador o de un adjudicatario es algo que de forma general (y salvo que se haya utilizado el DEUC, o se haya rellenado ese campo en el anuncio de adjudicación comunitario) al órgano de contratación no le consta» (pp. 70-71)¹⁶.

A mi parecer, estos inconvenientes en el acceso a datos empíricos y las dificultades antes citadas serán difíciles de superar con la mera aplicación de la nueva LCSP, el régimen de división en lotes del objeto de los contratos públicos y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, las cuales paso a resumir a continuación. Se requiere, además, una práctica administrativa distinta por parte de los poderes adjudicadores para propiciar la concurrencia de las pymes en la contratación pública, al margen de la que viene siendo habitual en las Administraciones locales, con resultados no siempre satisfactorios¹⁷, que facilite también la transparencia de los contratos públicos.

El futuro Informe de la contratación pública española 2020 nos relatará –esperemos que a partir de una información más fiable– si los órganos de

16. Prosigue el Informe describiendo la singular y sorprendente metodología utilizada para la obtención de los datos a facilitar a la Unión Europea (p. 71): «Pues bien, con el ánimo de facilitar la obtención de dicha información a los órganos de contratación, y ante la indisponibilidad de un registro público de pymes al que poder acudir, desde el Ministerio de Hacienda y Función Pública se habilitó a través de Internet un buscador en el que los órganos de contratación podían introducir bien el nombre de las empresas licitadoras o adjudicatarias de sus contratos, o bien el CIF, y se les señalaba si tenían la condición de pyme de acuerdo con la definición comunitaria. Asimismo, se puso a su disposición un listado de las grandes empresas españolas (que representan el 0,2 % del total de las empresas existentes, siendo el 99,8 % pymes), de tal forma que si el volumen de empresas sobre las que debían hacer comprobaciones era elevado, podrían hacer un cruce entre el listado que se les ofrecía y el suyo de licitadores o adjudicatarios de sus contratos, y las que no aparecieran en el listado de grandes empresas, es porque eran pymes. Pese a ello, debe decirse que *los datos sobre participación de las pymes en la contratación pública que se ofrecen no cuentan con una consistencia sólida por cuanto en el 70,36 % de los casos, las entidades contratantes señalaron que el porcentaje de pymes respecto al total de licitadores participantes en sus procedimientos de contratación era del 0 %, cosa ciertamente inverosímil e incoherente con el número de contratos adjudicados a pymes*. Por tanto, *se decidió eliminar del cálculo de la media de ese apartado dichas contestaciones, de manera que no desvirtuaran el resto de los datos*. El dato obtenido (67 %), en cualquier caso, podría parecer coherente con los 13 075 contratos adjudicados a pymes» (las cursivas son mías).

17. Me refiero a las consecuencias –penales incluidas– del fraccionamiento en fraude de ley del objeto contractual para facilitar contratos menores a los que accedan las pymes, una desacertada práctica, aunque habitual en la Administración Local.

contratación han propiciado esa participación y transparencia o se mantiene el *statu quo*.

2

Medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública

Con anterioridad a la aprobación de la LCSP en 2017 se habían ido aprobando progresivamente medidas legales de impulso de la participación de las pymes en los contratos del sector público, a través de distintos textos legales¹⁸, entre otros, en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de adaptación a la normativa comunitaria¹⁹; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por cuanto la transparencia es asimismo un principio necesario en la contratación pública y, en particular, para las pymes; y la Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del fondo para la financiación de los pagos a proveedores; sin dejar de mencionar las remarcables acciones al respecto de muchas comunidades autónomas y entidades locales que han dictado normas propias en este sentido²⁰, por ser mucho más conocedoras de la realidad de las medianas empresas y, principalmente, de las pequeñas empresas en sus respectivos ámbitos territoriales y competenciales.

18. Véase, con más detalle, el análisis de las medidas de cada texto legal de ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública», ob. cit.

19. De modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

20. Por ejemplo, en Cataluña, por Acuerdo de Gobierno de 16 de abril de 2013, se aprobaron medidas para facilitar el acceso de las pymes a la contratación pública, integradas algunas después en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de soporte a los emprendedores y su internacionalización. Con posterioridad, el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública vino a regular, en concreto, la división en lotes de los contratos públicos (art. 5).

Véase, también, el Informe 19/2014, de 17 de diciembre de 2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente) «Previsiones con incidencia en materia de pymes de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad».

Paso a continuación, pues, a sintetizar las principales medidas legales que introduce la LCSP, muchas de las cuales son reiteración del contenido de la Directiva 2014/24/UE. Se recogen las que se han ido identificando como más relevantes²¹, atendiendo al momento o fase concreta del proceso de contratación pública.

2.1

En fase previa de planificación y programación de la estrategia de la contratación pública

Tener información con antelación suficiente para preparar una eventual licitación es trascendental para el acceso de las pymes a la contratación pública, por lo que las nuevas previsiones legales relativas a la programación de la contratación por los distintos poderes adjudicadores suponen un gran avance en este sentido, situándose esa planificación en un momento previo al inicio del procedimiento administrativo de contratación pública.

La programación o planificación anual de los contratos del sector público se encuentra prevista en el artículo 28.4 LCSP, según el cual:

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 armonizada²².

Con todo, los contratos sometidos a regulación armonizada, por su cuantía y volumen, no parecen ser los más accesibles para las pymes, por lo que podría interpretarse en un primer momento la poca eficacia de la medida para este tipo de empresas. No obstante, la medida es plausible porque, por una parte, el precepto ordena que en dicha planificación se recojan «al menos» los contratos armonizados, lo que significa que otro tipo de contratos podrán incluirse en la planificación anual; y, por otra, que las pymes pueden programar sus ofertas también para los contratos sujetos a regulación armonizada para el caso de que se liciten en lotes

21. Me ha servido de guía el trabajo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-12.

22. El artículo 134 se refiere a la publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» (DOUE) de 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, los órganos de contratación tengan proyectado adjudicar en el plazo máximo de 12 meses a contar desde el envío del anuncio a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

separados aquellos grandes contratos²³. Ahí reside la importancia de este nuevo precepto para las empresas de dimensión menor, puesto que conocer con antelación las licitaciones que se van a convocar por el sector público a lo largo de un año les permite tener más opciones de presentarse con una oferta adecuada, superándose un clásico impedimento del reducido plazo para presentar ofertas.

Pero, para dar un paso más en el fomento de la contratación de las pymes, quizás podríamos esperar que, en un futuro próximo, todas las entidades del sector público, también en aras de una mejora de la transparencia pública, publicasen una relación de todos los contratos que prevean licitar a lo largo del ejercicio presupuestario, aunque fuera tan solo con unos datos básicos, tales como el objeto, el importe, el plazo, y la fecha de licitación, por ejemplo, limitándose el anuncio en el DOUE de los contratos armonizados²⁴.

Por otra parte, junto con la programación anual de la contratación pública, la elaboración y publicación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, prevista en el artículo 334 de la LCSP²⁵, se presenta como otra medida legal –aunque criticable desde la perspectiva constitucional-²⁶, en tanto en cuanto uno de sus objetivos es promover la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública.

2.2

En fase de preparación del contrato público: disminución de costes de información, transparencia, simplificación documental y reducción de cargas administrativas

La LCSP modifica, para la fase concreta de preparación de los contratos del sector público, aspectos específicos de la regulación anterior que suponían para las pymes barreras de acceso al mercado de la contratación pública.

23. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 3.

24. En este sentido, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 3.

25. La Estrategia Nacional de Contratación Pública se define por la LCSP como «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 incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores» (artículo 334.1).

26. Me pronuncio sobre esa posible inconstitucionalidad en CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», ob. cit.

En sentido parecido a la legislación anterior, hace hincapié en la eficiencia de la contratación pública, estableciendo las obligaciones a cargo de las entidades públicas de velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, de favorecer la agilización de los trámites, y de promover la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información (artículo 28.2 LCSP).

La reducción de los costes de información relativa a la contratación pública constituye uno de los instrumentos más válidos para facilitar la participación de las pymes y su acceso a los contratos del sector público, junto con la simplificación administrativa y la reducción de trámites y cargas administrativas, esto es, una menor burocracia para los operadores económicos durante el proceso de licitación que ha de redundar también en beneficio de los órganos de contratación²⁷.

Medida clara de disminución de los costes de información para las pymes son las consultas preliminares al mercado, que tienen por finalidad preparar mejor la licitación consultando a expertos externos y/u operadores económicos e informarles de los planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al futuro procedimiento para su adjudicación. Una vez realizadas las consultas, el órgano de contratación hará constar en un informe los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las correspondientes respuestas. Dicho informe será motivado, formará parte del expediente de contratación, será publicado en el perfil del contratante, y el órgano de contratación deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas al elaborar los pliegos, con carácter general (artículo 115 LCSP).

Con todo, el propio texto de la LCSP impide cumplir con el objetivo de reducir los costes de información, porque nos situamos ante texto legislativo de baja calidad técnica e inabarcable incluso para los expertos en la materia, con ciertas partes incomprensibles si no se tienen conocimientos o experiencia previos en este ámbito²⁸. La LCSP es una ley *hiperreguladora* que dificulta su posterior desarrollo reglamentario, también en el ámbito local, en aquellos aspectos en los que las entidades locales tengan algún margen de maniobra²⁹.

27. Así lo afirma el Preámbulo de la LCSP.

28. Con la consiguiente urgencia de formación para los empleados públicos, pero también para las pymes.

29. Véase, entre otros, DIEZ SASTRE, Silvia: «Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable», en DIEZ SASTRE, Silvia (dir.), *La nueva Ley de*

No puede negarse que opta por un grado mayor de simplificación en la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos relativos a las cualidades del licitador. En este afán de simplificación documental, el artículo 140, apartado 1, regula el DEUC (documento europeo único de contratación) y la declaración responsable, que ha de ajustarse al formulario del documento europeo. Pero, pese a ser una medida simplificadora, el DEUC aparenta ser un documento administrativo bastante difícil de cumplimentar, por lo que la misma LCSP contempla la posibilidad de que este documento sea sustituido por una declaración responsable según el modelo recogido en el correspondiente pliego, que podrá ser rectificada en el plazo máximo de tres días cuando se aprecien defectos subsanables (artículo 141).

Por último, supone una importante reducción de cargas administrativas el nuevo régimen de acreditación de la solvencia técnica para las empresas de nueva creación (entendiendo por tales aquellas que tengan una antigüedad inferior a 5 años) establecido en los artículos 88.2 (contratos de obras) y 89.1.h LCSP (contratos de suministro), los cuales excluyen la exigencia de experiencia en contratos similares de valor estimado inferior a 500 000 euros. Se permite que tales empresas acrediten su solvencia con referencia a su personal técnico, instalaciones, medios de investigación, medidas y certificados de calidad, muestras de productos, o con indicadores similares.

2.3

En la presentación de garantías efectivas y pagos anticipados

También para los trámites de carácter económico la LCSP introduce algunas medidas orientadas a facilitar la licitación de las pequeñas y medianas empresas, como así sucede con la prestación de las garantías exigibles y, en particular, para la constitución de garantías definitivas. En este sentido, de acuerdo con el artículo 108.2:

Cuando así se prevea en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la garantía definitiva en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la Administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se fijará la forma y condiciones de la retención.

Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales, IDL/UAM-Iurisutilita.es, A Coruña, 2018, en especial pp. 37 y ss.

Esta regulación parece permitir a las pymes no anticipar la constitución de la garantía definitiva antes de cobrar ninguna certificación³⁰.

En cuanto a los pagos anticipados (artículo 198 LCSP), si bien no constituyen una novedad en sentido estricto, suponen una de las medidas más importantes para las pymes, porque supondrá no tener que anticipar ningún recurso si en el pliego de cláusulas administrativas particulares se prevé, previa garantía, el pago anticipado por las actuaciones preparatorias del contrato (artículo 198.3):

El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

2.4

En fase de ejecución del contrato: cambios en la subcontratación pública

Las rectificaciones más importantes del régimen de la subcontratación (artículo 215)³¹ respecto de la regulación anterior, desde la perspectiva de las pymes, son, por un lado, la supresión de la limitación de subcontratación del 60 % del importe de adjudicación, y por otro, el nuevo régimen de pagos a subcontratistas y suministradores (artículo 216). En concreto, se establece la obligación de los contratistas de pagar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado en los plazos preceptivos de la mencionada Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, siempre que el subcontratista o suministrador haya entregado las facturas en los plazos legalmente previstos. Además, se prohíbe a los contratistas renunciar válidamente a estos derechos de cobro, antes o después de su adquisición (artículo 216.6). Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes quedan facultados para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos por parte de los contratistas adjudicatarios, con penalidades en caso de

30. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», ob. cit., p. 4.

31. Sobre las modificaciones de la LCSP en el régimen de la subcontratación, véase, entre otros, PUNZÓN MORALEDA, Jesús: «Cesión y subcontratación», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGÓ CÓRDOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en particular, pp. 1158 a 1189.

incumplimiento en tanto que los pagos constituyen condiciones esenciales de ejecución del contrato público (artículo 217).

Ahora bien, esta facultad de comprobación de los órganos de contratación sobre el estricto cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de unos contratos de naturaleza privada como son los subcontratos y los contratos de suministro (artículo 215.7 LCSP) –introducida por la citada Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que añadió el artículo 228 bis al TRLCSP, relativo a la comprobación de los pagos a los subcontratistas³² otorga a las Administraciones Públicas una posición de tutela de los intereses económicos de los subcontratistas y suministradores frente al contratista principal que genera alguna que otra duda, principalmente por el carácter privado del contrato del que surge la obligación de pago, mucho más cuando esa posición especial del órgano de contratación solo se da respecto de una de las partes de la relación jurídica privada. Y ello porque los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, así, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración Pública, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 215.4).

Es más, la LCSP contempla la posibilidad de prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se realicen pagos directos a los subcontratistas por parte del órgano de contratación, pagos directos cuyos derechos de cobro podrán ser cedidos de acuerdo con las condiciones legalmente previstas. Dichos pagos directos a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra. En ningún caso será imputable a la Administración Pública el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista (disposición adicional quincuagésima primera). Esta posibilidad de pagos directos de la Administración Pública a los subcontratistas, parcamente regulada en la LCSP, responde claramente a las aspiraciones de las pymes, pero en su aplicación práctica generará, tal vez, problemas importantes de interpretación y de difícil solución jurídica.

32. Es de interés la Recomendación 1/2014, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, sobre comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores.

Pese a estas medidas claras de fomento del acceso de las pymes a la contratación pública a través de la subcontratación, la LCSP deja en manos de los contratistas principales la selección plena de los subcontratistas, al suprimir la previsión que contenía el TRLCSP relativa a que el propio órgano de contratación pudiera imponer al contratista principal la subcontratación con terceras empresas, no vinculadas a este último, de algunas partes de la prestación que no excedieran en su conjunto del 50 % del presupuesto del contrato, siempre que gozaran de sustantividad propia dentro del conjunto que las hicieran susceptibles de ejecución separada (artículo 227.7 TRLCSP); supresión que podría explicarse por la posibilidad actual de división en lotes separados del objeto del contrato público.

3

La división en lotes del objeto del contrato público: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad

3.1

El objeto del contrato público y la regla ordinaria de su indivisibilidad

El objeto del contrato se ha venido definiendo como el conjunto de prestaciones y obligaciones de las partes que ha de ser determinado y bien definido. En este sentido, es de interés el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que recoge a su vez el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 991/2015, de 23 de octubre de 2015. En dicho Acuerdo se señala lo siguiente:

El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Es esta la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier prestación genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de la relación entre el objeto del contrato y el objeto

social del licitador. En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con mayor exactitud posible el objeto y el alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y, en su caso, decidir presentar sus ofertas.

Una descripción bien hecha del objeto del contrato otorga seguridad jurídica a los licitadores y, para el caso concreto de las pymes, facilita su acceso a la información relativa a los contratos públicos. Por otra parte, como se ha señalado bien, que el objeto sea determinado «obedece a la necesidad de conocer con toda precisión qué es lo que está obligado a dar o realizar el adjudicatario y qué es lo que tiene derecho a recibir el ente público adjudicador»³³.

En la actualidad, la LCSP contiene la definición genérica del objeto de los contratos públicos únicamente en el artículo 99, aunque se refiere al mismo en otros preceptos³⁴. Según el artículo 99.1:

El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contratan.

Como es sabido, la regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ha venido siendo, hasta la LCSP, la no divisibilidad del objeto del contrato público (artículo 86.3 TRLCSP)³⁵, si bien se venía reconociendo la discre-

33. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGÓ CÓRDOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751, en concreto, p. 720, quien relata a continuación los supuestos legales en los cuales el objeto de un contrato no estará plenamente definido hasta el momento en el que se produzca la adjudicación, como, por ejemplo, en los contratos en los que hayan de tenerse en cuenta criterios de adjudicación distintos del precio, permitiéndose a los licitadores presentar variantes (artículo 142).

34. También, por ejemplo, cuando define la prestación dentro de la regulación de las prescripciones técnicas particulares en los artículos 124 y ss.

35. *Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando

cionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades concretas, y, por tanto, la división en lotes del objeto del contrato público se entendía como un «derecho potestativo» que asistía al órgano de contratación³⁶.

Así pues, la regla ordinaria de indivisibilidad podía romperse excepcionalmente y se admitía una posible división del objeto del contrato, siempre y cuando dicho objeto admitiera el fraccionamiento y así se justificara debidamente en el expediente de contratación, se respetaran los requisitos legales previstos y no existiera voluntad fraudulenta (artículo 86.3 TRLCSP)³⁷.

dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.

36. Resolución n.º 421/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de mayo de 2016: «Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 124/2013, de 27 de marzo), la que sostiene que “el artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”. Ahora bien, también ha declarado el Tribunal (Resolución 247/2012, de 7 de noviembre) que la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 86 del TRLCSP “no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación (“...podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes...” y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (“...y así se justifique debidamente en el expediente...”)), entrañando un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurren; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”. Así las cosas, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios –eficacia y eficiencia en la contratación pública y, más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte–, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”» (FJ 10.º, con cita del FJ 6.º de la Resolución 85/2016, de 1 de abril, del mismo Tribunal).

37. Sobre ello, me remito al estudio de AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», *Revista de Estudios Locales. CUNAL* (ejemplar dedicado a *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre), n.º extra 161, 2013, pp. 147-181.

3.2

La inversión de la regla anterior: de la indivisibilidad a la presunción de divisibilidad del objeto del contrato público

La regla actual de división en lotes diferenciados del objeto del contrato público³⁸ supone la inversión de la regla vigente hasta los últimos años relativa a la indivisibilidad del objeto del contrato, recogida en el artículo 86.2 del TRLCSP, según el cual «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

La LCSP, en la senda de la Directiva 2014/24/UE, establece la divisibilidad del objeto del contrato público, si bien con los mismos límites legales. De acuerdo con el artículo 99.3 LCSP:

*Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta*³⁹.

Pese a ello, es necesario reiterar de nuevo que la LCSP mantiene idénticos límites legales a la partición del objeto contractual, esto es, no podrá fraccionarse un contrato público con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, porque nos situaríamos nuevamente en fraude de ley.

Luego, la diversificación del objeto del contrato público en lotes separados para su ejecución o realización independiente –en los términos del apartado 3 del artículo 99– no supondrá un fraccionamiento irregular en tanto en cuanto las normas procedimentales y de publicidad sean las que correspondan

38. Véanse los estudios, entre otros, de BATET JIMÉNEZ, M.^a Pilar: «La división del objeto del contrato en lotes», *Gabilex*, n.º 6, junio 2016; de la misma autora, «La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 de diciembre de 2017, pp. 2862 y ss.; CASTRO MARQUINA, Gonzalo: «La división en lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE», *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2016, 2017, pp. 359-412; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a del Carmen: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, pp. 192-228; y SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.^a José: «División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-9.

39. La disposición adicional cuarta de la LCSP regula los denominados «contratos reservados», y su contenido equivale a la disposición adicional quinta del TRLCSP.

al valor acumulado de todos los lotes en que se parcela el contrato (artículo 99.6). Por tanto, supone un uso adecuado del fraccionamiento o partición del objeto del negocio jurídico reconocido ahora expresamente en norma legal por imperativo de la normativa europea.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente de contratación, «salvo en los casos de contratos de concesión de obras» (artículo 99.3)⁴⁰.

En todo caso se considerarán motivos válidos para justificar la no división en lotes del contrato los siguientes (artículo 99.3):

a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

Para valorar la aplicación efectiva de este supuesto, cabe tener muy en cuenta que, si bien la división en lotes intensifica la competencia, ello no significa que la falta de fraccionamiento del contrato en lotes separados implique, siempre y en todo caso, la existencia de restricción de la competencia, aunque sí puede restringirla obviamente⁴¹. Y podrá eludirse la división en lotes en sectores donde no existan pymes en el ámbito concreto de las prestaciones a contratar, como es lógico.

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

En este supuesto, en la valoración del órgano de contratación sobre la posibilidad de división o no del objeto del contrato en lotes diferenciados, primarán las eventuales dificultades técnicas en la ejecución de las prestaciones contractuales, porque el elemento clave es la prestación o ejecución

⁴⁰. No he conseguido encontrar la razón o explicación a esta excepción relativa a los contratos de concesión de obras.

⁴¹. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento del contratos: invalidez y fraude de ley», ob. cit., pp. 171 y ss.

independiente de la parte o lote separado⁴². Ahí se encuentra la conexión con la importancia de concretar o determinar correctamente el objeto global del contrato (artículo 99.1 LCSP).

En suma, a partir de la LCSP, como medida estrella de fomento de la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, la regla ordinaria es la división o fraccionamiento del objeto del contrato en lotes, si bien el poder adjudicador tiene libertad para decidir no dividirlo siempre y cuando existan motivos válidos que deberán justificarse en la memoria explicativa o expediente de contratación (artículo 116.4.g) que ha de publicarse necesariamente en el perfil del contratante (artículo 63.3.a).

Así pues, existe la presunción legal de divisibilidad del objeto del contrato, pero los poderes adjudicadores no tienen la obligación jurídica de acordar esa diversificación, por lo que sigue existiendo discrecionalidad del órgano de contratación no solo para partir el objeto del contrato, sino también para confeccionar los lotes y, en su caso, para la integración de las prestaciones, discrecionalidad que «ha de ser matizada por los principios rectores de la contratación pública, tales como la eficiencia en la utilización de los fondos públicos que exige que el órgano de contratación a la hora de integrar la prestación objeto del contrato en un único lote deba ponderar la mayor eficiencia en la ejecución de las prestaciones y la libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia. La motivación de lo discrecional es el elemento que lo diferencia de lo arbitrario» (Resolución 160/2017 de 23 de mayo, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

En este mismo sentido lo señala la Directiva 2014/24/UE cuando dispone que el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, «sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estimen oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial» (considerando 79).

3.3

Requisitos de preparación y configuración de los lotes. Efectos jurídicos

Cuando el órgano de contratación decida la división en lotes del contrato público, podrá introducir limitaciones en la adjudicación de los lotes, justifi-

⁴². Véase la Nota informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

cándolas debidamente en el expediente de contratación. Así, de acuerdo con el artículo 99.4 LCSP:

- a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.*
- b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.*

En todo caso, si el órgano de contratación considera oportuno introducir alguna de estas dos limitaciones, deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por otra parte, la LCSP permite la adjudicación a la oferta integradora más ventajosa. En este sentido, cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato, y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote a un mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes (artículo 99.5):

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.*
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.*
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.*
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.*

Esto significa una proposición simultánea a varios –combinación de lotes– o todos los lotes, según se establezca en los pliegos contractuales, de modo que se permita seleccionar la mejor oferta, individualmente o integrada, incorporando elementos reales de comparación.

Por último, cabe remarcar que la división en lotes separados del objeto del contrato público conlleva, como efecto jurídico inmediato –salvo que se establezca otra previsión en sentido contrario en el pliego que rija el contrato–, que cada lote constituya por sí mismo un contrato público independiente (artículo 99.7 LCSP). Con ello, se produce una diversifica-

ción o ramificación de la relación contractual del poder adjudicador con las distintas empresas contratistas, situándonos ante una relación jurídico-administrativa múltiple desde la posición de una sola de las partes –la de la Administración Pública contratante–, cuyas particularidades y efectos jurídicos singulares no pueden ser aquí tratados por razones obvias, pero a nadie escapan los efectos multilaterales en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por alguno de los adjudicatarios de los lotes separados.

4

Bibliografía consultada

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», *Revista de Estudios Locales. CUNAL* (ejemplar dedicado a *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, coordinado por Jesús Colás Tenas y Silvia Díez Sastre), n.º extra 161, 2013, pp. 147-181.
- ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina: «Medidas para fomentar la participación de las pymes en la contratación pública. Análisis de las directivas de cuarta generación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, 2017, pp. 375-408.
- BATET JIMÉNEZ, M.ª Pilar: «La división del objeto del contrato en lotes», *Gabilex*, n.º 6, junio 2016.
- BATET JIMÉNEZ, M.ª Pilar: «La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, Sección Especial / Artículos, Quincena del 15 al 29 de diciembre de 2017, pp. 2862 y ss.
- CANALS AMETLLER, Dolors: «El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública», *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 55, 2018.
- CASTRO MARQUINA, Gonzalo: «La división en lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2016*, 2017, pp. 359-412.
- DíEZ SASTRE, Silvia: «Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: El régimen jurídico aplicable», en DíEZ SASTRE, Silvia (dir.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*, IDL/UAM-Iurisutilita.es, A Coruña, 2018.

- LÓPEZ ZURITA, Lucía: «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, n.º 4, enero-diciembre 2017, pp. 146-150.
- MAÑES MARTÍNEZ, Eva: «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, 2015, pp. 389-432.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Medidas para facilitar a las pymes la participación en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-12.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús: «Cesión y subcontratación», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1158-1189.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio Ramón: «Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 715-751.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a del Carmen: «Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, pp. 192-228.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.^a José: «División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero 2018, pp. 1-9.

Ley de Contratos del Sector Público y entidades locales: la exigencia de planificación de la contratación*

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Instituto de Derecho Comparado.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Planteamiento
2. Planificación general de la contratación
3. Planificación de la contratación y medios propios: ¿licitamos un contrato?
4. ¿Está el contrato sometido a la LCSP?
 - 4.1. Los contratos patrimoniales como contratos parcialmente sometidos a la LCSP
 - 4.2. Investigación, innovación y propiedad intelectual como contratos excluidos o de régimen especial
5. Planificación de los elementos sociales, ambientales y de innovación
6. Racionalización de la contratación menor
 - 6.1. La regulación actual de los contratos menores
 - 6.2. Alternativa a los contratos menores: procedimiento supersimplificado
7. Planificación de la lucha contra la corrupción y para el cumplimiento de la legislación social y ambiental

Resumen

El artículo analiza las exigencias que plantea la Ley de Contratos del Sector Público en relación con la planificación de la contratación; desde la planificación del contrato hasta su ejecución.

Artículo recibido el 11/09/2018; aceptado el 01/10/2018.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76986-P: «Unión Europea en el contexto de los Tratados de nueva generación: entre reforma institucional y protección social», del que soy IP.

Palabras clave: *contratación pública; LCSP; planificación.*

The new legislation on public procurement and local entities: the duty to plan in public contracts

Abstract

The article analyzes the duty to plan during all the phases of contracting: from its planning to its execution.

Keywords: public procurement; new legislation on public procurement; planning.

1

Planteamiento

La promulgación y entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), ha sido especialmente traumática en el ámbito local. Las exigencias y limitaciones de la norma, sus cambios sobre las prácticas anteriores y las dificultades para tener personal suficiente para una correcta aplicación, han conducido a cierta desesperación en dicho ámbito, tanto en los cargos políticos como en los funcionarios encargados de llevarla a la práctica.

Ciertamente, la LCSP supone un cambio de envergadura sobre la normativa anterior. Cambios en cómo se hacen las cosas, en qué actuaciones están permitidas y cuáles pasan a ser ilegales, y asimismo en la estructura administrativa para ejecutar la disposición. Aspectos todos ellos complejos en una estructura municipal como la española, con un número considerable de poderes adjudicadores que carecen de una estructura suficiente.

Sea como fuere, la LCSP está aquí y ha de ser aplicada. Plantearnos otra cosa no conducirá más que a la melancolía, al ser un esfuerzo vano. Por ello, han de plantearse algunas bases sobre las cuales articular la política municipal en relación con la contratación pública. Sí, política municipal en relación con la contratación, manifestado esencialmente en una de las exigencias de la LCSP: la planificación; que, en el fondo, es una manifestación de la buena administración.

En efecto, si quisiéramos reducir la aplicación de la LCSP a tres notas básicas que expliquen las ideas fuerza sobre las que está estructurada la norma, estas serían Planificación, Publicidad y Profesionalización.

La Ley quiere que todo el proceso de contratación esté sometido a la regla de la **publicidad** y por ello introduce elementos radicales, como es la nulidad de las adjudicaciones que no se efectúen a través de la plataforma de contratación, y restringe la utilización de los contratos menores.

La Ley quiere impulsar la **profesionalización** del proceso de contratación. No es una idea originaria de la normativa española, sino que se ha de situar en la línea que ha impulsado la Unión Europea a través de sus últimos documentos de *soft law*, que reflejan una gran preocupación por este aspecto de la contratación pública¹. Ello significa dar un paso más en la formación y mejora interna de la contratación pública para contratar mejor.

Pero, en mi opinión, la LCSP ha querido sobre todo impulsar la **planificación** de la contratación pública. Es una idea que está a lo largo de todo el articulado de la LCSP y que va a constituir el hilo fundamental de este artículo.

2

Planificación general de la contratación

La LCSP impone el deber de planificación general de la contratación de cada entidad pública durante todo el año: elaboración del Plan Anual de Contratación, que debe ser publicado en el perfil del contratista, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.4. Es un deber de carácter general que luego se ha de manifestar en cada expediente de contratación, en donde hay que acreditar la necesidad del propio contrato.

La regulación de este deber tiene el aspecto negativo, que puede ser subsanado en cada ayuntamiento, de que es potestativo para los contratos no sometidos a regulación armonizada. Es, por consiguiente, una orientación, que puede ser modificada –previa motivación del cambio– a lo largo de la anualidad para adaptarla a las necesidades.

Dentro de las medidas que se han de tomar en cuenta en la gestión de la contratación, nos encontramos con la posibilidad de utilización de las formas de contratación anticipada que están en el artículo 117, cuando se refieran a contratos para anualidades siguientes o que dependan de la concesión de préstamos por parte de terceros, públicos o privados. Es una forma de flexibilización de la regla de la anualidad presupuestaria con las suficientes cautelas.

1. Véase la RECOMENDACIÓN (UE) 2017/1805 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

Asimismo, se prevé esta posibilidad para la adquisición de inmuebles, en la disposición adicional tercera.⁹

3

Planificación de la contratación y medios propios: ¿licitamos un contrato?

En este contexto, el proceso de decidir externalizar, el de licitar un contrato, no es libre en la LCSP, ya que hay que valorar la autoprovisión². El artículo 28 LCSP, a la hora de abordar la «racionalidad y consistencia» del proceso de contratación, empieza imponiendo una obligación: solo se puede contratar si no se puede hacer internamente: «Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales». La necesidad proviene de la carencia de medios para acometer esa actuación dentro de la propia Administración, ya sea a través de los servicios administrativos ya sea a través de las personas jurídicas dependientes que haya creado para ciertos fines institucionales.

Dicho de otro modo, dentro de este deber de planificación se encuentra, asimismo, el de ponderar la opción de la reinternalización de servicios, coloquialmente conocida desde la perspectiva local como la remunicipalización. Es una decisión que no es fácil. Los problemas van más allá de la propia necesidad de organizar un servicio en la organización municipal, sino que ha de afrontar numerosas dificultades económicas, de gestión de trabajadores y de naturaleza jurídica. Pero, desde la perspectiva de los beneficios que pueden conseguirse, parece que es una opción que ha de ser ponderada por los ayuntamientos, a pesar de las restricciones que, recogiendo lo dispuesto en la redacción del artículo 86 de la LBRL (en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), impuso la mayoría conservadora en la Comisión que tramitó la LCSP³.

2. Sobre la autoprovisión, véase AMOEDO SOUTO, C. A., «En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y ajustes internos», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 205, 2018, páginas 81-129; y NOGUERA DE LA MUELA, B., «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en el *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2018.

3. Hoy, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, apoyando una enmienda presentada por el PDeCAT (antigua CiU), se imponen restricciones que exigen la elaboración de un informe que garantice que la internalización es mejor solución que la externalización, que es el que recoge el artículo 86 de la Ley de régimen local, en donde se ha de acreditar

Planificación anual de la contratación que tendrá otro elemento de carácter general que afecta a los medios propios en la determinación de las tarifas que se pagarán a los medios propios personificados por los servicios realizados. Es una tarifa que fijará la Administración matriz, vinculada al coste de los servicios que se le presten; que tiene la naturaleza de subvención finalista y que, en consecuencia, no está sujeta al impuesto sobre el valor añadido, lo que supondrá un ahorro del 21 % a la Administración matriz. El medio propio, en contrapartida, no podrá deducirse el IVA que haya abonado en compra de bienes o servicios de tercero.

4

¿Está el contrato sometido a la LCSP?

El mero planteamiento de la cuestión puede resultar sorprendente. La ambición de la LCSP de ampliar su marco de actuación puede hacer pensar que todo contrato está sometido a su ámbito. La realidad no puede ser más alejada de este planteamiento. La LCSP recoge un ámbito bastante amplio de contratos en los que su articulado está excluido, ya sea total o parcialmente.

En efecto, la Sección 2.^a del Capítulo I del Título Preliminar de la LCSP recoge una serie de «negocios y contratos excluidos» de su ámbito de aplicación. Algunos claramente distantes de las necesidades municipales (como pueden ser los del ámbito de la defensa), pero otros que pueden resultar de gran utilidad para una correcta gestión pública.

De ellos me quiero fijar en dos tipos de contratos.

4.1

Los contratos patrimoniales como contratos parcialmente sometidos a la LCSP

Por un lado, los contratos de naturaleza patrimonial. De acuerdo con el artículo 9.2 LCSP, «quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades

no solo «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial», sino también la exigencia específica de la Ley de contratos de que «dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional».

incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial». Una exclusión que se une a la de los contratos relativos a los bienes del dominio público.

Es cierto que, tal como he señalado en otra ocasión⁴, la exclusión de los negocios sobre los bienes patrimoniales es parcial, en la medida en que nos encontramos con un juego de remisiones recíprocas y no bien concluido entre la LCSP y la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que hace que, al final, los principios básicos de la LCSP se apliquen también a los bienes patrimoniales.

De hecho, se podría afirmar que la propia LCSP'17 se acaba desdiciendo de la exclusión que realiza de los contratos patrimoniales. El elemento que hará aparecer la aplicación de la norma con carácter general será la ausencia de disposiciones patrimoniales que regulen un aspecto específico. Algo que puede sumir al operador jurídico en cierta situación de inseguridad jurídica.

Posiblemente el punto donde se pueda ver con mayor claridad es el relativo a la colaboración público-privada. Como se recordará, hoy no existe un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la LCSP. No obstante, se siguen utilizando estos mecanismos aplicando lo que está recogido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es la colaboración público-privada patrimonial a la que he dedicado un estudio recientemente⁵.

Su base es la articulación de las reglas contractuales. En este punto, la base del principio de libertad de pactos está recogida en el artículo 111 LPAP, en los siguientes términos: «Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración».

De este modo, solo nos encontramos con dos límites: por un lado el cumplimiento del derecho obligatorio y el principio de buena administración. Desde una perspectiva económica aparece como el único elemento de carácter finalista en la gestión patrimonial, una vez que se superó la regla tradi-

4. Véase el capítulo segundo de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Enajenación de los bienes inmuebles del patrimonio del Estado*, Madrid, 2017.

5. Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 74, 2018, páginas 34 y siguientes.

cional de que la rentabilidad económica era un objetivo en relación con los bienes patrimoniales. Obviamente, como en toda actuación de una Administración pública, aunque sea en el marco de contratos privados, está presente el principio de servicio objetivo a los intereses generales.

El fomento de los negocios globales –tan propio de las fórmulas de colaboración público-privada– encuentra su encaje en lo dispuesto en el apartado segundo de dicho precepto. Así, los negocios de enajenación, tal como se dispone en el artículo 111.2, «podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal».

Pues bien, después de la promulgación de la LCSP'17, el principio de libertad de pactos mantiene la limitación que recogía el viejo artículo 25 LPAP y que ahora contempla el artículo 34 LCSP, al que remite de forma expresa el artículo 9 LCSP'17: «Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante». Redacción rebuscada donde las haya para indicar la necesidad de la complementariedad.

4.2

Investigación, innovación y propiedad intelectual como contratos excluidos o de régimen especial

La LCSP ha sido consciente de que cuando concurren elementos relativos a la propiedad intelectual las formas típicas de adjudicación de los contratos no son las más convenientes, ya que habitualmente se busca el *know how* del profesional.

La Ley recoge en el artículo 8 una serie de contratos excluidos del ámbito de la investigación y la innovación que se someten a dos reglas complementarias: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; y b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador. Reglas que

son especialmente importantes cuando se están solicitando estudios a Universidades y otros centros de investigación⁶.

Pero, al mismo tiempo, por la interacción entre el artículo 9.2 LCSP (que hace referencia a la «propiedad incorporal»), la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (que configura un régimen particular para adquisición y enajenación de estas propiedades) y la Ley de Propiedad Intelectual (que delimita su ámbito en los artículos 10 y 11 en función de que se trate de bienes originales u obras derivadas), se pueden excluir de su ámbito de aplicación «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

Aquí encontraremos contratos tan usuales en el ámbito municipal como son los relativos a los de los artistas en las fiestas locales, cuyos contratos deberán cumplir con ciertas exigencias para no vincularse a los servicios de los agentes (lo que surgiría en los casos de contratación conjunta de diversos artistas para cubrir la totalidad de las fiestas), que sí están sometidos a la LCSP.

No olvidemos que, además, la Ley establece un régimen especial para ciertas manifestaciones de la propiedad intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, cuya contratación se efectuará de forma precedente por el procedimiento restringido.

5

Planificación de los elementos sociales, ambientales y de innovación

La contratación pública no es solo un instrumento para la provisión de bienes y servicios, sino que, por el contrario, es uno de los instrumentos básicos para la ejecución de políticas públicas. No hace falta recordar que supone alrededor del 15 % del PIB y que, en consecuencia, cualquier operación de contratación plantea objetivos vinculados a políticas públicas; sobre todo en el momento de la construcción de infraestructuras.

Esta es una idea que está recogida en la Directiva, cuando señala que «La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, soste-

6. Véase GIMENO FELIU, J. M.^a, *Estudio jurídico sobre la transferencia de conocimiento de las Universidades públicas: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales)*, que se puede consultar en <http://www.upv.es/entidades/VIIT/info/U0772228.pdf> (último acceso: 21 de agosto de 2018).

nible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».

Para la consecución de este objetivo, la Directiva establece un conjunto de medidas variadas que sirven para la consecución de objetivos sociales y ambientales, más allá del mero aspecto cuantitativo de la contratación. De hecho, ha flexibilizado el elemento más negativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (la conexión de las cláusulas con el objeto del contrato) y ha efectuado una regulación novedosa de las etiquetas sociales y ambientales.

Todos estos elementos forman parte de la Directiva y han sido traídos a la Ley de Contratos del Sector Público de forma amplia⁷. Una recepción que se ha visto facilitada por la ausencia de mayorías en la Comisión parlamentaria, lo cual ha permitido un debate más realista sobre la importancia de estos elementos, sobre todo con la experiencia que nos ha dado la crisis económica.

La **clave del sistema** la encontramos en el artículo primero de la norma, donde después de recoger elementos de carácter económico-competitivos, señala que «la contratación pública incorporará de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social». Es importante tener presente que fue un precepto que no estaba en el Proyecto del Gobierno y que se incluyó durante la tramitación parlamentaria.

A partir de aquí se desarrollan técnicas diversas que contribuyen a la consecución. Dentro de ellas, aparecen las cuatro siguientes.

7. Sobre estas cláusulas véase, por todos, GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *Documentación Administrativa*, n.º 4, 2017, páginas 92 y siguientes.

1. Desde un punto de vista **cualitativo**, para mí el dato relevante es ampliar las posibilidades de que la adjudicación del contrato no se produzca solo en función del precio, sino que incorpore otros elementos que añadan calidad a la prestación. En los últimos años, especialmente en los años de mayor dureza de la crisis económica, ha habido una tendencia a utilizar el precio como único elemento de adjudicación del contrato, y el resultado ha sido bastante negativo.

Es la idea que hoy recoge el artículo 131, cuando se señala que la adjudicación del contrato se realizará en función de criterios que permitan garantizar la mejor relación calidad-precio. Estos elementos son clave: el contrato adjudicado sin subasta apenas tiene campo para la introducción de cláusulas sociales y ambientales. El concurso, por el contrario, permite un amplio campo que se ve reforzado por otros aspectos recogidos en la norma.

2. El segundo aspecto es la **obligación que tiene la Administración** de tomar una decisión sobre las cláusulas sociales, ambientales y de innovación, de lo cual tiene que quedar constancia en el expediente administrativo. Esto se deberá hacer en dos momentos: de acuerdo con el artículo 28.2, cuando se analice la idoneidad de abrir un procedimiento de contratación, y en el artículo 35.1 LCSP, cuando se defina el objeto del contrato. Y, por extensión, repercutirán en la solvencia de los licitadores (artículo 127).

3. Recogiendo el guante que está en el artículo 67 de la Directiva, el artículo 145 de la Ley recoge las cláusulas sociales y ambientales como **elementos determinantes de la adjudicación**: «La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones». Unos elementos que son ejemplificados con posterioridad tanto para su vertiente social como ambiental.

Así, para los elementos ambientales se señalan, entre otros, la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y el mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Y, por su parte, entre los sociales se encuentran el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la

igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Con la ejemplificación ambiental, difícil será que no se encuentre algún elemento social o ambiental que sirva como elemento de adjudicación del contrato. Todo ello, vinculado con el objeto del contrato en los términos vistos con anterioridad.

Es claro que no son elementos obligatorios en sentido estricto. Pero **de una interpretación integrada del precepto con lo señalado en el artículo 1.3 (el carácter transversal de la contratación) resulta muy difícil pensar en la posibilidad de no incluirlos**, sobre todo teniendo en cuenta que sí son obligatorios en el momento de la ejecución del contrato, como veremos inmediatamente. Y adjudicación y ejecución son elementos esencialmente unidos. En todo caso, si una Administración decidiera no incluirlos como criterio de adjudicación, deberá ser justificado en el expediente.

4. En relación con la **ejecución** del contrato, el artículo 202.1 dispone que «será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales» de naturaleza social, ambiental y de innovación que se recogen con su contenido, y tampoco debieran existir problemas para su introducción.

En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado

laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Como se ha podido ver, la Ley ha impulsado la contratación pública social y ambientalmente responsable, mejorando la Ley de 2007, que fue pionera en esta materia. El deber de planificación que tienen las Administraciones públicas en relación con los contratos se deberá plasmar, entre otros aspectos, en la materialización de estos elementos, que tanto pueden contribuir a la mejora del interés general, tanto directamente en la ejecución de las políticas públicas, como de forma indirecta modificando los comportamientos de las empresas en el sector privado, por el riesgo reputacional de no hacerlo.

6

Racionalización de la contratación menor

El punto posiblemente más problemático es el de la contratación menor. Aquí se aúnan elementos de política municipal (se alega la necesidad de impulsar a las pymes del municipio) con las propias dificultades en los ayuntamientos pequeños para realizar un procedimiento de contratación en toda regla, aunque sea uno gestionado a través del mecanismo recogido en el artículo 159.6, el procedimiento coloquialmente conocido como supersimplificado.

La realidad muestra que recurrir a los contratos menores está costando mucho trabajo, incluso en el propio Estado⁸, pero, al mismo tiempo, que es un aspecto esencial de la planificación que se ha de impulsar con apoyo (especialmente de las diputaciones provinciales) como con otras medidas vinculadas a la nulidad de los contratos.

6.1

La regulación actual de los contratos menores

Se trata de una figura que, bien aplicada, puede ser muy conveniente para la acción pública. El problema, como ocurre en tantas ocasiones, es que los abusos en la repetición de los mismos y en una utilización excesiva provocaron que se cuestionaran de forma generalizada.

De hecho, durante la crisis económica han podido servir como vía para paliar las tasas de reposición tan estrictas que ha impuesto el Gobierno de Rajoy y que han impedido la llegada de nuevo personal a las Administraciones públicas. Han servido, en definitiva, de una vía para externalizaciones de servicios de cuantía no especialmente elevada y que, por tanto, no tenían la misma repercusión pública. Hoy constituye una práctica formalmente prohibida, dado que el artículo 308.2 LCSP dispone que «en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores».

Incidir en los contratos menores como una forma para eludir la corrupción, la pequeña corrupción en la contratación pública, constituye un error. Un error derivado de que la vía más usual son los anticipos de caja fija y que hubiera merecido una modificación de la Ley General Presupuestaria. No podemos olvidar que este tipo de contratos (porque no se puede decir que tengan otra naturaleza) no tienen el más mínimo respaldo documental, más allá de la factura de haber realizado la prestación, ya sea de adquisición de bienes o de servicios o de suministros. La forma en la que se pagan, con un rellenado casi automático de cuantías, hace que sean muy complicados de controlar y que se pueda eludir a través suyo la normativa contable, presupuestaria y de contratación. No obstante, no resultaron objeto de revisión.

8. De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe relativo al expediente 41/2017, sobre la interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, así como en el Informe relativo al Expediente 42/2017, ha hecho una interpretación bastante peculiar de la nueva regulación, que parece literalmente una vía para salvar la antigua regulación de los contratos menores en un contexto legal que es totalmente diferente.

¿Cuáles son los elementos básicos de los contratos menores?

De entrada, existe una limitación a los tipos de contratos en los que se pueden utilizar: únicamente en los contratos de obras, servicios y suministros. La presión política habida durante la tramitación parlamentaria ha reducido la cuantía aproximadamente un 20 % con respecto a las cantidades anteriores. A partir de la entrada en vigor de la norma serán 40 000 € para contratos de obras y 15 000 € para los contratos de servicios y suministros, tal y como dispone el artículo 118.1.

A fin de garantizar que se está utilizando de forma correcta el límite anual, la Ley exige la emisión de un informe en el que el órgano de contratación garantice que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, esto es, que no se está produciendo un troceamiento de su cuantía para eludir la aplicación de las reglas de adjudicación⁹.

No obstante, la limitación mayor para la utilización de los contratos menores no procede de la LCSP, sino de las resoluciones de los órganos de control externo, que los han limitado para cubrir necesidades puntuales, esporádicas, concretas, definidas y urgentes. Dicho de otro modo, se trata de una modalidad de adjudicación del contrato que solo se puede utilizar en aquellos casos en los que no se puede planificar.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.8 de la Ley, la duración de los contratos, incluidas sus prórrogas, no podrá ser superior a un año. Esta medida, que se configura para evitar la sucesión de contratos menores, deberá suponer que no se admiten contratos similares para las mismas personas, con el fin de cumplir las exigencias que se han señalado antes de necesidades puntuales, esporádicas, concretas, definidas y urgentes.

También se han mejorado las exigencias de publicidad de los contratos, de tal manera que trimestralmente deberán ser publicados indicando, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario; lo que se configura como el criterio para la ordenación de los contratos. Los contratos menores deberán ser sometidos al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335.1, aunque se establece la misma salvedad de que están excluidos los de menos de 5000 € abonados a través de anticipos de caja fija.

Posiblemente de la regulación anterior no se pueda deducir que se han frenado las posibilidades de abuso a través de los contratos menores, aunque se han hecho más complicadas (salvo en lo referente a los de menos de 5000

9. En este punto, conviene recordar que empieza a existir cierta jurisprudencia sobre las consecuencias penales del trocamiento de los contratos para poder recurrir a los menores.

€ pagados a través de anticipos de caja fija). Sin duda, lo mejor sería recurrir a la planificación para hacer frente a las necesidades administrativas, y no parchear las situaciones a través de estos contratos menores. Pero esto también pasa por que las necesidades administrativas se puedan satisfacer con los medios propios de la Administración, y para ello el redimensionamiento cuantitativo y cualitativo de la Administración parece ineludible, después de unos años en los que las tasas de reposición han provocado cierta anorexia en la plantilla del sector público.

6.2

Alternativa a los contratos menores: procedimiento supersimplificado

La cuestión más relevante, llegados a este punto, es resolver la pregunta de qué hacer si no se puede recurrir a los contratos menores.

En primer lugar, los problemas que surgen con las reparaciones urgentes de equipamientos y, en general, con la contratación para solucionar todas las incidencias administrativas que no están previstas, ni, en principio, pueden estarlo. Es cierto que, para los problemas de las reparaciones que hoy tanto angustian, la planificación debería llevar a que en el momento de la adquisición se suscribieran contratos de mantenimiento.

Pero, además, la LCSP no ha sido tan radical en el sentido de obviar esta realidad. El artículo 168, donde se contienen los supuestos en los que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, contiene un caso que está pensado precisamente para este tipo de circunstancias: «Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119».

Se dispone, asimismo, de los contratos de servicios o suministros de forma sucesiva y por precio unitario y los acuerdos marco, que son mecanismos excelentes para racionalizar la contratación y para la adquisición de los bienes y servicios para los que se acostumbra a recurrir a los contratos menores. Y, al mismo tiempo, se deberían impulsar los sistemas de compra centralizada. Es cierto que, en particular, los acuerdos marco resultan procelosos de llevar a la práctica, pero con un adecuado apoyo de las diputaciones provinciales podrían ser factibles.

No es cuestión de recurrir al procedimiento aún más opaco de los anticipos de caja fija, que son de fiscalización limitada y que pueden ocasionar

inspecciones de los órganos de control externo en los supuestos en los que el volumen total de lo contratado a través de este procedimiento sea muy elevado. Sobre todo, no parece lo mejor cuando en la propia LCSP se ha recogido otro procedimiento para hacer frente a esta necesidad, que combina rapidez, planificación y publicidad.

En particular, la LCSP'17 ha incorporado, durante el trámite parlamentario, un nuevo procedimiento de adjudicación que sirve precisamente para este tipo de figuras: hago referencia al procedimiento abierto supersimplificado, que se incorporó durante la tramitación parlamentaria de la LCSP'17, como vía para reducir la contratación directa a casos extremos.

La regulación se encuentra recogida –casi sería mejor decir que se encuentra *escondida*– en el artículo 159.6 como una variante del procedimiento simplificado en donde se reducen los trámites precisamente por la limitada cuantía que tienen. Ni siquiera tiene un calificativo en la Ley, por lo que la denominación es coloquial, a la par de muy expresiva de lo que se está pretendiendo con su inclusión.

De entrada, la cuantía de estos contratos adjudicados a través del procedimiento supersimplificado es pequeña, pero superior a la que había con anterioridad en los contratos menores: 80 000 € en contratos de obras y 35 000 € en contratos de servicios y suministros. Teniendo en cuenta que la Ley quiere cierto automatismo en la adjudicación del contrato, no se puede utilizar para los contratos referentes a prestaciones intelectuales (precisamente por el hecho de que la adjudicación es automática).

En cuanto al procedimiento, varios son los elementos que han de ser tenidos en cuenta. Obviamente, se requiere que se haya cumplido con la obligación de tener alojado el perfil en la Plataforma de Contratos y que se realice cierta planificación. Si lo primero es una obligación legal, lo segundo debiera serlo como derivación del principio de buena administración.

El anuncio da paso a un plazo de presentación de ofertas de 10 días, y en los supuestos de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles. Realmente no puede hablarse de un problema de premura para no recurrir a él.

No hay acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, precisamente porque se trata de contratos cuyo riesgo es mínimo. Esto no elimina, por supuesto, el que el objeto social de la empresa se haya de referir al objeto del contrato. Este es el aspecto esencial que se ha de verificar.

La oferta se presenta en un único sobre o archivo electrónico. La adjudicación es automática, tanto en lo que se refiere a los criterios de valoración como en lo relativo a la valoración de las ofertas. De hecho, se quiere impulsar el que se haga de forma automática, ya que se señala que la valoración de

las ofertas se realizará «automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación».

Una vez adjudicado el contrato, no existe constitución de la fianza definitiva. Y la formalización del contrato se realiza con el consentimiento que pondrá el contratista en el acto de adjudicación del contrato.

Como se ha podido apreciar, la regulación que recoge el precepto aúna la rapidez de los contratos menores con la publicidad que ha de tener el procedimiento de adjudicación de los contratos. Por ello, dentro de la nueva actitud que tienen que tomar las Administraciones públicas frente a la LCSP, un salto adelante considerable sería articular estas pequeñas compras a través de este procedimiento en lugar de recurrir a mecanismos oscuros como son los anticipos de caja fija, a los que ya me referí en cierta ocasión, o incitar a los «viejos compañeros de los contratos menores» a que constituyan múltiples sociedades para que puedan seguir siendo contratistas.

7

Planificación de la lucha contra la corrupción y para el cumplimiento de la legislación social y ambiental

El último aspecto que quiero reseñar en la exigencia de planificación es la necesidad de aprobar un marco preventivo contra la corrupción y el favoritismo. Es una idea que nos conecta con los procedimientos de *compliance* en el sector privado y que derivan de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son procedimientos que se están empezando a desarrollar en las entidades del sector público y que, por vez primera, reciben un respaldo legal como el que reconoce la Ley de Contratos del Sector Público.

En este punto, la Ley exige a todos los órganos de contratación «tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción» (art. 64.1). Con ello, se supera el papel de la intervención y se obliga a adoptar medidas preventivas de carácter general que luego serán ejecutadas, entre otros, por los órganos de control interno.

La preocupación social que late en la LCSP (fruto de las enmiendas presentadas por los partidos de oposición al Gobierno del Partido Popular) permitió la inclusión de una obligación general de la Administración para «garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral» estable-

cidas en el derecho nacional, comunitario e internacional recogido en convenios ratificados por la UE (art. 201 LCSP).

Estas medidas constituyen derecho complementario, normalmente de índole práctica y de gestión y que se deben entender como medidas adicionales a las de la Ley, pues las recogidas en la LCSP ya son directamente vinculantes.

El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

JULIÁN GARRÁN DÍAZ

*Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas
por la Universidad Pablo de Olavide*

1. Introducción
2. La gran calidad
3. La cara «social» del contrato
4. Los criterios o cláusulas sociales sobre los licitadores
5. Intrusismo de lo administrativo sobre lo social
6. Oportunidad o realidad
7. Referencias bibliográficas

Resumen

La nueva Ley de Contratos ofrece un nuevo panorama normativo en el que el criterio económico ya no se sitúa como criterio exclusivo de contratación, y debe convivir en pie de igualdad con los criterios cualitativos que son determinantes de la GRAN CALIDAD. Siguiendo la estela de la *praxis* que viene sucediendo en nuestro país, así como las imposiciones que vienen desde la Unión Europea, con la nueva legislación se pretende la inclusión de criterios sociales que hagan de la contratación una herramienta eficiente de prestación de servicios y bienes. Así pues, la contratación pública contempla una perspectiva más inclusiva respecto a colectivos en riesgo de exclusión o pobreza,

Artículo recibido el 06/09/2018; aceptado el 04/10/2018.

así como el brindis a la innovación o el respeto al medio ambiente entre otros muchos, como elementos a tener en consideración a la hora de ejecutar o adjudicar el contrato. Igualmente, esta consideración normativa introduce nuevos deberes a los empresarios como ámbito objetivo de la Ley. Entre estos deberá designarse un responsable del contrato, así como acreditar mediante «ecoetiquetas» u otras formas admisibles en la Ley el cumplimiento de las cláusulas sociales suscritas o declaradas en el proceso de contratación. Dicho todo lo anterior, el presente estudio pretende hacer una reflexión acerca de las oportunidades y desafíos que presentan estas cláusulas, así como una justificación sustantiva del significado de las mismas y del momento en el que se opta por su inclusión.

Palabras clave: *contratación socialmente responsable; contrato social; responsabilidad social; contratación pública; cláusulas sociales.*

The social contract in the Law 9/2017, of 8 November, of Public Procurement

Abstract

The novel procurement legislation offers a new normative perspective in which the economic criterion is no longer considered as the exclusive one. It must now coexist with the qualitative criteria which are determinants of the “great quality”. According to the praxis in Spain, as well as the obligations that come from the European Union, the new legislation pursues to include social criteria for making public procurement a more efficient tool for the provision of services and goods. Therefore, public procurement takes into account a more inclusive perspective regarding, for instance, groups at risk of exclusion or poverty, innovation or the respect for the environment. Likewise, the new legislation introduces new duties to employers as the objective scope of the law. Inter alia, employers should nominate a person responsible for the contract and to certify through «eco-labels» or other way the compliance of the social clauses subscribed or declared in the contracting process. This article studies the opportunities and challenges for these social clauses and deals with the substantive justification of their meaning and the moment in which it is decided to include them.

Keywords: socially responsible public procurement; social contract; social responsibility; public procurement law; social clauses.

1

Introducción

Actualmente la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público está siendo debatida desde todos los frentes que abordan la ciencia jurídica, y más aún desde que entró en vigor el pasado 9 de marzo de 2018. Desde entonces, está siendo desgajada, provocando las más dispares reacciones, que van desde la celebración de la introducción de preceptos muy «progresistas» hasta la desesperación por su enorme articulado, y su difícil aplicación en municipios con escasos recursos¹. Para comprender la importancia de este nuevo texto legal que introduce dos Directivas² de corte bastante anglosajón y que sigue la tendencia, como ya hace el también famoso Reglamento 679/2016 de protección de personas físicas en el tratamiento de datos personales y su libre circulación, tenemos que observar en primer lugar su importancia en la economía española: casi un 20 % del PIB español tiene su origen en contratación pública, es decir, numerosísimas empresas deben su existencia a esta ficción jurídica, y en segundo lugar está la regulación de la más notoria y relevante actuación del Estado y la Administración como ente ejecutor, es decir, su propia actuación como productor de bienes y servicios³.

Antes de introducir el tema que nos ocupa y analizar sus preceptos que versan sobre la responsabilidad social, quiero recalcar algo que considero de vital importancia para comprender de qué estamos hablando. Nuestra Constitución enuncia en su primer artículo, cosa que le dota de valor añadido y que no resulta precisamente baladí, que nuestro Estado se constituye como un Estado social y democrático de Derecho⁴. El orden de los factores en este caso sí altera el producto, es decir, la posición del Estado social por encima de sus atribuciones democráticas o del imperio de la ley no trae otra causa que la propia justificación de la constitución de los Estados modernos pasando por los modelos garantistas o asistenciales (MANIN 1998). La pregunta es muy sencilla, o al menos aparenta serlo: ¿para qué se constituye el Estado?; ¿para

1. Para una mayor información acerca de la situación económico-financiera de los municipios acceder a: <http://serviciostelematicosext.minhap.gob.es/SGCAL/entidadeslocales/>

2. 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; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

3. En la Unión Europea la influencia de la contratación pública se cifra en torno al 14 % sobre el PIB.

4. El artículo 1.1 del Título Preliminar de la Constitución Española de 1978.

obtener beneficios?; ¿para organizar la sociedad?; ¿para prestar servicios a su poder constituyente (ciudadanos)? Si avanzamos en estas preguntas el sentido común nos sitúa al Estado, primero, como un actor jurídico⁵, y segundo, como un actor en la vida económica con un objeto muy diferente al que tienen las empresas, al menos las tradicionales. Esta segunda posición es la que fundamenta el sentido de la contratación pública.

De nuevo, nuestra Constitución tiene la respuesta y dirige el fundamento de las dos figuras del Estado, esta vez en el artículo 103 tan exprimido, analizado y citado dada su trascendencia: servir con objetividad los intereses generales. ¿Cómo podría servir a esos intereses generales que tantos quebraderos de cabeza traen a la sociedad, juristas, políticos y demás agentes sociales? Pues por medios propios, gestión directa descentralizada o utilizando la contratación pública. Aquí tenemos una primera justificación de la importancia del asunto: estamos hablando de uno de los principales instrumentos de actuación del Estado y por extensión de la Administración Pública, y no cabe otro fundamento para su utilización que la persecución y consecución de los intereses generales, ni más ni menos. Si en algo se caracterizan los intereses generales es en que su configuración se estructura en torno a los derechos fundamentales que recoge la misma Constitución. ¿Se podrían entender en situación de una actuación estatal o administrativa que no tuviera en su frente el interés general? Dicho queda que ese interés general puede reproducirse *ad intra* o *ad extra*, es decir, percibirse que su consecución es en beneficio del propio ente administrativo o estatal y en perjuicio de colectivos, todo ello, eso sí, por imperiosa necesidad y precisamente en nombre del *interés o voluntad general*⁶. Por todo lo anterior la relación entre la sustanciación del objeto legal, la contratación pública, y su fundamento constitucional debe inexcusablemente quedar plasmada en esta Ley de Contratos del Sector Público.

Una vez más, y siguiendo con la tendencia de que la introducción de estos preceptos no viene por inspiración divina o *motu proprio* del legislador, encontramos que el motivo de la aparición de esta Ley lo tenemos en unas

5. Doctrinalmente se atribuyen a la Administración Pública diversas figuras que no vienen sino a reflejar una posición común como un actor más en la vida de los ciudadanos, en una relación, claro está, totalmente asimétrica. Estas formas que aparecen incluidas son la actividad de limitación o policía, la actividad de fomento, la actividad administrativa sancionadora o la arbitral, entre otras.

6. Esta aspiración *roussoniana* de persecución del bien común se diferencia de la *volonté de tous* (voluntad de todos). Concretamente, la *volonté générale* que predicán y que caracteriza a todos los estados-nación, no se constituye a través de las aspiraciones y apetencias particulares y agregadas de cada individuo, sino que se construye en torno al bien común. Para una mejor comprensión de su significado ver ROUSSEAU, Jean-Jaques. *El contrato social*. 1762. Editorial AKAL. 2016.

disposiciones europeas con diferente fuerza jurídica: por un lado, la Estrategia Europa 2020, y por otro lado, con poder vinculante, las Directivas anteriormente mencionadas: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, para sectores del agua, energía, transporte y servicios postales; y la Directiva 2014/23/UE, sobre la adjudicación de contratos de concesión. Quizás por su importancia sustancial y por constituir el horizonte europeo (y, por extensión, también el español), prestaré algunas líneas a esta Estrategia, que ayudarán a comprender el porqué de la introducción de estos principios sociales que, como ya hemos esbozado, no deberían ser ninguna novedad.

De hecho, lo novedoso de la Ley es la agrupación de estos principios y la dotación de ser determinantes de la gran calidad, objeto del contrato. Hay que tener en cuenta que la introducción de estos criterios se ha ido esparciendo a lo largo de la historia de la contratación pública en España. Concretamente el punto de partida, al menos en lo que se refiere a la introducción de cláusulas medioambientales, tiene su primera puesta en escena en otra trasposición, en este caso en las Directivas de contratos de 2004, realizada por la Ley 30/2007, de octubre, y en el posterior texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Como bien señala Consuelo ALONSO GARCÍA (2018), otras leyes de contenido ambiental y otras más generales introducirían medidas a tener en cuenta por la contratación pública, además de la multitud de iniciativas ejecutivas en el ámbito estatal, autonómico y local⁷.

La Estrategia Europa 2020 es ante todo una estrategia de crecimiento. El crecimiento como máximo exponente medido con multitud de variables que se resumen cuantitativamente en el PIB, pero que en la realidad no solo se reducen a este. Esto quiere decir que, aunque Europa persigue el crecimiento, no lo hace a cualquier precio; su interés se dirige hacia la construcción de un nuevo modelo de crecimiento que contempla tres perspectivas:

- I. Crecimiento inteligente.** Contempla el desarrollo de productos de medio-alto valor añadido y que por tanto requieren un estudio y una innovación en los medios de producción y/o creación de nuevos productos. La más manifiesta forma en la contratación quizás sea el procedimiento de asociación para la innovación, aunque impregna el resto de modalidades.

7. Ver, por ejemplo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; o, en el nivel reglamentario, el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

II. Crecimiento sostenible. La sostenibilidad en la gestión de los recursos es consecuencia misma de la eficiencia + medio ambiente. La introducción en los contratos públicos de criterios de adjudicación relacionados con el respeto al medio ambiente, como la utilización de productos y técnicas respetuosas con el mismo, es una realidad que se supone se irá integrando.

III. Crecimiento integrador. La cohesión social o la integración territorial las vemos plasmadas como esos criterios cualitativos que, como veremos en adelante, constituyen la **GRAN CALIDAD** del contrato en la nueva Ley.

Como vemos, la influencia de esta Estrategia no podría ser más decisiva. Si cabe, las recomendaciones específicas derivadas de la aplicación de esta Estrategia, que, como sabemos, se incumplen con una parsimonia pasmosa⁸, se materializan en la figura jurídica de la recomendación. Esta, aunque carece de poder vinculante, resulta más «vergonzoso» su incumplimiento. Concretamente en lo que a España respecta estos tres tipos de crecimientos se adaptan a los problemas del país: al estado de las finanzas públicas, sistemas de pensiones, lucha contra el desempleo o la corrupción, y otros males cuasi endémicos.

Por otro lado, en un aspecto más concreto e incluido ya en nuestra legislación, la Directiva comunitaria 2014/24/UE introducía la obligatoriedad en el cumplimiento de las disposiciones sobre materia laboral y social (considerandos 2 y 37). En este sentido, lo dispuesto en materia social se observa de forma amplia y vinculada a las preocupaciones medioambientales, siendo de obligado cumplimiento su trasposición por los Estados miembros. Esto plantea un gran problema, pues, como veremos en el último apartado, la jurisprudencia española⁹ ya preveía y advertía que los poderes adjudicadores eran ajenos a la relación que une al trabajador con el empresario con el que ellos contratan, por corresponder al ordenamiento laboral más que al administrativo. Estamos ante una extensión del derecho administrativo, que no era precisamente un derecho escueto, hacia fronteras que colindan con la legislación laboral y social^{10,11}.

8. Hay que decir también que los objetivos que se fijan distan mucho de la realidad, como el hecho de conseguir una tasa de ocupación del 75 % entre 20 y 64 años o reducir un 20 % las emisiones de gases invernadero.

9. Véase, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2007 o RTCR Central 317/2012.

10. Si establecemos una correlación entre su fundamento, es decir, el Estado y la Administración por extensión, y, por otro lado, su herramienta de funcionalidad, el derecho administrativo, parece imposible pensar que una mayor extensión del Estado social hacia fronteras que se introducen en planos que corresponden a aspectos privados no provoque más que la extensión inherente del derecho administrativo y su conflicto insalvable con los otros «derechos».

11. Para mayor profusión en la posición actual de la contratación pública global ir a MORENO MOLINA, A. «Globalización y contratación pública». Parte I. Capítulo II. Págs. 163-181.

2

La gran calidad

Esta exigencia, que deviene del mismo Preámbulo, plantea una discrecionalidad que solo se materializa a través de los principios «sociales». Esta función de la contratación pública, no solo vista desde su finalidad, sino como instrumento esbozado en la Directiva 2014/24/UE, refleja, como bien determina Juan José PERNAS (2014), «la voluntad política decidida a fomentar la contratación pública como un instrumento de mercado de apoyo a los objetivos de las políticas públicas». En pos de la búsqueda de esta gran calidad se pretende la naturalidad de la selección de estos criterios y su inclusión en contratos de todo tipo, ya no de forma específica como hacen algunas leyes o disposiciones como por ejemplo la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, para promover en los contratos de suministro el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales «ecológicos». Estos criterios se observan como susceptibles de incluirse en todos los tipos de contrato, aunque evidentemente existen algunos más idóneos para su inclusión y desarrollo¹². Ya el Plan de Acción estatal de 2008¹³ no hacía mención de la exclusión de ningún tipo contractual, aunque sí señalaba algunos más idóneos, al menos para la perspectiva medioambiental, como son la construcción, el transporte, mantenimiento, energía, etc. (NOGUEIRA LÓPEZ 2010).

Sin duda, introducir esta potestad creará las más variopintas concepciones de qué es esa gran calidad, cosa que no es desacertada siempre y cuando se certifique de alguna forma. Sea como fuere, los criterios sociales deben ser suficientemente específicos y cuantificables; así se restringe la capacidad discrecional de la que disponen los poderes públicos. Asimismo, su provisión ha de resultar, siguiendo la orden del Preámbulo de la Ley, proporcionada al objeto del contrato, debiendo asegurar la imparcialidad, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores (ALONSO GARCÍA 2018).

Es evidente que algunos municipios, según sus características, abogarán por una gran calidad que se defina por la creación de empleo, el fomento de la competitividad o emprendimiento, etc. En este sentido, el apelar a la certificación cuantitativa o cualitativa no tiene otra razón de ser que evitar

En GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

12. Ver ALONSO GARCÍA, C. «Contratación Pública Ecológica». Parte X. Capítulo LIII. Págs. 2719-2759. En GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

13. <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0724170.pdf>

adjudicaciones más que cuestionables en virtud de la gran calidad, basadas en cuestiones intangibles o difícilmente demostrables. Ya por experiencias pasadas sabemos que la discrecionalidad o la permisibilidad que se ha tenido, por ejemplo, con procedimientos como el negociado sin publicidad, genera el escenario perfecto para la corrupción y las malas prácticas¹⁴. De hecho, no nos resultaría irreconocible que tal o cual ayuntamiento adjudicase un contrato en virtud de un criterio social imposible de demostrar.

La gran calidad se introduce como la principal inspiración en el diseño de los criterios de adjudicación. Por ello la nueva contratación pública recela de las ofertas denominadas «anormalmente bajas»¹⁵, ya que abandona el criterio de la oferta económica más ventajosa por la que ofrezca una mejor relación calidad-precio. Aunque parece que esa gran calidad se concreta en la inclusión de aspectos medioambientales, sociales e innovadores, plantea un nuevo problema, al dejar a la libre elección la necesidad de su utilización por naturaleza del contrato.

Siguiendo en el asunto que nos ocupa, todo lo anterior tiene cierta redundancia con el objetivo del sistema legal de contratación. La Ley tiene por objeto aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad, 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 pymes y de defensa de la competencia¹⁶. Es decir, su objetivo es implementar políticas sociales en un entorno de seguridad jurídica y utilizando para ello criterios sociales. A este respecto, sin entender muy bien por qué, delimita la utilización de esos criterios en la adjudicación por el objeto del contrato. De hecho, la no justificación de esta relación de causalidad entre cláusula y objeto de manera suficiente puede suponer la anulación de la susodicha¹⁷. En una primera aproximación, si bien es cierto que el asfaltado de una carretera no tiene una mayor calidad por que una empresa tenga un plan de igualdad o presente en la adjudicación un certificado de utilización de combustibles respetuosos con el medio ambiente, ¿acaso está justificado que una entidad pública que tiene

14. Ver GIMENO FELIU, J. M.^a. *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP*. Parte I. Capítulo IV. Págs. 242-313. En GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLAS, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

15. Párrafo II del Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público.

16. Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público.

17. Véase STSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 por la que se anuló una cláusula social por no constar ninguna argumentación por parte del órgano de contratación que permitiera atender a la vinculación entre el objeto y la mayor calidad que suponía la inclusión de la cláusula social. Respecto a la vinculación con el objeto ver JCCA de Cataluña en el informe 18/2014 sobre las especificaciones técnicas vinculadas al objeto del contrato.

entre su fundamento y justificación de ser el servicio al interés general y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia... ¿contrate a una empresa en la que una trabajadora sufre acoso sexual?

El criterio de la gran calidad no solo se introduce en el diseño del pliego de condiciones para la adjudicación, sino también como condición especial en la ejecución, es decir, en el desarrollo de la ejecución del contrato, como, por ejemplo, la utilización de un procedimiento concreto, o la contratación de personas en riesgo de exclusión o con alguna discapacidad. Y de nuevo aquí lo supedita todo a su relación con el objeto del contrato a celebrar. Sin embargo, no todo queda tan supeditado al criterio del órgano de contratación de que es pertinente o está relacionado con el objeto del contrato, ya que la Ley obliga a establecer en el pliego al menos uno de los criterios «sociomedioambientales» listados en el artículo 202.

El artículo 1.3 hace mención tácita al criterio de gran calidad, esta vez de forma transversal y preceptiva, y una vez más guardando relación con el objeto contractual. La transversalidad de un criterio social no hace más que recordar a la transversalidad latente en las políticas de género, y quizás el legislador tenía en mente la introducción de criterios que sí son susceptibles de ser transversales. Cuesta reconocer la transversalidad de un criterio medioambiental como la utilización de un combustible cuando su utilización solo se pueda dar en un tipo específico de maquinaria. Sin embargo, este artículo sí introduce un *iter* en la contratación como es la facilitación en el acceso a pymes y empresas de economía social, aunque, claro está, habría que descubrir cómo facilitar este acceso.

Más adelante la gran calidad aparece como un elemento de justificación de la pertinencia del contrato y de su inherente eficiencia, siempre y cuando se obtenga el resultado deseado. Concretamente, en el artículo 28 de la misma Ley se vincula la idoneidad del contrato no solo con estos criterios que muchos definen como de «responsabilidad social», sino también con el tipo de procedimiento que se escoge: abierto, restringido o negociado sin publicidad. Estamos, por tanto, con que la idoneidad del contrato no se refiere *per se* a la gran calidad definida en todos sus términos, es decir, la idoneidad es la utilización pertinente y acertada de la tipología de contrato y la valoración de incorporar procedimientos que faciliten y agilicen el proceso e incorporen, si el objeto del contrato lo permite, esas consideraciones sociales, medioambientales y de innovación. Cabría preguntarse entonces: ¿la gran calidad qué es?; ¿el conjunto de procedimientos que hacen que un proceso de contratación sea el más idóneo?; ¿o simplemente es un plus que hay que valorar?

La clave en cuanto a la identificación del papel que juega la GRAN CALIDAD la podemos encontrar en el artículo 145, sobre los requisitos y clases

de criterios de adjudicación. Es una relación causal que nos lleva hasta su ubicación en la contratación; si en el Preámbulo se enuncia que la gran calidad se concreta en aspectos cualitativos, y estos criterios forman parte de la evaluación de la relación calidad-precio, quiere decir que forma una de las patas de la contratación, pero que no es el baluarte central con el que valorar exclusivamente la forma de contratar. Ciertamente el criterio económico, heredero de la anterior Ley, en la que la oferta económica más ventajosa era la más acertada, sigue siendo uno de los elementos fundamentales en la contratación, y no es algo casuístico, sino que guarda relación con nuestra carta magna y más en concreto con el artículo 135. Siguiendo en esta estructura de la contratación con dos patas, gran calidad y oferta económica más ventajosa, es necesario reconocer que la inclusión de un criterio social no supone por sí misma la inclusión de la gran calidad, es decir, un contrato con un gran número de criterios sociales, pero mal diseñado y excesivamente caro, no supone la gran calidad, sino todo lo contrario. Definitivamente debemos observar que es la conjunción de estas dos patas la que enuncia la mejor relación calidad-precio, y no la inclusión a discreción de cláusulas sociales.

Siguiendo el artículo 145 de la Ley, en él se especifican algunos criterios que se podrán incluir como criterios cualitativos establecidos por el órgano de contratación, como, por ejemplo:

➤ Calidad, características estéticas, funcionales, accesibilidad, diseño universal, características sociales, medioambientales e innovadoras. Dada la generalidad, el artículo especifica algunos criterios más concretos: reducción del nivel de emisiones de gases de efecto invernadero, medidas de ahorro y eficiencia energética, energías obtenidas de fuentes renovables, fomento de la integración social de personas con discapacidad, mejoras de condiciones laborales, subcontratación con centros especiales de empleo, entre otros. Todos estos criterios tienen como límite implícito el principio de proporcionalidad, no pudiendo alterar los principios de la contratación, a saber: libertad de acceso a licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación, utilización eficiente de los fondos, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta más ventajosa. Asimismo, la selección de estos criterios debe venir precedida de un adecuado estudio, así como la identificación de los problemas de índole social que dan pie a su consideración.

Finalmente, la utilización de esos criterios cualitativos sirve de justificación de un precio anormalmente bajo, es decir, puede existir una relación causal entre el precio-coste y la cláusula social que se incorpora desde el pliego y se adopta desde la empresa, por ejemplo: incorporar innovaciones que bajen el coste de un proceso o incorporar a trabajadores que gocen de beneficios fiscales. Es precisamente a esto a lo que se refiere el artículo 145

cuando determina que los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes que podrá ser el precio o la rentabilidad. En cualquier caso, la introducción de varios criterios de adjudicación dependerá del listado que el mismo artículo ofrece y que goza de gran extensión. Sí hay que comentar que deben vincularse al objeto del contrato de manera objetiva y servir como elementos de competitividad efectiva entre los licitadores.

3

La cara «social» del contrato

A día de hoy el término que se utiliza para descubrir el fenómeno que aquí tratamos es la «contratación socialmente responsable». Doctrinalmente tiene una denominación distinta, a saber, contratación pública estratégica. Aunque se barajen denominaciones distintas, ambas definen un mismo hecho: la contratación tanto socialmente responsable como estratégica trata de reducir el impacto que en el entorno causa de forma amplia el sector público, y ser un motor que impulse a la innovación. Ambas entienden que adoptar estas medidas reporta importantes ventajas económicas, que se traducen en una mayor eficiencia en la utilización de recursos y un significativo ahorro de sus costes de funcionamiento¹⁸.

Ciertamente el término socialmente responsable se refiere a un tipo de contratación que tiene en mente o en consideración los criterios cualitativos enunciados en la Ley como criterios de adjudicación y ejecución. Pero ¿puede existir una contratación que no sea socialmente responsable? Porque de ser así, y si de hecho somos conscientes de ello, habría que dar algunas explicaciones. Por otro lado, visto no desde su finalidad, sino como proceso, tenemos una perspectiva bien diferente, que se centra en definir este concepto como la incorporación de manera transversal y perceptiva de criterios sociales, incorporación que supone una mejora en la relación calidad-precio (GARCÍA BLANCO 2017).

Siguiendo en este sentido, la contratación socialmente responsable tiene su base en una contratación ética, eficiente y que contribuye a la creación de empleo, innovación... Como bien señala GARCÍA BLANCO, este concepto no es simplemente un concepto inventado por juristas para descubrir un fenó-

18. Afirmar que las medidas medioambientales, sociales o de innovación reportan ventajas económicas puede resultar algo peligroso debido a las dificultades que plantean tanto su cuantificación como la identificación de los beneficios que producen a corto plazo. Aun con esto es evidente que tienen como objeto una mayor eficiencia sin que esto suponga un menor coste.

meno, sino que desde organismos administrativos se ha utilizado y definido. El Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la JCCA de Aragón sostiene que es aquella que aspira al impulso y fomento de la responsabilidad social, valorando para la adjudicación del contrato el grado de compromiso con estos.

Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad social es también de aplicación en el sector de la empresa, con el mismo sentido que se presenta para la Administración: dar respuesta a los retos de la sostenibilidad. Aunque para el Estado y Administración el ánimo de lucro no es un fin, sino un medio para la ejecución de las políticas públicas, comparte la idea y los procesos de gestión que velan por el gasto eficiente y la sostenibilidad de estos. Siguiendo en el ámbito de la empresa, la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se caracteriza por dos aspectos a poner en común con su homónima pública: la asunción voluntaria y el compromiso de dar solución a los desafíos globales teniendo en cuenta las expectativas ciudadanas. Si bien es cierto que en una primera aproximación no existe diferencia sustancial entre la RSE y la Responsabilidad Social de la Administración. Es decir, las dos comparten que como límite esencial está el respeto a la ley y tienen como objeto la sostenibilidad del bien que proveen o del servicio que prestan. Evidentemente el respeto a la ley no supone *per se* el cumplimiento de esas demandas sociales que se incluyen en la responsabilidad social, de ahí el carácter voluntario. Cada entidad decide cómo actúa dentro del cumplimiento de la ley, y según su *target*, sean ciudadanos o clientes, determinará qué criterios son más interesantes. Criterios como el fomento de la empleabilidad, la formación, la innovación, el comercio justo, el respeto al medio ambiente, los programas sociales de igualdad o de ayuda a colectivos en riesgo de exclusión, ofrecen un abanico de posibilidades donde las empresas y la Administración pueden ejercer su responsabilidad. De hecho, la gestión responsable es valorada cada vez más por inversores, clientes, empleados y Administración (GRANDA REVILLA 2012).

En una nueva sociedad en la que los factores diferenciales suponen el éxito o el fracaso empresarial, adoptar la gestión responsable es un deber casi inexcusable. Sin embargo, sucede una cosa distinta con la Administración: dependiendo de quien lo observe, puede identificar que la Administración se mantiene ajena a estos procesos y que a través de los procesos democráticos se solventan todas las dudas que pudieren surgir. Sin ir más lejos de la realidad, la legitimidad de la que gozan las Administraciones puede ser de oficio o inicio, pero cosa distinta es la legitimidad de ejercicio. La legitimidad de sus actuaciones y del ejercicio del poder concedido son elementos que pueden definir el éxito o el fracaso de una política pública que además –he de recordar– supone el éxito o el fracaso de todos.

Teniendo en cuenta que para la Administración los *stakeholders* o grupos de presión se pueden hacer extensivos a todo ciudadano con plenos derechos o sin ellos, la complejidad que resulta de la sostenibilidad es más que significativa. Si algo tienen en común estas organizaciones o entidades es que deben contribuir a los objetivos que las personas y las sociedades consideran deseables y beneficiosos, ya que solo así tendrán la legitimidad de sus actuaciones. Precisamente la legitimidad de actuación está virando y encontrando a la legitimidad social como la base de la confianza que a su vez es la base de la rentabilidad de las actividades y la credibilidad de las organizaciones. Parece ser que los ciudadanos, en su ánimo por identificar la buena gestión, asignan un valor positivo a las operaciones sociales de las entidades privadas y públicas, y son estas operaciones las que se convierten en una demanda política ciudadana.

Como bien apunta FRANCÉS (2004), la Responsabilidad Social Empresarial es un enfoque de gestión adecuado al momento histórico y económico, ya que presenta un espacio de creatividad para las empresas en una economía globalizada que sirve a grandes mercados de ciudadanos informados y exigentes. Actualmente no cabe ninguna duda del peligro de observar a la responsabilidad social como el *totum revolutum* de la empresa y casi que por extensión de la Administración. No debemos olvidar que actualmente todo productor de bienes y servicios baña de marketing todos sus elementos, muchas veces hasta casi desnaturalizar el bien que se presta, con el fin de asentar una marca bien diferenciada. La Administración, sin embargo, no puede cometer el error de maquillar sus actuaciones con procesos más inclusivos, sociales o que incluyan toda una amalgama de herramientas comunicativas que desvíen la atención del producto final: el bien común.

Dicho todo lo anterior, parece claro que la responsabilidad social ya no es algo eventual, y que con luces y sombras ha llegado para quedarse con la nueva Ley de contratos. Por ello hay que atender a varios aspectos que la constituyen y la desarrollan, con el fin de hacer una reflexión acerca de su sentido y su posible destino.

En primer lugar, el contenido mínimo de un contrato público a todas luces se termina constituyendo como el contenido básico o esencial que se utiliza en la mayor parte de las instituciones públicas, si bien es cierto que los órganos encargados de la contratación y los agentes implicados, con el fin de ser fieles a la agilización de los procesos, terminan por elaborar modelos tipo de contratos públicos. Estos «modelos tipo» que evidentemente se constituyen como el quehacer diario de contratación no tienen una configuración legal. Esto quiere decir que su elaboración y su existencia son cuando menos cuestionables y no son resultado de un precepto legal. De ahí la importancia

de elaborar unos criterios mínimos que se definan con claridad y que sirvan para realizar una contratación responsable y ágil.

Como bien se extrae del artículo 35, los contratos deberán incluir como mínimo y necesariamente: la identificación de las partes, la acreditación de la capacidad de suscribir el contrato, la definición del objeto y tipo contractual, (...) y lo que nos ocupa: las consideraciones sociales, ambientales y de innovación. Estas consideraciones aparecen siempre relacionadas con el objeto del contrato, y de ahí se deriva la pertinencia de su inclusión. Pero ¿ignorar esta consideración no mermaría la idoneidad del contrato, o solo sería algo para tener en cuenta? Las dificultades que nos plantea la indefinición del papel que juegan estas consideraciones terminarán, sin ninguna duda, por su inaplicación, a no ser que el objeto del contrato tuviera íntima relación con estas consideraciones, como por ejemplo un taller sobre violencia de género en el polideportivo municipal. Sea como fuere, como un criterio dependa facultativa o potestativamente de su apreciación y esta haga que el procedimiento sea menos rápido y más complicado, el órgano de contratación va a desestimar su utilización a no ser que sea obligatorio. Dicho esto, parece claro que los criterios sociales solo podrán surtir efecto y naturalizarse a través de su imposición, o como requisito *sine qua non* para la adjudicación del contrato.

La clave para poder determinar si se introducen o no esos criterios de la gran calidad aparece en el objeto del contrato. Según el artículo 99, el objeto del contrato deberá ser determinado, lo que quiere decir que sí puede dirigirse a generalidades o abstracciones siempre que sean definidas. Potestativamente el objeto del contrato se podrá definir en atención a necesidades o funcionalidades concretas a satisfacer sin cerrar el objeto a solución única. Es decir, se puede fijar el horizonte, pero no dibujar el camino con total precisión y tratar de imponerlo a un adjudicatario. A este respecto, aquellos contratos en los que se estime conveniente la incorporación de innovación o criterios sociales deberán definirse en torno a la atención de necesidades o funcionalidades expresadas con anterioridad.

Como vemos, los criterios o cláusulas sociales impregnan y se establecen desde el primer momento de la elaboración de una política pública, es decir, desde la definición del objeto hasta su ejecución, con lo cual tienen su aparición también con carácter previo al pliego y anuncio de licitación. En este caso el artículo 247 desarrolla, en el régimen de concesión de obra, la precepción de la realización de un estudio de viabilidad que deberá contener informes o estudios que delimiten la adecuación de la obra, así como la idoneidad cuantitativa y cualitativa de la utilización del contrato de concesión, las previsiones sobre incidencia económico-social y su influencia, la valoración del planeamiento sectorial, territorial o urbanístico, el estudio de

impacto ambiental, siempre que sea preceptivo, la justificación de la solución elegida, el riesgo operacional, el coste de inversión, los estudios de salud y seguridad, el valor neto de las inversiones, la existencia de ayudas o subvenciones del Estado, entre otros. Todo lo anterior necesita de un proceso de legitimación como es el sometimiento, en el plazo de un mes prorrogable otro más, a información pública; y, dado el caso, se podrá sustituir la percepción del informe de impacto ambiental, cosa que resulta cuando menos cuestionable. Primero porque en la mayor parte de las ocasiones la ciudadanía no participa en estos procesos de información pública, y por otro lado porque la participación de la ciudadanía o de los interesados en el asunto no garantiza la idoneidad medioambiental del contrato. Además, como añade el artículo, ese estudio podrá ser realizado por iniciativa privada cuya admisión sería positiva por silencio. Esto no hace más que confirmar la debilidad de este informe. Cuesta dar credibilidad a un informe que ha sido redactado por el mismo que se beneficiaría por su adopción, y además tiene la iniciativa de realizarlo, primero porque le aporta 5 puntos adicionales y segundo porque, de no ser el afortunado, obtiene un 5 % sobre el precio del estudio, que, como podemos intuir, no sería barato.

Siguiendo en este momento previo del contrato, puede suceder que, dada la naturaleza y complejidad de la obra, sea aconsejable la realización de un anteproyecto, una vez aprobado el estudio de viabilidad (artículo 248). Además de que este documento puede incluir elementos adyacentes al contrato principal, como por ejemplo otras potencialidades o explotaciones parejas a la principal, el anteproyecto tiene como objeto una aproximación previa al proyecto con una menor profusión en sus elementos. La principal diferencia con respecto al estudio de viabilidad es que este documento no trata de probar y valorar el impacto de la concesión de obra. Es por ello que el contenido del anteproyecto lo conforma documentación distinta a la referida en el estudio de viabilidad. En ella se tratan de valorar los elementos que forman parte de la política referida, no los efectos adversos o subyacentes que tendrían lugar, es decir, se trata de la delimitación de la política por un lado y de sus efectos o impacto por otro¹⁹.

El anteproyecto lo conformarán: una memoria, un plano de situación general y de conjunto, un presupuesto que contemple la totalidad de la obra y un estudio del régimen de utilización y el régimen tarifario en su caso. Dentro de estos documentos es la memoria la que tiene una mayor incidencia en el asunto que nos ocupa. Primero porque define el objeto social, económico,

19. Para una mayor profundidad y comprensión ver la división del proceso de adopción de un programa público en fases denominado: «ciclo de políticas públicas» (LASWELL 1956).

medioambiental del contrato, y segundo porque sirve de justificación para adecuar los criterios y cláusulas sociales posteriores a su idoneidad respecto al objeto del contrato. Este documento se presume no debe hacer una valoración vacía de contenido, pues debe acompañarse de datos y cálculos para su posterior ponderación.

En otro orden de cosas, como se esboza en la introducción, existen dos momentos en los que estos criterios sociales o de responsabilidad social tienen su aparición: por un lado, como criterio de adjudicación, y por otro lado, determinante para la ejecución. En un primer momento los criterios sociales son contemplados en el pliego de cláusulas administrativas que deberá aprobarse previamente a la autorización del gasto o en conjunción con ella, y siempre antes de que se produzca la licitación (artículo 122). En una primera instancia estos pliegos recogerán las consideraciones sociales, laborales y/o ambientales necesarias y que serán relativas e indicativas de la solvencia de la adjudicación. Cosa muy importante es que estos pliegos podrán establecer penalidades en caso de incumplimiento. Importante precisamente porque se extrae una consecuencia jurídica y económica por su incumplimiento, y por tanto significan a estos criterios sociales que gozan de fuerza vinculante nunca vista hasta ahora. Estas penalizaciones, que no deben ser confundidas con la prohibición de contratar, se pueden producir *in itinere* o *ex post*, por lo que guardan una mayor relación con la ejecución de la obra o servicio y la comprobación material que se produce tras su finalización. Este hecho sitúa al responsable del contrato como un nuevo agente con la máxima responsabilidad, ya que deberá acreditar y tener bajo su posesión los documentos que certifiquen que se cumplió ese criterio social requerido en los pliegos²⁰. Más adelante, concretamente en el artículo 201, se determina que serán los órganos de contratación quienes tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contrato, los contratistas cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas por la Unión Europea, el derecho nacional o los convenios colectivos²¹. Todo lo anterior establece una carga de inspección contundente, haciéndoles responsables de la comprobación, durante el procedimiento, del cumplimiento de las obligaciones que tienen en otros ámbitos que se escapan del derecho administrativo.

20. Artículo 62 de la LCSP.

21. Como bien determina el artículo 319 de la LCSP, las obligaciones sobre materia medioambiental, social o laboral se determinarán por lo dispuesto en este artículo 201. Sin embargo, los efectos y la extinción de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan categoría de Administraciones Públicas, como, por ejemplo, las entidades públicas empresariales estatales o los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales, se regirán por el derecho privado.

Por último debemos recordar lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 de la disposición final quinta de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²², para comprender lo expresado en la disposición adicional cuarta sobre los contratos reservados: «la actuación de la Administración General del Estado asegurará a los ciudadanos con discapacidad la efectividad de sus derechos en sus relaciones con la Administración mediante: [...] b) La acción positiva para compensar las desventajas que estos ciudadanos en sus relaciones con la Administración pudieran presentar». Esta cuestión que tiene tantos nombres (acción positiva, discriminación positiva...) como detractores se presenta en la ya mencionada disposición adicional cuarta de la siguiente forma:

- Obligatoriedad para las instituciones. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en las comunidades autónomas y las entidades locales se fijarán porcentajes mínimos.
- Derecho a participar en determinados contratos o lotes.
- Centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción reguladas. Serán los sujetos de esta reserva, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la normativa, concretamente en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

4

Los criterios o cláusulas sociales sobre los licitadores

Quizás la principal dificultad con la que se encuentran los licitadores sea definir a ciencia cierta cuándo y qué les van a solicitar en un pliego de condiciones. Esto sucede principalmente porque la Administración adopta una doble perspectiva referente a la adopción de estos criterios sociales: una facultativa y otra obligatoria, como el cumplimiento de la norma laboral.

²². Aunque esta disposición está derogada por el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, en el artículo 2 del mismo Real Decreto se mantiene la vigencia de lo aquí expresado.

La complejidad que se plantea no es tanto el cumplimiento *per se* de las condiciones cuanto el cumplimiento a tiempo de esos criterios adoptados facultativamente por los que se exijan la aportación de un certificado, un documento acreditativo u otras formas de verificación. Hay que decir que la potestad de requerir estos criterios está limitada al principio de no discriminación e igualdad en el procedimiento de contratación, expresado en el artículo 126.1 LCSP.

De hecho, la exigencia del etiquetado que enunciábamos se veía desde la Comisión Europea como algo que iba en contra del principio de no discriminación, pues no se podía exigir a los licitadores estar en posesión de un sistema de etiquetado ecológico, ni tampoco cumplir cada uno de los criterios definidos (PERNAS GARCÍA 2011). Esto sin duda mermaría la capacidad de las pymes, por competir contra empresas bien asentadas sobre el sector de competencia. Sin embargo, desde 2013 –concretamente en el Reglamento UE 782/2013 de la Comisión de 14 de agosto de 2013, que modificó el Reglamento (UE) 66/2010– convive con la española AENOR Medio Ambiente la Etiqueta Ecológica Europea. Esta Etiqueta no viene sino a confirmar el cambio de tendencia y las pretensiones de homogeneizar el sistema de contratación dentro y fuera de la Unión Europea.

En otro orden, los órganos de contratación pueden decantarse por exigir las etiquetas o, en sustitución, definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas en la susodicha (art. 127.2 LCSP). Como sigue el mismo artículo, en ningún caso el órgano de contratación queda eximido de detallar con claridad en sus pliegos las características y requisitos, aunque haga uso de una etiqueta. Esto salvaguarda que los licitadores que no posean una etiqueta específica puedan cumplir sus especificaciones técnicas de otras formas y acceder al contrato.

Añadido a lo anterior, los licitadores pueden aportar, además de una etiqueta, otros medios alternativos admitidos, como el informe de verificación, un certificado expedido por un organismo de evaluación o incluso una autodeclaración de los licitadores, en el caso de que no se haya podido obtener la etiqueta u otra justificación dentro del plazo y por motivos que no les sean imputables (art. 128 LCSP). Dado el caso –como continúa el artículo 128–, los órganos de contratación deben aceptar otros medios adecuados, como un informe técnico del fabricante. Esto da cumplida cuenta de que los licitadores no encuentran en la etiqueta una barrera infranqueable, aunque, claro está, deberán alegar la no disposición de ella si el órgano de contratación se lo requiere.

Asimismo, estos criterios deben referirse a las características concretas de la obra o servicio y no a la capacidad o aptitud general del licitador,

lo que salvaguarda que actuaciones no ajustadas con anterioridad a esos criterios afecten a contratos futuros. De la misma forma, estos criterios deben expresarse con la suficiente precisión como para que los licitadores puedan determinar el objeto del contrato y, por contraposición, el órgano de contratación adjudicarlo [art.126.5.a) LCSP)]. Sin perjuicio de lo anterior, el licitador podrá ofrecer soluciones técnicas o innovadoras que puedan mejorar su oferta o la calidad del contrato. Siguiendo en este orden, en el artículo 145 LCSP se determina que, en el caso de que el empresario adopte mejoras en un procedimiento basadas en una mejora cualitativa o cuantitativa, podrá basar en ella la adjudicación del contrato. Claro está, este procedimiento debe admitir la negociación de los licitadores y además contemplar esta mejora de forma suficientemente especificada. Concretamente estas mejoras no supondrán una asignación de más de 2,5 puntos sobre el total puntuado. Esto ofrece nuevas posibilidades en cuanto a innovación o inclusión de criterios sociales como criterios de contratación, y por tanto facilita la competitividad hacia pequeñas y medianas empresas que no pueden competir con el precio que ofrecen empresas de mayor tamaño, y cuya naturaleza competitiva se orienta a la rotación y no al margen²³.

Todo lo anterior nos lleva a una pregunta lógica: ¿cómo deben certificar estos responsables del contrato el cumplimiento de los criterios sociales cuando no sean obligaciones legales contraídas con la Seguridad Social u otras Administraciones? Uno de los elementos que ya hemos mencionado y que prevé la Ley son las etiquetas (artículo 127). Las etiquetas, entendidas en un sentido amplio, son referidas a documentos, certificados o acreditaciones que confirmen el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. En el mismo artículo se aclara que se podrán exigir «etiquetas» específicas según los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución basados en características de tipo social, medioambiental, etc. Estas etiquetas deben cumplir unos requisitos proyectados hacia el empresario para poder ser válidas:

- Basados en criterios verificables de forma objetiva, es decir, que puedan ser probados y que no resulten discriminatorios.
- Que sean accesibles.

23. Las empresas que tienen en su modelo de negocio la rotación compiten en precios bajos y alto nivel de trabajo para obtener rentabilidad; en cambio, las empresas de menor tamaño compiten por el margen de beneficios que obtienen con la producción del bien o del servicio.

- Que se adapten a procedimientos abiertos y transparentes en que todo agente que quiera pueda participar.

Por otro lado, para la validez de su petición por parte del órgano contratante:

- No deben restringir la innovación.
- Deben ajustarse al objeto del contrato y ser adecuados para definir las características del contrato.

Igualmente, no son cosa menor las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones referidas; en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios, o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192. Como se puede observar, situaciones que nada tienen que ver con el cumplimiento o la ejecución del contrato suponen una penalidad que puede ponerlo en peligro. De hecho, si nos dirigimos al artículo 263 podemos observar una consecuencia mucho más grave para el empresario, esta vez relacionada con el cumplimiento contractual. Así pues, como el mismo artículo dispone, en el caso de que exista un grave riesgo para el desarrollo normal del servicio y se causare así perjuicio grave o daño social, el órgano de contratación, previa audiencia y puesta en conocimiento del concesionario, podrá realizar, temporalmente, la intervención o secuestro de la concesión. Esta rescisión temporal del contrato se dará una vez expirado el plazo que se hubiera fijado con el concesionario y tras su notificación. El adjetivo «social» puede ser uno de los conceptos más vagos y confusos dentro de la producción jurídica. Ciertamente existe una sensación que aboga por el sentido común para definir qué es un daño social en un contexto determinado, pero, claro está, esto dependerá de la clase política y de la cercanía de las elecciones. El dotar de aires programáticos a un artículo que no habla ni más ni menos que del secuestro de un contrato, nos sitúa en la tendencia anglosajona que definíamos al principio. Abogar por las potestades, las costumbres y el ritmo natural de la sociedad produce, en la mayoría de las ocasiones, una gran inseguridad jurídica, claro está, cuando nuestras instituciones no están programadas para sufrir un cambio tan radical de paradigma jurídico.

Otro asunto a este respecto es la imposibilidad de ejercer lo dispuesto en este artículo cuando el coste de asumir esa concesión supera con creces la estimación de ese «daño social». Imaginemos que un servicio de autobuses incumple sistemáticamente el régimen de horarios que acordó en el contrato; evidentemente, el ayuntamiento no podría asumir de forma tan repentina el coste de comprar autobuses para prestar el servicio. Estamos sin duda ante

un artículo garantista, un artículo que se plasma para guardar la encomienda más importante que tienen asignada el Estado y la Administración: el interés general.

Siguiendo en este sentido, la Administración podrá aportar fondos públicos o subvenciones para la prestación efectiva de la concesión que por su naturaleza y rentabilidad económica y/o social lo hagan aconsejable. Es decir, la Administración concesionaria u otra, respetando el principio de asunción de riesgo operacional asumido por el concesionario, podrá intervenir en la prestación del servicio o explotación de la obra sujeto de la concesión. No tiene otra lógica que intervenir activamente para que no tengamos que recurrir al anterior artículo y así secuestrar o intervenir de forma directa la concesión (artículo 265).

5

Intrusismo de lo administrativo sobre lo social

La intromisión de los criterios sociales en esta dimensión de las relaciones jurídico-administrativas que es la contratación no debe observarse como una intromisión repentina, carente de fundamento o adoptada de forma programática. Nada más lejos de la realidad. Desde que se aprobara la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se llevan introduciendo en los distintos espacios diferentes obligaciones que van desde la incorporación de cupos del 2 % de disminuidos en la Administración hasta la exigencia, en el plano privado, de planes de igualdad en centros de trabajo con más de 250 trabajadores. Esto supone que el binomio Estado/Administración no puede vivir ajeno a estas exigencias sociales, y que por tanto es más que comprensible este intrusismo que aparece como algo rupturista, pero que no hace más que señalarnos un horizonte en el que los límites jurídicos se difuminan.

Todo lo que viene a continuación sigue la lógica de salvaguardar los criterios establecidos por los pliegos que suscriben, al fin y al cabo, las condiciones del contrato. Sin embargo, parece bien claro que la jurisprudencia trata de delimitar las fronteras entre qué es y qué no es competencia del poder adjudicador como ente de derecho administrativo. A este respecto, desde el RTCR Central ya se ha señalado que el pliego de cláusulas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación

jurídico-administrativa, quedando al margen la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de distinta naturaleza. Claro está que esta era la reflexión sostenida en 2012, y que hasta ahora, a la estela de estas consideraciones, los tribunales venían –dada la naturaleza jurídica– anulando instrumentos plasmados en recomendaciones, guías elaboradas por comunidades autónomas y entidades locales. Esto quiere decir que dicha intromisión de lo administrativo sobre lo laboral lleva produciéndose desde años atrás, y que la contratación pública ética, social y responsable lleva luchando con estas incoherencias desde entonces. Un problema que, como bien señala recientemente GARCÍA BLANCO, es la aplicación y las dificultades que plantea en la práctica la conflictividad de esta intromisión, que a fecha de hoy carece de parámetros claros ni a nivel normativo ni jurisprudencial.

A este respecto la contratación pública emerge como una herramienta de control que, como veremos en adelante, plantea sus propias dificultades. Como bien expresa Santiago MUÑOZ MACHADO, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, nuestra legislación sobre la discapacidad goza de una gran perfección normativa, pero otra cosa es la práctica. Esto quiere decir que sin operadores que hagan efectivo el cumplimiento de estas cláusulas sociales e imposiciones que se producen desde las «legislaciones integradoras», por muy planteadas y estructuradas que estén, serán papel mojado. Si bien es cierto que en el ámbito de lo social y laboral, donde lo privado y lo común convergen, es donde se genera una mayor controversia, al chocar de plano el interés privado con lo que clásicamente se ha entendido como su contrario: el interés común. Si consideramos el trabajo como el instrumento de dignidad social de mayor repercusión, no es para nada descabellado pensar –como ya hace Abel CABALLERO, presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias y alcalde de Vigo– que la clave de conseguir una mayor igualdad de oportunidades sea permeabilizar las cláusulas sociales no solo al ámbito de la contratación pública, sino también en la empresa privada.

Existe, por tanto, la voluntad de unir lo público con lo privado en pos de la igualdad de oportunidades. Lo que aparenta ser una revolución socialista en toda regla no resulta ser más que un espejismo hacia un nuevo cambio de paradigma, la asunción de que los criterios sociales conforman un valor mucho más importante que los beneficios económicos. Sin embargo, ¿cómo se va a producir algo de este calado en las instituciones que tienen mayor debilidad presupuestaria y estructural? Como ya se sabe, la Administración local es, sin duda, el eje subjetivo de la contratación pública; es en ella en la que recae, por sus recursos y por su posición frente a la ciudadanía, la enco-

mienda de gestionar los servicios más cotidianos, sea por medios propios o externalizando los servicios²⁴.

La LCSP es consciente de la complejidad de las novedades sociales que introduce y por ello requiere de un control a posteriori que garantice su cumplimiento. En el mismo artículo 334 se determina la creación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública como instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Su actuación se basará en el análisis de las actuaciones de contratación a través de las distintas fuentes de información cualitativa y cuantitativa, lo que supone un control al cumplimiento de las cláusulas sociales y la inherente responsabilidad por las irregularidades o incumplimientos cometidos. Los encargados de la elaboración de esta Estrategia serán los responsables de los órganos de supervisión, control y asesoramiento. La aspiración a la que se dirige esta Estrategia es la unificación y armonización de la contratación pública a través de la mejora de la supervisión y la coordinación de los criterios y metodologías comunes, garantizando lo dispuesto por las Directivas y las instituciones comunitarias²⁵.

6

Oportunidad o realidad

La adopción de una contratación socialmente responsable, lejos de volver más complicada a la contratación pública, trata de fulminar de plano las malas prácticas que se venían produciendo con la exclusividad del criterio económico como criterio de adjudicación. La utilización del criterio económico, es decir, la oferta económica más ventajosa, desprestigiaba la calidad, el trabajo de las empresas, en favor de las ofertas económicas más bajas. En un entorno

24. Para más información: Jornada «Innovación Social y Responsabilidad Social Corporativa (RSC)-Discapacidad en la Administración Pública. Compartiendo experiencias de éxito».

25. Todo lo anterior se encuentra sometido a la sostenibilidad financiera de los contratos y la adecuación de estos a la normativa vigente. Para ello, el control y la utilización de mecanismos que verifiquen la legalidad deberán ofrecerse de forma conjunta y homogénea, observando la disposición y reasignación de efectivos, lo que se presume no supondrá un coste nuevo para la Administración. Como ya venimos diciendo, el objetivo es trazar una senda a través de esta Estrategia y manuales de buenas prácticas que recojan recomendaciones y traten de combatir la corrupción e incrementar la profesionalización del personal, todo ello en el entorno de las nuevas tecnologías. Otro asunto son las complejidades que plantea la utilización de la contratación electrónica, que en ocasiones no resulta más que la digitalización de los procesos que ya se vienen produciendo en papel, lo que en vez de agilizar la contratación la hace más tediosa y complicada.

en el que la sostenibilidad económica, el equilibrio financiero y la eficiencia se erigen como los estándares económicos del ente público, la consideración en exclusiva del término económico contradecía los teoremas empresariales de la eficiencia y el éxito de la actualidad que tanto influyen en la Administración. La consideración de lo que se reconoce como el capital social o la innovación, produce una apreciación muy positiva de los que consumen el bien y de los que se mantienen ajenos a él. La contribución, aunque sea algo intangible, a las sociedades mediante el capital social se ha conformado como una de las claves del éxito, y eso ha tratado de abordar la actual Ley.

En otro orden, introducir criterios cualitativos que contribuyen a una mejora más que significativa de la calidad del bien o del servicio terminará por reproducir un tipo determinado de empresa responsable. La clave de todo lo que nos acontece es que esta vez se pone el balón en el tejado de la empresa, que será quien decida jugar o no, y esto sucede precisamente porque las Directivas entendieron que el poder de transformar los sistemas productivos o las actuaciones de las empresas no se encuentra solo en la producción y la obligación, mediante documentos jurídicos, del cumplimiento de estos requisitos, sino que se encontraba en el cliente. El cliente, sea la Administración o una persona que entra en nuestro local, es el objeto principal de nuestra actividad, y cualquier empresa con ánimo de lucro no lo puede pasar por alto. Actualmente, siempre y cuando estos criterios vengán incluidos en los pliegos, las empresas no podrán obviar el respeto al medio ambiente o el criterio que se decida incluir para poder acceder en régimen de concurrencia al contrato. Esto es algo que hay que celebrar, aunque tenga las limitaciones que enunciamos en el presente estudio.

La discrecionalidad de la que goza la elección de estos criterios es uno de sus puntos fuertes y a la vez débiles. Fuertes, porque se adaptará a cada consistorio, gobierno y/o demanda que se exija desde colectivos con una gran capacidad de influencia, y débiles porque la discrecionalidad o el hecho de que sea una potestad más del órgano de contratación pone en peligro su utilización. La mayor amenaza con la que cuenta esta gran calidad es precisamente su inutilidad.

En cambio, las empresas deben observar que, utilizando estos criterios sociales, medioambientales o de innovación, pueden justificar una cuantía económica menor. En todo caso, lo que parece más claro es que, si ya nos veníamos encontrando las más variopintas resoluciones sobre criterios sociales no ajustados al objeto del contrato, con la actual Ley los tribunales tendrán mucho trabajo por delante.

Asimismo, la nueva Ley ofrece, como bien dice en su primer artículo, una oportunidad a las pequeñas y medianas empresas, así como a las que se

catalogan como empresas de economía social. Los criterios o cláusulas sociales son un arma de doble filo; por un lado, ofrecen una oportunidad a empresas que tienen un menor capital y por tanto no pueden ofrecer cuantías económicas más competitivas o, dicho de otra forma, más bajas, pero, por otro lado, están las dificultades que plantea la acreditación del cumplimiento de estas cláusulas. Esta nueva batería de certificaciones, comprobaciones, trámites de verificación, etc., terminará por alargar los procedimientos de contratación, lo que afectará a cualquier tipo de empresa, sea pequeña, mediana o grande. Todo lo anterior no deja más que entrever la necesidad de un desarrollo de estas cláusulas, la necesidad de un proceso propio para la selección y un sistema eficiente de verificación en cuanto al cumplimiento.

Presentar las cláusulas sociales exclusivamente como una oportunidad o como una realidad sería un error de plano. Primero porque la introducción de criterios sociales a la hora de adjudicar un contrato es una práctica que se viene sucediendo desde años atrás, aunque con luces y sombras, y segundo porque, además de ser una realidad, la determinación legal de esta *praxis* presenta nuevas oportunidades. Por tanto, hay que observarlo como una realidad que había carecido de regulación legal hasta ahora, y como una oportunidad hacia nuevos horizontes que se presumen más inclusivos y sociales. Al decir que se encontraba carente de regulación legal, no significa que fuese ilegal, sino que no existía una regulación armonizadora de los conceptos y criterios que se desarrollaban de forma heterogénea en los distintos consistorios.

Finalmente debemos esperar que la introducción de estos criterios sea más que una obligación heredada de las Directivas comunitarias, y que se implementen en aquellas instituciones cuyas prácticas desconocían la introducción de estos. Sin embargo, todo parece indicar que, al tratarse de una voluntad política y una potestad que goza de cierta discrecionalidad, estos criterios tratan de constituirse como verdaderas herramientas de propaganda política, cosa que de forma colateral puede fomentar su transparencia y, por ende, su control público.

7

Referencias bibliográficas

- ALONSO GARCÍA, Consuelo. 2018. «Contratación Pública Ecológica». En GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia. Págs. 2703-2759.
- FRANCÉS, Pedro. 2004. *Ética de los negocios: Innovación y responsabilidad*. Descleé. 2004.

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*. N.º 152. 2017. Págs. 84-95.
- GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.
- GARCÍA BLANCO, Jesús María. «La contratación socialmente responsable en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Revista de Estudios Locales*. N.º 205. 2017. Págs. 94–110.
- GIMENO FELIU, J. María. *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP*. Parte I. Capítulo IV. En GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia. Págs. 242-313.
- GRANDA REVILLA, Germán. *Fundamentos de la gestión socialmente responsable*. En GALÁN ZAZO, José Ignacio y SÁENZ DE MIERA, Antonio. *Reflexiones Sobre La Responsabilidad Social Corporativa En El Siglo XXI*. Ediciones Universidad de Salamanca Aquina Fuentes. 2012. Págs. 161–168.
- JUAN GÓMEZ, Mateo. «Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*. N.º 155. 2018. Págs. 6-21.
- MANIN, Bernard. *Los Principios Del Gobierno Representativo*. Alianza. 1998. Madrid.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. «La actividad de fomento para la protección de la atmósfera». En *La calidad del aire y la protección de la atmósfera*. Thomson Reuters-Aranzadi. 2010. Págs. 203–36.
- PERNAS GARCÍA, J. José. *Contratación Pública Verde*. Wolters Kluwer. 2011.
- PERNAS GARCÍA, J. José. *Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde*. Observatorio de Políticas Ambientales. 2014. Págs. 431-462.

Especialidades de la contratación administrativa en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO

*Secretario General de la Diputación de Sevilla.
Secretario General del Consorcio de Transporte Metropolitano
del Área de Sevilla*

- 1. Reflexiones iniciales**
- 2. Aplicabilidad de la Ley a las entidades locales**
- 3. La balcanización interpretativa de los contratos menores (art. 118)**
- 4. Órganos competentes**
 - 4.1. Competencias de los alcaldes y los presidentes
 - 4.2. Competencias del pleno
 - 4.3. Competencias de la junta de gobierno local
 - 4.4. Competencias de las juntas de contratación
- 5. Mesa de contratación. Régimen jurídico**
- 6. Comité de expertos**
- 7. Órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación**
- 8. Normas aplicables a los municipios de menos de 5000 habitantes**
- 9. El decisivo papel en la contratación local de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional**
 - 9.1. Competencias del interventor
 - 9.2. Competencias del secretario
- 10. Otras especialidades en la contratación local**
- 11. ¿Por dónde empezamos para sobrevivir a la Ley? El «Kit» de supervivencia**

Artículo recibido el 29/05/2018; aceptado el 02/10/2018.

12. El importante papel de asistencia de las diputaciones provinciales**13. Anexo****Resumen**

Sin perjuicio de que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se aplica íntegramente a la Administración local, como al resto de Administraciones públicas territoriales, el legislador no podía dejar de reconocer las especificidades de esta, motivadas fundamentalmente por dos circunstancias concurrentes: la importancia del contrato menor como herramienta básica y principal en la contratación local, y, en segundo lugar, la dificultad de aplicar una ley densa y exigente técnicamente por municipios con una más que complicada capacidad de gestión, dadas sus carencias de medios. Es aquí donde aparece el importante papel de las diputaciones provinciales, a las que, con las nuevas reformas legales administrativas que se van produciendo, les toca el papel de asistencia generalizada en temas de especial complejidad, como el de la propia contratación administrativa.

Palabras clave: *contrato menor; disposiciones adicionales segunda y tercera; mesas de contratación; funcionarios con habilitación de carácter nacional; diputaciones provinciales.*

Specialties of public procurement in local law after Law 9/2017, of 8 November, on Public Contracts

Abstract

Law 9/2017, of 8 November, on Public Contracts, is fully applicable to all local governments. However, the legislator recognizes some specialties. One of them is the relevance of small amount contracts as basic and key tools in the field of local public contracts. The other entails the difficulty of applying a dense, demanding and technical legislation to municipalities with poor management capacity and scarcity of resources. In this context, it appears the role of intermediate local governments which, taking into account the new legal reforms, should assist municipalities in complex issues such as public procurement law.

Keywords: small amount contracts; second and third additional provisions; awarding board of contracting authorities; civil servants of the local government with national qualification; intermediate local governments.

1

Reflexiones iniciales

El BOE de 9 de noviembre por fin ha publicado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen tardíamente 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.

El texto consta de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 16 disposiciones finales, y seis anexos. Es, por tanto, larga, densa, profusa, y en determinados aspectos, confusa.

La contratación pública para las entidades locales tiene tanta importancia como la pueda tener para otras Administraciones públicas de ámbito territorial superior, quizá no tanto en términos cuantitativos absolutos, es decir, atendiendo al coste de las obras, servicios o suministros contratados de manera individual por cada entidad local, pero desde luego sí en términos cualitativos, si nos detenemos en la importancia que para la economía particular de cada una de aquellas entidades puede tener la inyección de dinero que supone la contratación pública local, incluso cuando los recursos públicos destinados a la misma puedan parecer, aparentemente, escasos. En todo caso, no podemos olvidar que, según cifras de la OCDE de 2013, en nuestro país, algo más del 80 % del gasto público en contratación se desarrolla por los poderes subcentrales (que incluyen tanto comunidades autónomas como entidades locales), lo que revela también la importancia cuantitativa de la contratación pública local.

Sin embargo, las especialidades de la contratación por dichas entidades parecen no haber merecido el necesario detenimiento por parte del legislador, sobre todo a partir de 1995, momento en el cual se unificó con carácter básico el régimen de contratación de todas las Administraciones públicas, derogando el hasta entonces vigente Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales de 1953, que desarrollaba en esta materia la LRL de 1950, que mantenía para estas un régimen jurídico paralelo a la normativa de contratación pública del Estado. A partir de ese momento, se incorporó en dicha legislación básica una disposición adicional, en la Ley de 1995, la novena, y que, tras sucesivos textos legislativos, ha pasado a ser, en términos similares, la disposición

adicional segunda del ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, sin perjuicio, como indica la doctrina, de que podamos encontrar especificidades relativas a la contratación local a lo largo del articulado del mismo.

Las críticas realizadas por la doctrina hacia la regulación de la contratación en el ámbito local han sido numerosas, y una de ellas se ceñía a la inadecuada sistemática de tratamiento de la misma. Por un lado, en el TRLCSP de 2011 se recogía, en la disposición adicional segunda, un conjunto de especialidades de la contratación en dicho ámbito, que incluyen desde normas competenciales hasta verdaderas normas procedimentales específicas de dichas entidades, y por otro lado, a lo largo del articulado de dicho texto refundido, se realizan diversas alusiones dispersas a normas de contratación específicas de las mismas.

Pero la LCSP, frente a lo requerido por la doctrina, que solicitaba la inclusión en la normativa básica sobre contratación de un título específico donde se enumeraran tales especificidades, e incluso derivando las normas competenciales a la legislación de régimen local, continúa con la tradición de nuestra legislación de contratos y dedica no una, sino dos disposiciones adicionales al régimen específico de la contratación local. El propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 10 de marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley, incidió en esta idea.

Sin embargo, esos preceptos específicos no agotan las especialidades de la contratación local que se recogen en la LCSP, y todavía es posible encontrar numerosas referencias a las entidades locales dispersas a lo largo del articulado; por ejemplo, las referidas a la posibilidad de aprobar, por los plenos, pliegos de cláusulas administrativas generales, la creación de centrales de contratación por las diputaciones provinciales, la adhesión a sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones públicas, los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación en las entidades locales, la existencia de un representante de dichas entidades en el Comité de Cooperación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, el depósito de las garantías provisional y definitiva en la Caja o instrumento asimilado de las entidades locales, la necesidad de remitir al Comité Técnico de Cuentas Nacionales todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 12 millones de euros, o cuando en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación del Estado, o las distintas referencias a las mismas en la regulación del Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas y del Registro de Contratos.

A efectos de su aplicación a las entidades locales, en su contenido podemos distinguir novedades en relación con aspectos de carácter común aplica-

bles al conjunto del sector público, como es el nuevo régimen de aplicación de los contratos menores, pero otras específicamente previstas para el ámbito local y de especial relevancia para los funcionarios de habilitación nacional, que se examinan de un modo esquemático a continuación, en este prontuario.

Estas previsiones tienen el respaldo legal necesario; sin embargo, no deja de parecernos que rezuman desconfianza hacia la gestión de la contratación por parte de las entidades locales, e incluso en relación con los pequeños municipios.

En particular, para el ámbito local, la LCSP sigue la técnica normativa de su predecesora de ubicar la **regulación relativa a las entidades locales en la parte correspondiente a las disposiciones adicionales**, dividiéndose en este caso en dos:

Disposición adicional segunda: Competencias en materia de contratación en las entidades locales.

Disposición adicional tercera: Normas específicas de contratación pública en las entidades locales.

Por ello, y con independencia de posteriores exámenes en profundidad de las novedades que ofrece el nuevo texto, sistematizamos, a continuación, las modificaciones que inciden más directamente en la contratación pública local.

2

Aplicabilidad de la Ley a las entidades locales

Es total, en los términos de los arts. 2 y 3 LCSP. Destacamos:

- Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la Ley de contratos en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren todas las entidades enumeradas en el artículo 3. En el citado artículo 3, y a los efectos de la Ley, se considera que *forman parte del sector público las entidades que integran la Administración local, incluyendo su Administración institucional*. Recordemos que la disposición adicional tercera.¹ establece que las Administraciones locales aplicarán las reglas contenidas en esta Ley con las especialidades de la disposición adicional segunda y tercera.
- Respecto de las sociedades mercantiles locales, la aplicabilidad de la Ley es total, sin el efecto atemperado de las antiguas instrucciones en materia de contratación, todo ello en los términos del Libro Tercero de la LCSP y con las singularidades que allí se determinan para algunas modalidades de estas sociedades locales.

- No todos los preceptos de la Ley tienen la consideración de legislación básica, por lo que habrá que acudir a la disposición final primera, relativa a los títulos competenciales.
- En cuanto a los distintos procedimientos, serán los tipificados en la Ley, con las especialidades establecidas en las citadas disposiciones adicionales, para ayuntamientos de régimen común y de gran población y diputaciones provinciales, teniendo en cuenta que las referencias a estas últimas también se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes estatutos de autonomía con competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios, y de prestación de servicios públicos locales.

3

La balcanización interpretativa de los contratos menores (art. 118)

Tienen especial relevancia en la Administración local, habida cuenta de que los pequeños ayuntamientos presentan necesidades modestas que podrían solventarse contratando obras, servicios y suministros de precio inferior a los umbrales que definen el contrato menor y que, en nuestra opinión, siguen siendo altos. «A cambio», la nueva Ley exige una cierta tramitación de estos contratos. No recuerdo que un solo artículo haya sido objeto de tanta doctrina administrativista como el referido al contrato menor. Las juntas consultivas de contratación estatal y de algunas comunidades autónomas se han lanzado a su tarea interpretativa con resultados heterogéneos, como se recoge en el cuadro de José Miguel Carbonero sobre los diferentes informes de las juntas consultivas de contratación administrativa que se adjunta como anexo.

4

Órganos competentes

4.1

Competencias de los alcaldes y los presidentes

Serán el órgano de contratación respecto de los contratos:

- De obras, de suministros, de servicios, de concesión de obras, de concesión de servicios, y los administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de 6 millones de euros.

- Se incluyen los contratos de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.
- Privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación (art. 100.1 LCSP –límite máximo de gasto, incluido IVA–) no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de 3 millones de euros. Asimismo, la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

Es aquí donde debemos diferenciar la legislación de contratación administrativa, que es una ley de compras, de la legislación patrimonial, que es de compra y venta, y a la que se aplican, por reenvío normativo, muchos principios y preceptos de la legislación de contratos, sobre todo en los procedimientos de contratación para enajenación de patrimonio, por ejemplo. Y aquí, a veces, falta sensibilidad con el mundo local. Lo dejo apuntado porque no es el objeto del presente trabajo.

4.2

Competencias del pleno

Serán el órgano de contratación respecto de los contratos:

- Todos los citados cuando por su valor o duración no correspondan al alcalde o presidente de la entidad local.
- También contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial, al igual que la enajenación del patrimonio, cuando no estén atribuidas al alcalde o al presidente. Asimismo, la adquisición y enajenación de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.
- La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, por su naturaleza reglamentaria.

4.3

Competencias de la junta de gobierno local

Serán el órgano de contratación en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Ba-

ses del Régimen Local, cualquiera que sea el importe del contrato, público o privado, o la duración del mismo, siendo el pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales.

4.4

Competencias de las juntas de contratación

Es *potestativa* su constitución.

- Actuarán como órganos de contratación en los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, en los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superen este importe las acciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de este.
- Corresponde al pleno acordar la constitución de las juntas de contratación y determinar su composición, debiendo formar parte de las mismas necesariamente el secretario o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación, y el interventor de la misma. Los límites cuantitativos, que podrán ser inferiores a los señalados en el párrafo anterior, en los que intervendrá la junta de contratación como órgano de contratación, se determinarán, en los municipios de gran población, por la junta de gobierno local, y en las restantes entidades locales, por el pleno. Pero el pleno necesitará la previa propuesta del alcalde o del presidente cuando sea este el órgano que tenga atribuida la competencia sobre dichos contratos.
- En los casos de actuación de las juntas de contratación se prescindirá de la intervención de la mesa de contratación.

5

Mesa de contratación. Régimen jurídico

- Estará presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de control económico-presupuestario,

así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación (¿fijo, temporal o indefinido no fijo?), o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la mesa de contratación, no podrán suponer más de 1/3 del total de miembros de la misma. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. En los municipios, mancomunidades y consorcios locales, podrá integrarse en la mesa personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales.

- En ningún caso podrá formar parte de las mesas de contratación, ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados, y así se acredite en el expediente.
- La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente. Se podrán constituir mesas de contratación permanentes (RECOMENDADO).
- En lo no previsto en la disposición adicional segunda se aplicará lo dispuesto con carácter general en los artículos 326 (mesas de contratación) y 327 (mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación).

6

Comité de expertos

Se regula con carácter general, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor. Podrá estar integrado en las entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública.

7

Órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación

Este recurso especial se regula en los arts. 44 y ss., y sus reglas son:

- La competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las comunidades autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.
- En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las comunidades autónomas en cuyo territorio se integran las corporaciones locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.
- En todo caso, los ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 LBRL, y las diputaciones provinciales, podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos.
- Su constitución y funcionamiento, y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción, y la duración de su mandato, se regirán por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de la Ley. El pleno de la corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros.
- El resto de los ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la diputación de la provincia a la que pertenezcan.

8

Normas aplicables a los municipios de menos de 5000 habitantes

- En los municipios de población inferior a 5000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la misma LCSP, y especialmente en cumplimiento de la competencia provincial establecida en el artículo 36.1.g LBRL independientemente podrán concertarse convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las diputaciones provinciales o a las comunidades autónomas de carácter uniprovincial.
Las entidades locales (entendemos que también las de población superior a 5000 habitantes), sin perjuicio de la posibilidad de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de con-

tratación de las comunidades autónomas y de otras entidades locales, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 228 LCSP, podrán adherirse también a las centrales de contratación que creen conforme a la Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta LBRL.

- Aprobación del gasto. Podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la corporación.
- En los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, el plan autoriza la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas. La ejecución de cada uno de los proyectos podrá ser objeto de un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 (objeto del contrato) y 101 (valor estimado) LCSP.
- Los municipios *de población inferior a 20 000 habitantes* podrán licitar contratos no sujetos a regulación armonizada de concesión de servicios que se refieran a la gestión de dos o más servicios públicos diferentes, siempre y cuando la anualidad media del contrato no supere los 200 000 euros, y el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión en base a la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios. En todo caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares precisará el ámbito funcional y territorial del contrato de concesión de servicios.

9

El decisivo papel en la contratación local de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional

9.1

Competencias del interventor

Se ejercen por el órgano interventor de la entidad local, en los siguientes términos:

- Esta fiscalización recaerá también sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores, en el cumplimiento por la entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y

sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

- El órgano interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.d) TRLHL. 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. Los servicios de asistencia de las diputaciones provinciales asistirán a los «pequeños municipios». ¿Cuáles son los pequeños?

9.2

Competencias del secretario

- Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario.
- Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos.
- Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
- Conforme a lo dispuesto en la letra e) de la disposición adicional octava de la LBRL, en los municipios acogidos al régimen regulado en su Título X, corresponderá al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al Secretario en el presente apartado. La coordinación de las obligaciones de publicidad e información antedichas corresponderá al titular del órgano de apoyo a la junta de gobierno.

10

Otras especialidades en la contratación local

- *Tramitación anticipada.* Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio

siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

- *Expediente de oportunidad en los contratos de concesión.* En los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la LBRL, con el contenido reglamentariamente determinado, se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en la Ley. Este artículo exige que se justifique en el expediente que con el contrato no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera para el conjunto de la Hacienda municipal.
- *Supervisión de proyectos.* Serán de aplicación a los contratos de obras las normas sobre supervisión de proyectos establecidas en el artículo 235 LCSP (+ 500 000 euros, IVA excluido). La supervisión podrá efectuarse por las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, por las de la correspondiente diputación provincial o Administración autonómica uniprovincial. En el acuerdo de aprobación de los proyectos se recogerá expresamente la referencia a la supervisión favorable del mismo.
- *Aplazamientos en el pago (por adquisición).* En los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles, el importe de la adquisición podrá ser objeto de un aplazamiento de hasta cuatro años, con sujeción a los trámites previstos en la normativa reguladora de las Haciendas locales para los compromisos de gastos futuros. Este aplazamiento también podrá ser utilizado para la adquisición de títulos representativos de la titularidad del capital de entidades que formen parte del sector público de la entidad local para su reestructuración.

11

¿Por dónde empezamos para sobrevivir a la Ley? El «Kit» de supervivencia

Ante todo, no debemos olvidar la exigencia de la contratación electrónica, básicamente concretada en las siguientes disposiciones:

Disposición adicional decimoquinta: Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en la Ley.

Disposición adicional decimosexta: Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.

Disposición adicional decimoséptima: Requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos. Además:

- Publicación del plan anual de contratación (art. 28.4 en relación con el art. 134.1 para los contratos sujetos a regulación armonizada).
- Integración del perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado o de las comunidades autónomas. Ojo: nulidad de la licitación sin publicidad requerida (arts. 63, 39.2.c).
- Publicar la memoria justificativa del contrato (arts. 116 y 63).
- Obligación de adoptar medidas adicionales a las de la Ley para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción (art. 64). ¿Cómo?
 - Prohibición para contratar con persona vinculada con análoga relación de convivencia afectiva (art. 71).
 - Comprobar real ejecución de los contratos.
- División de los contratos en lotes como regla general (art. 99), con la difícil línea entre los lotes y el fraccionamiento del contrato.
- Restricción en la utilización de los contratos menores y supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (118, 168).
- Uso del procedimiento abierto simplificado sumario:

Obras	–80 000 euros
Servicios y suministros	–35 000 euros
- Composición de las mesas de contratación, juntas de contratación y comité de expertos (disposición adicional segunda 7 y 8).

12

El importante papel de asistencia de las diputaciones provinciales

El papel que pueden desarrollar las diputaciones provinciales en materia de contratación de las entidades locales situadas en su ámbito territorial ha cambiado tras la reforma de la LBRL operada tras la aprobación de la LRSAL. A este respecto, el artículo 36.1.g) LBRL indica que son competencias propias de la diputación «la prestación de los servicios de... contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes» (véase interpretación que de este precepto realiza la STC 111/2016 en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno andaluz).

Supuestos expresos de asistencia de las diputaciones a los municipios:

- En los municipios de población inferior a 5000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la misma LCSP, y especialmente en cumplimiento de la competencia provincial establecida en el artículo 36.1.g LBRL (disposición adicional segunda.6).
- Creación de un órgano de resolución de conflictos contractuales (art. 46.4).
- Encomienda de gestión del procedimiento de contratación por convenio (disposición adicional segunda.6). Si es por convenio no es obligatoria para la diputación. Habrá que estar a la ordenanza de asistencia de la diputación pertinente. En todo caso, si no es una encomienda impuesta obligatoriamente por ley, su aceptación por diputación precisaría mayoría absoluta (art. 47.2.h LBRL).
Realmente, es un contrasentido y entiendo que es una previsión prescindible, ya que la fundamentación jurídica de esta gestión puede ser el deber general de asistencia sin necesidad de esta especificación.
- Integración de personal de diputación en las mesas de contratación municipales y de mancomunidades y consorcios locales (disposición adicional segunda.7). No se especifica si funcionario de carrera, laboral o político, por el concepto «personal», más propio de empleados públicos.
- Asistir a los municipios en la recepción material de contratos en «pequeños municipios» (disposición adicional tercera.3). Competencia que se atribuye a los servicios de asistencia, no a la intervención.
- Supervisión de proyectos. Disposición adicional tercera.6 y artículo 235 (igual o más de 500 000 euros, IVA excluido, más estabilidad, seguridad o estanqueidad).

Todo ello independientemente del asesoramiento técnico, jurídico o económico que como competencia propia le reconoce la LBRL y la normativa de régimen local de las comunidades autónomas.

Y es en este asesoramiento y asistencia donde engarza la aplicación de la ley con los medios propios provinciales. Pero veamos la regulación del medio propio en la nueva Ley de forma resumida.

El artículo 32 LCSP excluye de su ámbito de aplicación los encargos a entidades que tengan la consideración de medio propio, y recoge los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TSJUE. Se considerará que una entidad es un medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador cuando, resumidamente:

- 1.– Disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga.
- 2.– Haya recabado autorización del poder adjudicador de que dependa.
- 3.– No tenga participación de una empresa privada.
- 4.– No pueda realizar libremente en el mercado más de un veinte por ciento de su actividad. El medio propio debe realizar para el poder adjudicador la parte esencial de su actividad, y además este último debe tener un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios, esto es, debe poder conferirle mandatos que sean de ejecución obligatoria, de acuerdo con las instrucciones fijadas de forma unilateral por el poder adjudicador encomendante.
- 5.– Las normas de creación o estatutos de los medios propios y servicios técnicos deben reconocerles tal condición, deben definir respecto a qué poderes adjudicadores se les considera medios propios y precisar el régimen de las encomiendas que les puedan conferir dichos poderes adjudicadores.

Además, los medios propios no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean considerados medio propio y servicio técnico, sin perjuicio de que, en caso de licitación desierta, se les pueda encargar la ejecución de la prestación contractual licitada.

Respecto a los encargos «verticales ascendentes», es decir, el encargo por parte del medio propio al poder adjudicador, como bien ha puesto de relieve la CNMC, a pesar de su previsión por parte de la Directiva (art. 12.2), no se acierta a comprender cómo pueden concurrir en este tipo de encomienda los requisitos de dicha figura (requisito de control, porcentaje de actividad «encargada»), ya que, por norma general, el control análogo se ejerce de manera descendente o subordinada; sin embargo, la LCSP prevé esta figura en su artículo 32.3.

En las denominadas operaciones «in house» o encargos horizontales, aquellos supuestos de celebración de un contrato entre una entidad adjudicadora y un adjudicatario que no están vinculados entre sí por una relación de control, sino que ambos están sujetos al control análogo de una misma entidad, parece que no puede inferirse el requisito de control análogo, ya que este suele darse de forma jerárquica, no entre sujetos del mismo nivel. Tal posibilidad parece admitirse en la Directiva y así la recoge el apartado 3 del artículo 32 de la LCSP, con lo que se aparta de los postulados de la STJUE de 8 de mayo de 2014 que determinó que en estas operaciones no se cumplen los requisitos que amparan la posibilidad de excluir las reglas de la contratación administrativa mediante la doctrina de los medios propios.

El recurso al encargo a medios propios puede propiciar una doble vulneración del principio de libre competencia: en primer lugar, respecto al mismo encargo a un medio propio cuando no se diesen las circunstancias requeridas, y en segundo lugar mediante la contratación del medio propio con terceros, que podía suponer una vulneración de las más elementales normas de contratación, afectando negativamente y comprometiendo seriamente el principio de libre competencia y el principio de asignación eficiente de recursos públicos, si bien el artículo 32.7 LCSP ha acotado este riesgo, al limitar al 50 por ciento las prestaciones del contrato encargado que el medio propio puede contratar con terceros.

En definitiva, el recurso al encargo a medios propios debería realizarse de forma restrictiva, analizando previamente en qué medida el mercado presta los bienes o servicios que se pretende contratar a precios inferiores o con mayor calidad que aquellos.

En este apartado lo destacable respecto a las diputaciones provinciales es el hecho de que, ante el deber de asistencia a los municipios, la canalización de esta asistencia sea encomendada precisamente a un medio propio, como un encargo de ejecución obligada para este, al margen del instrumento jurídico que se utilice para ello, bien convenio, bien resolución o acuerdo.

Interpretaciones de la nueva «regla de incompatibilidad» de los contratos menores

Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbito objetivo	Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbitos subjetivo-público y privado
En función del objeto contractual: opera respecto de contratos menores que pretendan adjudicarse de forma sucesiva si sus prestaciones son cualitativamente iguales o forman unidad funcional (contratos con los mismos objetos, considerados como aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes en palabras de la Junta catalana) JCCAE Informes 41/17, 42/17, 5/18 JCC Galicia Informe 1/2018 JCC Cataluña Informe 1/2018 JCC Canarias 1/2018 CC Andalucía 6/2018	Resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación (lo que incluye a sus delegados), no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones JCC Aragón 3/18 JCC Madrid 1/2018 JCC Canarias 1/2018*
En función del tipo de contrato: opera respecto de contratos menores de la misma tipología (obras/ servicios/suministros) que pretendan adjudicarse de forma sucesiva JCC Aragón Informe 3/18 JCC Madrid Informe 1/2018 JACP Euskadi Recomendación 1/2018	Cómputo separado por cada órgano o unidad administrativa con competencia para contratar (ya sea propia o delegada) JCC Galicia 1/2018 JCC Valencia 4/2018 CC Andalucía 6/2018
La regulación del cómputo no puede establecerla cada entidad local en las bases de ejecución de sus presupuestos JCC Cataluña 1/2018 En el límite acumulado deben incluirse los contratos menores pagados por el sistema de anticipos de caja fija JCC Canarias 1/2018	Ámbito subjetivo-privado (empresario): para la regla de acumulación no computan las adjudicaciones sucesivas de contratos menores a empresas vinculadas, pertenecientes a un mismo grupo, o UTE JCC Galicia 1/2018

res, art. 118 LCSP 2017, por órganos consultivos

José Miguel Carbonero, 16 julio 2018

Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbito temporal	Informe de necesidad del contrato y justificación de la no alteración de las reglas de contratación y de incompatibilidad (arts. 118.1 y 3)
Referencia: ejercicio o anualidad presupuestaria al que se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad JCC Aragón 3/18 JCC Madrid 1/2018 JCC Galicia 1/2018 JCC Cataluña 1/2018 JACP Euskadi 1/2018* JCC Canarias 1/2018 JCC Valencia 4/2018 CC Andalucía 6/2018 * Ver supuesto de contratos menores «plurianuales»	El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, salvo que dicha competencia haya sido delegada, sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio JCCAE 41/17, 42/17, 5/18 La necesidad incluye la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor JACP Euskadi 1/2018
Año inmediato anterior desde la factura del contrato menor precedente, aunque fuera anterior a la vigencia de la LCSP 2017. Luego cuando entre dos contratos menores de prestaciones «equivalentes» haya mediado más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente del segundo contrato menor JCCAE 41/17, 42/17, 5/18	Es suficiente con que conste la justificación documental en el expediente antes de la aprobación del gasto, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de los requisitos del contrato menor se compruebe en el momento de efectuar el encargo JCC Galicia 1/2018 La justificación ha de elaborarla y rubricarla la persona encargada de definir tales tareas y controlar su correcta ejecución JACP Euskadi 1/2018
El momento a tener en cuenta para el inicio del cómputo del volumen máximo del presente ejercicio presupuestario de contratos menores suscritos con una determinada empresa, es el de la entrada en vigor de la LCSP JCC Canarias 1/2018	El control del órgano de contratación (118.3 primer párrafo) se recomienda que se recoja en una memoria final firmada por el mencionado órgano de contratación, o bien en el informe inicial tras la verificación de ambos aspectos, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista, se corresponden con el objeto del contrato JACP Euskadi 1/2018

QDL48

II. Informe

Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Zaragoza

Con fecha de 21 de febrero de 2018, la sociedad mercantil XARXA AUDIO-VISUAL LOCAL, SL (XAL) —es una sociedad limitada creada por la Diputación de Barcelona— ha requerido a don José María GIMENO FELIU, catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, la realización de un *Estudio Jurídico sobre la posibilidad de considerar ciertas actividades de producción en el ámbito de la radiotelevisión como propiedad incorporal y su significado desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos públicos*. Solicita, igualmente, criterio sobre la utilización de los distintos procedimientos de contratación, con especial atención al contrato menor.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Primero.— El objeto social de la XAL se define en el artículo 2 de sus estatutos, que establece que la sociedad tiene por objeto la prestación y gestión del servicio público de carácter económico, de desarrollo de las actividades vinculadas al fomento y la promoción de la comunicación local, y, en concreto, las siguientes:

La adquisición, realización, producción, distribución y explotación, bajo cualquier forma, de programas de radio, televisión y noticias, así como, en general, de derechos de propiedad intelectual y contenidos de carácter audiovisual, interactivos y/o multimedia, por satélite, cable e internet o en cualquier otro soporte de difusión.

La prestación de servicios de agencia de noticias y servicios de comunicación a las Administraciones locales u otras, y en general a los entes públicos y privados.

La prestación de servicios de formación y asesoramiento a terceros en relación con las actividades anteriores.

Y, en general, todas las actividades relativas al ámbito de la comunicación local.

Segundo.— La consulta solicitada responde con carácter concreto, al siguiente objetivo: «*Significado y alcance de los negocios de propiedad incorporal en el ámbito de la radiotelevisión a efectos de aplicación de la legislación de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación*».

Tercero.— Sobre dicha consulta, a la vista del marco legislativo vigente, se puede anticipar ya que una parte de la actividad analizada, debe ser considerada como transferencia de derechos intelectuales que, en su condición de propiedad incorporal, están formalmente excluidos de la aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por aplicación del artículo 9 de dicha Ley.

Cuarto.— Se pregunta sobre los procedimientos aplicables en la contratación pública (y, en especial, interpretación del régimen del contrato menor) y la calificación de la relación jurídica con las entidades adheridas al Protocolo General de Servicios de la XAL (televisiones y radios locales).

Este **ESTUDIO JURIDICO**, para dar respuesta a la consulta, se basa en los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— Los contratos de contenido audiovisual en el derecho europeo y la explicación de su no sometimiento a las reglas de la contratación pública.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, contempla este tipo de servicios tanto como servicios culturales cuanto como servicios económicos, y reconoce expresamente, en su considerando 5, que *su importancia cada*

vez mayor para las sociedades y la democracia –sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación–, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas.

Esta especificidad sectorial ha sido tradicionalmente tenida en cuenta por las sucesivas directivas europeas de contratos que, reiteradamente, han venido excluyendo de su ámbito de aplicación a los contratos públicos para servicios audiovisuales. Así se recogía tanto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, como en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ninguna novedad ha introducido sobre la regulación de este tipo de contratos la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. De hecho, ha mantenido exactamente el mismo criterio de excluirlos de su ámbito de aplicación. Así, en el considerando 23 de su expositivo reconoce que, *en la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa.*

Y el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE, bajo la rúbrica *Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*, establece lo siguiente:

«La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:

[...]

b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comu-

nicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”»¹.

La explicación a esta decisión se encuentra de forma clara en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)], cuyo considerando 23 afirma que *«En la adjudicación de contratos públicos para determinados **servicios de medios audiovisuales y radiofónicos** por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos.*

Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Debe precisarse que dicha excepción se ha de aplicar tanto a los servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a la carta (servicios no lineales). Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas».

Se excluyen, así, del concepto de contratos de servicios (salvo suministros técnicos) los servicios audiovisuales. Resulta indubitado, por tanto, que estas adquisiciones de «servicios» audiovisuales –donde existe creación y componente artístico– están excluidas de las reglas de la contratación pública.

Y así lo entendió ya la STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Bayerischer*, al analizar este supuesto de exclusión en las directivas precedentes de los años 90, donde, además, advierte que *«las disposiciones de esta última Directiva, así como los principios que subyacen a ella, tienen un contenido idéntico al de las disposiciones y principios de las directivas anteriores y la Directiva 2004/18*

1. Esta misma exclusión se encuentra en el artículo 21 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores del agua, energía, transporte y servicios postales.

constituye una refundición de las disposiciones ya existentes. Así, no hay razón que justifique un enfoque diferente con la regulación de esta nueva Directiva» (lo que justifica que esta doctrina continúe vigente en el contexto de la Directiva de 2014, que mantiene la misma regulación). Y en la citada sentencia se concluye que «de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, según se señala en el apartado 39 de la presente sentencia, a saber, la libre circulación de los servicios y la mayor apertura posible a la competencia, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, solo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 los contratos públicos que tienen por objeto los servicios citados en el artículo 1, letra a), inciso iv), de esta Directiva. En cambio, están plenamente sometidos a las normas comunitarias los contratos públicos de servicios sin relación con las actividades que forman parte del cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de los organismos públicos de radiodifusión»².

Es decir, **el TJUE entiende que los servicios audiovisuales no forman parte del contenido del contrato de servicios de las directivas de contratación pública**, resultando clara al respecto la voluntad del legislador europeo.

Y dado que **nada ha cambiado en el derecho europeo de la contratación pública y los contratos audiovisuales, la interpretación de la norma nacional de transposición de las directivas de contratación pública debe atender necesariamente a este criterio hermeneútico** (máxime cuando, como expresamente recuerda en su preámbulo la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, es finalidad de la misma la correcta transposición del derecho europeo). Interesa esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: «Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público». Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios³.

2. El abogado general, en sus conclusiones generales, ya había manifestado lo siguiente: El texto del precepto es tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma libera de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación a los contratos íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión (compra, desarrollo, producción, coproducción y los relativos a la adquisición de tiempo de radiodifusión). Y advierte que, «Al tratarse de una salvedad a la regla general, requiere una exégesis restrictiva, por lo que cualquier otra actividad gregaria de las expresamente enunciadas ha de formalizarse en un negocio jurídico, tras una licitación pública».

3. Así, son posibles, en prestación de servicios a las personas en los ámbitos sociosanitarios, técnicas jurídicas de carácter no contractual (como ejemplo, la acción concertada). La

SEGUNDO.— La propiedad intelectual como bien incorporal excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales son de distintas clases y por ello no tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en tanto creación, serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Interesa, pues, la delimitación objetiva de la causa del negocio jurídico que se celebre para la adquisición de servicios audiovisuales. Para lo que es necesario acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI).

El artículo 10 LPI dice:

*«1. Son **objeto de propiedad intelectual** todas las **creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro**, comprendiéndose entre ellas:*

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

Directiva 2014/24 de contratación pública advierte que los poderes públicos siguen *teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación [Considerando 114].* Me remito a lo expuesto en GIMENO FELIU, «Servicios de salud y reservas de participación. ¿Una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.

2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella».

De la lectura de este precepto se deduce que el objeto de los derechos de autor es la *Obra artística, literaria o científica*. **El listado del artículo 10 LPI no es exhaustivo; sin embargo, de su redacción parece claro que gran número de los servicios audiovisuales que se adquieren** entran dentro del concepto de obra [letra a), apdo. 1]. Esta interpretación resulta avalada, además, por el carácter abierto del listado, dentro del carácter ya de por sí abierto de todo el apartado 1 [de hecho, la LPI dedica específicamente a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales el Título VI de su Libro I (arts. 86 a 94)].

Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracteriza por su inmaterialidad (obra versus soporte material). En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares «originales». Lo relevante es que la actividad intelectual o de creación se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro).

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual⁴. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconocibilidad/diferenciación de la Obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, «*no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus corres-*

4. Téngase además en cuenta que las obras derivadas (traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, o cualesquiera transformaciones de una obra) son también obra en el sentido del art. 10 LPI (art. 11 LPI).

pondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores» (art. 10 LPI).

Está claro que, **cuando la actividad de adquisición de «servicios» de producción audiovisual es un resultado que encaja en el concepto de «obra original» establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI** (la causa del negocio, insistimos, la constituyen las propias obras, que no son sino un conglomerado de derechos de explotación de propiedad intelectual y que, en sentido estricto, son propiedades incorpóreas. No son tanto obligaciones de hacer como de resultado). Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el equipo que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorpóreo, el negocio jurídico está normalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)⁵.

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales) como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (art. 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público). Lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado.

Sobre esta cuestión conviene recordar el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, con relación al ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y los contratos que tienen por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la

5. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN («El contrato de servicios», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, «Consulta sobre diversos tipos de contratos», de la JCCA del Estado, ya había informado que «*Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual*».

radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión. En este Informe, sobre la base del Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, se explica cómo esta exclusión encuentra su justificación en que en estos supuestos no nos encontramos ante contratos de servicios, sino actividad de transferencia artística. Y así lo argumenta al analizar el significado del proceso de creación de un programa:

«Lo que comúnmente denominamos “programas” de radio o de televisión no son ni más ni menos que obras o creaciones audiovisuales difundidas por organismos de radiodifusión y poco o nada importa a nuestros efectos que tales obras residan originalmente en una película cinematográfica, en una videocinta o en otro soporte, ni tampoco que se trate de uno u otro género. En consecuencia, la producción de televisión o de radio o la producción de programas, a las que se refieren las normas comunitarias, no son más que formas distintas de referirse a la producción de obras audiovisuales susceptibles de ser difundidas y puestas a disposición del público por medio de la radiodifusión televisiva o radiofónica. En el caso de la televisión, la producción (y la coproducción) denomina al conjunto de procesos de realización del programa (un audiovisual). De esta manera, la producción engloba a todo el personal, medios técnicos y recursos necesarios para la realización de un programa, organizados en torno a las figuras del realizador o director y del productor. Esta realización comprende normalmente dos etapas: la de preproducción, que abarca las fases de guión, contratación del equipo técnico y artístico y, en su caso, adquisición de derechos sobre la música u otras creaciones artísticas, creación del grafismo del programa, sus créditos, títulos, etc., y finalmente la postproducción: terminada la grabación, se procederá a dotarla de unidad en la edición técnica de las imágenes y en la sonorización. Una vez obtenida la versión definitiva, se procederá a duplicarla tanto para su emisión como para su catalogación y conservación en el archivo.

*En consecuencia, hay que concluir que la excepción de la Directiva viene referida a un objeto contractual que, además de prestaciones de hacer que puedan considerarse servicios, **contiene otras prestaciones o negocios que no tienen tal consideración, ya que la Directiva no pretende ni puede redefinir el carácter patrimonial o no de los negocios jurídicos que celebran los organismos de radiodifusión sobre propiedades incorpóreas o activos inmateriales**, como son los derechos de autor o los derechos de explotación de obras audiovisuales, sino que lo verdaderamente relevante de la disposición de la Directiva analizada, es*

que esta no se aplicará cuando sea un organismo de radiodifusión quien celebre los contratos cuyo objeto sea la producción o la adquisición de los derechos necesarios para la difusión de un audiovisual por los servicios de radio o de televisión de dicho organismo» (negrita nuestra).

En definitiva, los dos informes referidos concluyen que los servicios relativos a la producción audiovisual, a la producción artística de todo tipo y a la radiodifusión televisiva o radiofónica, no incluyen la compra ni la coproducción de programas, como tampoco los aspectos relativos al tiempo de radiodifusión, dado que estos últimos negocios jurídicos no son servicios, sino que tienen carácter patrimonial, y, en el caso de las coproducciones, son contratos privados de colaboración.

Resulta, pues, indubitado que los negocios que consistan en la adquisición de obras originales de servicios audiovisuales, en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la adquisición directa de los servicios audicionales referidos.

Y no puede argumentarse una tensión «indebida» de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporales no encajan en la idea u objetivo de libre mercado, ya que, en sí misma, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre concurrencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14).

El artículo 9 LCSP, al igual que el artículo 4.1 p) TLCSP 2011, incluye de forma expresa como negocio excluido las propiedades incorporales. Y en el artículo 16.2 LCSP se excluyen expresamente del concepto de contrato de suministro los relativos a propiedades incorporales o valores negociables. Así, como se ha explicado, en tanto los servicios audiovisuales son propiedad incorporal, resulta incuestionable que son contratos privados donde no se aplica la LCSP.

En todo caso, al ser contratos excluidos de naturaleza privada se aplicarán las reglas del artículo 4 LCSP: *«Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».*

Obviamente, estos contratos de adquisición de servicios audiovisuales son susceptibles de incluir prestaciones propias de los contratos típicos que regula la LCSP, las cuales deben ser objeto de contratación independiente de conformidad a las previsiones de esa Ley: a) Cuando el valor estimado de

estas prestaciones sea superior al 50 por ciento del importe total del negocio. b) Cuando estas prestaciones no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional dirigida a satisfacer una necesidad o a conseguir una finalidad institucional propia del organismo o la entidad contratante. En estos casos, cuando las prestaciones no sean separables, hay que entender que debe aplicarse el régimen de la prestación principal (art. 18.2 LCSP).

En nada se altera esta conclusión por la circunstancia de que no haya una previsión expresa en la LCSP 2017, a diferencia del TRLCSP 2011, que incorpore la exclusión. Y ello porque, **estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporeales y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos**. Basta recordar al adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo mismo, excluido el «género», no hay que hacer referencia a la exclusión de la «especie».

Tampoco se altera porque figuren en el artículo 19.2a) este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada, y delimita objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto *la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica*.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que se refiere a estos como a contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (*ex art. 9*) los ha excluido. Por lo demás, ese artículo 19 se refiere también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, **la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP**.

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente

excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por si mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantenga la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Por último, conviene referir los supuestos en que **se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal**. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando *«las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial»*. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo» (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevara el uso de derechos de propiedad intelectual).

En determinados servicios «técnicos y no de creación» que, al margen de la propiedad incorporal, pueda ofrecer en un servicio audiovisual, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias sentencias TJUE)⁶.

TERCERO.— Las previsiones de la LCSP aplicables a XAL y su incidencia práctica.

XAL tiene la consideración de poder adjudicador no Administración pública, al cumplir los requisitos exigidos por el artículo 3 LCSP (en su interpretación conforme a la jurisprudencia del TJUE)⁷. Y a los efectos del régimen jurídico aplicable resulta indiferente que XAL no sea prestador, en tanto pro-

6. AURÉLIEN, A., «L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique», *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7. Sobre el ámbito subjetivo de la LCSP 2017 me remito a B. NOGUERA DE LA MUELA («El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Compra conjunta y centrales de compras», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 233-280) y S. DIEZ SASTRE («El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores

duce y adquiere por cuenta de y para prestadores. El concepto principal sobre el que pivota el régimen jurídico aplicable es solo el de poder adjudicador (categoría indiscutible para XAL al tener personalidad jurídica, estar controlado por un poder público y realizar actividad de interés general, aunque pueda ser también mercantil)⁸.

La LCSP de 2017, en su texto definitivo, ha incorporado decisiones radicalmente distintas frente a la regulación precedente. Lo que es muy evidente en la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública. Así, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así el modelo del artículo 191 TRLCSP relativo a las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)⁹, **se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado (artículo 318 LCSP/2017).**

no Administración pública», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 519-549).

8. La STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet y Vilniaus*, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber: a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotada de personalidad jurídica; y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado, por ejemplo, por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015, al calificar a MERCAZARAGOZA como poder adjudicador. Conviene, en todo caso, recordar que la importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública de 2014: «El concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

9. No es esa la opción de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, de Navarra, que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza de Administración pública, o no, del poder adjudicador.

La redacción del precepto es indubitada: desaparece, pues, la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP/2017– o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –*ex* artículo 3 LCSP/2017–).

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación¹⁰. No puede olvidarse que en el «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente, a las organizaciones políticas.

De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos.

No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función «ad intra» para regular los aspectos organizativos de la contratación (competencias, mesas, contenido del expediente, tramitación urgente, etc.). De ahí que exista una disposición transitoria obligando a su adaptación.

Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia de la Ley 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

¹⁰. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no Administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

Pese a la claridad del precepto, por comparación con la regulación inicial del Proyecto que se remite a las Cortes Generales, que mantenía el sistema (obligatorio) de Instrucciones, han surgido ciertas dudas interpretativas que son objeto de aclaración en el muy interesante Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado¹¹. Con relación a la posible «supervivencia» de las Instrucciones, niega con rotundidad dicha posibilidad:

«Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley (“En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación...”. “En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...”).

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración pública, procedimientos que, bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

11. Así lo he defendido en mi opinión publicada en www.obcp.es: «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables». En este mismo sentido: Instrucción 3/2018 de la Abogacía del Estado y Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 28 de febrero en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público. Opinión contraria mantiene Alejandro BLÁZQUEZ, «Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación», Revista *CEFLegal*, núm. 208, mayo de 2018.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable solo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2.^a del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponibles frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa» (negrita nuestra).

Es decir, **los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones** (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador).

Nada altera, ni puede alterar, el que exista una Disposición Transitoria Quinta que hable de la adaptación de las Instrucciones existentes. En primer lugar, porque esta Disposición Transitoria ya existía en el texto del Proyecto cuando se preveían las Instrucciones (lo que justificaba su existencia). En segundo lugar, en modo alguno una norma transitoria puede servir para reinterpretar una norma de carácter sustantivo tan clara en su redacción, como lo es el artículo 319 LCSP, y en su verdadera finalidad. Una interpretación tanto literal como teleológica, ex art. 3 del Código Civil, conduce de forma ineludible a la interpretación «auténtica» relativa a la desaparición de las Instrucciones como técnica de regulación de procedimientos de contratación para estos entes no Administración pública en los importes no armonizados. Así lo entiende también el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado, al afirmar lo siguiente:

«La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que “Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán

*adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos". La alusión en dicha disposición transitoria a "los entes a los que se refiere el Título Tercero" resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Solo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título III del Libro Primero se refiere al "Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión", y el Título III del Libro Cuarto regula la "Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos"). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al "Libro" Tercero de la LCSP. **Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho "Título" (Libro), sino tan solo a los poderes no adjudicadores (Título II del Libro Tercero), que son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.***

Sea como fuere, una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo. Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y solo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada

en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública desde la entrada en vigor de la LCSP» (negrita nuestra).

Por otra parte, como argumento sistemático, conviene advertir que el artículo 319 LCSP/2017 establece la obligación de extender las obligaciones sobre modificación, pagos, subcontratación y extinción a estos poderes adjudicadores no Administración pública, en aras de una uniformidad también en la ejecución del contrato. Por lo que no sería coherente con esta decisión la supervivencia de regulación dispersa mediante instrucciones de estos poderes adjudicadores. Además, la extensión del recurso especial a importes no armonizados es un argumento adicional sobre esta uniformidad procedimental, pues no parece lógico (ni lo pretende el legislador) obligar a los distintos órganos de recursos contractuales a realizar su función jurisdiccional con criterios diversos en función de la existencia de Instrucciones para los PANAPS en estos importes (conviene advertir que, para los PANAPS, el legislador, mediante art. 44.6 LCSP/2017, ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio).

En conclusión, **los poderes adjudicadores no Administración pública (como es el caso de la XAL), en los contratos no armonizados no pueden regular** (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) **procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas** que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el **Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**)¹².

Desde esta lógica, la previsión del artículo 318 LCSP es de aplicación a todo PANAP. Y sobre cómo se interpreta su contenido es muy clara (y compartimos) la interpretación de la Abogacía del Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:

«A juicio de este Centro Directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del Preámbulo de la LCSP que se ha transcrito resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, para los contratos que celebren con un

12. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.

*valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). **Ello implica una remisión in totum a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos**, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación) serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159) habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2 000 000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100 000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80 000 euros en el caso de obras, y a 35 000 euros en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto.*

De los artículos 317 y 318 de la LCSP se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas al régimen de contratación propio de estas, lo que se manifiesta en:

- 1.– La aplicación en bloque de las normas de la LCSP (secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;*
- 2.– La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, “estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable” en el artículo 318.b de la LCSP, lo que se concreta en que “deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones”.*
- 3.– La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40 000*

euros, y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, como contratos menores.

No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el del artículo 159.6 de la LCSP) legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía definitiva...), que solo se han previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato» (negrita nuestra).

Por ello, **con relación a los contratos menores (que es un procedimiento simplificado de contratación), a la vista del tenor del artículo 318 LCSP, los PANAPS deben estar a las mismas exigencias generales.** Conforme a lo que hemos venido explicando, puede afirmarse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP.

Y así lo argumenta el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado, que recuerda que *«El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40 000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15 000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos “podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato” (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores».* Y, por ello, concluye lo siguiente:

«El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro”, “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 expuesto, **procede concluir en este primer punto que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40 000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto»** (negrita nuestra).*

En definitiva, la uniformidad jurídica es, sin duda, una de las principales medidas de transparencia, de seguridad jurídica y de simplificación normativa (y facilita la necesaria transición electrónica), que exige una interpretación de la LCSP alineada con este objetivo. La diferenciación entre poder adjudicador Administración pública/no Administración pública y contrato armonizado/no armonizado pierde relevancia jurídica, y avanza hacia una nueva cultura de la contratación pública más íntegra y eficiente.

En todo caso, siendo aplicables, en nuestra opinión, las reglas del artículo 118 LCSP del contrato menor, conviene recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018):

a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar, en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.

c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por

ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma¹³. Desde esa perspectiva, con CPV distintos se podría adjudicar mediante contrato menor a un mismo contratista¹⁴.

d) Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor (en este punto creo más correcta la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de referir el cómputo del año al ejercicio presupuestario).

e) La ley no establece un modo concreto de comprobación del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.

f) El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por otra parte, hay que recordar las previsiones, de carácter básico, del artículo 63.4 LCSP/2017, que establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y la información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario (quedan exceptuados de dicha publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores); y del

13. En la adecuada tramitación de un contrato menor resulta muy apropiada la Instrucción conjunta de la Secretaría General y de la Intervención General en relación con la interpretación, el asesoramiento y la fiscalización de los contratos menores a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017), 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 (https://gobiernolocal.org/docs/publicaciones/06_Instruccion_Secretaria_Intervencion_DIBA.pdf).

14. No es ese, por contra, el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, que entiende que es el concepto objeto lo que determina los límites del contrato menor (en ese mismo sentido, Informe 1/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Madrid, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público).

artículo 29.8, que regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, advirtiéndole que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

En definitiva, **XAL, con los criterios expuestos, cuando celebre un contrato público, deberá respetar los procedimientos de la LCSP en una interpretación conforme a los principios que se recogen en el artículo 1 de la citada Ley.**

CUARTO.— Calificación jurídica de la relación de XAL con las televisiones y radios locales, a las que se denomina *entidades adheridas al Protocolo General de Servicios de la XAL como supuesto de cooperación horizontal*.

La cooperación horizontal del artículo 6.1 LCSP/2017 (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE¹⁵. Así, se indica que quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, cuando se den tres requisitos¹⁶:

15. La justificación de la cooperación vertical quedó avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). La STJUE de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania* (apdo. 47), admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales, al considerar que no existe un contrato público, sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución. La STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011, perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas, sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan solo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35), o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34). Vid. M. Á. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

16. Vid. el estudio de A. HUERGO LORAS, «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *REALA*, núm. 8, Nueva Época, 2017.

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público¹⁷.

Como bien explica M. Á. BERNAL BLAY, tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos)¹⁸.

17. La STJUE de 13 de junio de 2014 (asunto C-386/11), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011, perfila más claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas, sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan solo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, antes citada, apartado 35).

18. M. Á. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 366-367. El *Libro Verde* so-

Obviamente, la interpretación de la opción de la cooperación horizontal debe ajustarse a la finalidad europea y a su carácter excepcional (el concepto de contrato es materia propia del derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros) y no puede amparar una interpretación extensiva de la figura del convenio si lo que se oculta es una relación contractual típica, tal y como se advirtió en la STJUE de 13 de enero de 2005 que condenaba al Reino de España por esta práctica, y prevé la no aplicación de esta Ley a los convenios, que en ningún caso podrán versar sobre prestaciones onerosas reguladas por esta norma¹⁹.

Pues bien, desde esta lógica, conviene analizar la relación jurídica del Protocolo citado. En el mismo se determina que XAL proporciona servicios y fomenta la colaboración en forma de coproducción e intercambio de experiencias a aquellas estructuras, públicas o privadas, que tengan como finalidad la comunicación en el ámbito de proximidad en Cataluña mediante todas las plataformas existentes (televisiones en TDT, IPTV, cable WebTV o agregadores audiovisuales; radios por ondas y por Internet, sincrónicas y asincrónicas, y medios de comunicación digitales) y contenidos con especialización en el ámbito local difundidos mediante cualquier tipo de soporte tecnológico existente (teléfonos inteligentes, tabletas, pantallas físicas o domótica) o que pueda existir. El objetivo de la XAL, por tanto, es dotar de recursos y servicios a los medios de comunicación locales, fomentando la optimización de los mismos mediante la concertación y el intercambio para garantizar la solidez, la proyección y la sostenibilidad del sistema de comunicación local catalán²⁰. Así, como ha señalado el Acuerdo 34/2008, de 18 de marzo, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, la XAL está al servicio y a disposi-

bre la modernización de la política de contratación pública de la UE – Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final, pág. 24] ha manifestado que «podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas». Sobre el mismo, y las respuestas, me remito al libro *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, pp. 475-479.

19. Criterio uniforme del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así, en la STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux/Commune de Roanne*, en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, se indica que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación. Y en esta línea debe recordarse la STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Correos España*, por la que se declara ilegal el convenio suscrito por el Ministerio de Educación y Ciencia con la entidad Correos, por acordar cuestiones que son objeto de aplicación de la Directiva Servicios. Y es que, cuando hay onerosidad en una actividad incluida en el ámbito de la Directiva, deben aplicarse las reglas de publicidad y concurrencia.

20. En consecuencia, el papel de la XAL como estructura de apoyo a los medios locales resulta clave para poner a su disposición una oferta de contenidos que garantice el acceso de todos los ciudadanos a una información veraz, objetiva y equilibrada que sea capaz de satisfacer sus necesidades democráticas, sociales, educativas y culturales, como se fija en la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña.

ción de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual local, y no a la inversa, por lo que serán las entidades adheridas las responsables últimas de su línea editorial²¹.

Desde estas premisas, la calificación jurídica de las relaciones del referido Protocolo es la de cooperación horizontal (a instrumentar mediante convenio), dado que se cumplen los tres requisitos citados: a) no existe en las relaciones una vocación de mercado; b) se desarrolla una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; c) el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público²².

La existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución no altera esta consideración de cooperación horizontal²³.

21. La XAL, como estructura de apoyo, tiene su razón de ser en la aportación de valor añadido a los recursos que gestiona mediante la colaboración con los medios audiovisuales de proximidad. A través de estos, se trabaja generando economías de escala, compartiendo información y buenas prácticas, aportando conocimiento y soporte técnico y fomentando la coproducción y los intercambios entre los propios medios locales. Se produce así un efecto multiplicador de los recursos, y la XAL es el agente que garantiza la prestación equilibrada de los servicios de calidad en todo el territorio. El objetivo es implantar una cultura de la concertación para garantizar la máxima eficiencia en la prestación de los servicios, y que esta se adapte a las nuevas y complejas realidades del sector. Esto comporta la implicación de los recursos de las diferentes partes involucradas en un mismo proyecto, un aspecto fundamental que diferencia a la XAL de los sistemas basados en el reparto unidireccional de recursos de una institución hacia un medio. La XAL, a través de la marca *La Xarxa de Comunicació Local*, fundamenta su actuación en el trabajo en red, poniendo en común sus recursos y las aportaciones de las entidades adheridas y tomando las decisiones estratégicas de forma concertada, consolidando, así, una verdadera relación en red. El trabajo en red propicia la corresponsabilidad, la reciprocidad y el reconocimiento mutuo de las entidades con las que se colabora y de todas las partes que se adhieren al Protocolo citado.

22. En esto se diferencia del supuesto analizado en el Auto del TJUE de 16 de mayo de 2013, asunto C-564/11, relativo a una cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo italiano sobre los encargos que la ciudad de Pavía realizó mediante una serie de estudios interdisciplinarios a la Universidad de Pavía, afirmando que «El derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando —aspecto que corresponde verificar al tribunal remitente— tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores».

23. La STJUE de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro *Landkreise* de Baja Sajonia [Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade] y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los *Landkreise* y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un «contrato de colaboración» entre

En consecuencia, **la relación a la que se da cobertura en el Protocolo analizado en este Estudio no tiene carácter de contrato público y puede ser considerada de naturaleza de convenio de cooperación**, en tanto se ejercitan competencias propias que tienen por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración pública para cumplir fines públicos en que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato²⁴. Convenio que, lógicamente, debe tener reflejo dentro de la actividad específica que desarrollan las personas jurídicas que lo suscriben²⁵.

A la vista de lo expuesto, conforme al requerimiento que se ha formulado, y sin perjuicio de cualquier otra consideración mejor fundada en derecho, pueden formularse las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.— La adquisición de servicios audiovisuales, en tanto creación original (inherente a la idea de transferencia de conocimiento científico), será un negocio de resultado de contenido de propiedad incorporeal y no un mero o simple servicio en régimen de mercado. Y, en ese caso, un poder adjudicador que adquiera estos servicios audiovisuales no deberá aplicar las disposiciones de la LCSP.

Los servicios audiovisuales que cumplan los requisitos del artículo 10 LPI para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la conside-

todos ellos. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de M. Á. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 361-376.

24. Sirvan de ejemplo los convenios de financiación como técnica de colaboración interadministrativa. Así se ha admitido, por ejemplo, por informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de 21 de julio de 2008, en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales, al entender que la prestación que se define no es en sí una relación propia de contrato, ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: «Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato». En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha no pueden acogerse a esta categoría, al tratarse de auténticos contratos de servicios.

25. Vid. FRÍAS LÓPEZ, A., «Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, p. 63.

ración de propiedad intelectual y serán, por ello, contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* artículo 9, se tratará de un negocio excluido de las previsiones de la LCSP.

Segunda.— La LCSP 2017 mantiene el mismo régimen que su predecesora: el TRLCSP 2011. Y ello porque, estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporales y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos. Basta recordar el adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo mismo, excluido el «género», no hay que hacer referencia a la exclusión de la «especie».

Que el artículo 19.2a) considere este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada y delimite objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto *la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica*, no implica en modo alguno su sometimiento a la LCSP.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que se refiere a estos como a contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (*ex* art. 9) los ha excluido. Por lo demás, ese artículo 19 se refiere también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales).

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por sí mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantenga la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Tercera.— Por último, quedan por mencionar los supuestos en que se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando *«las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial»*. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación con una Universidad pública en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

En determinados servicios audiovisuales, al margen de la propiedad incorporal, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento. Y, aunque las cuantías fueran de un contrato menor, en una interpretación sistemática, resulta evidente que no funcionaría el límite cuantitativo global del artículo 118 LCSP, ya que no se aplica en los casos donde el «contratista» tiene derechos exclusivos, o razones técnicas o económicas (así lo indica el propio 118.3 al señalar, con relación a ese límite, que «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a)2.º».

Cuarta.— La LCSP de 2017, en su texto definitivo, ha incorporado decisiones radicalmente distintas frente a la regulación precedente. Lo que es muy evidente en la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública. Así, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así el modelo del artículo 191 TRLCSP relativo a las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados), se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado (artículo 318 LCSP/2017).

La redacción del precepto es indubitada: desaparece, pues, la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP/2017 – o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –*ex* artículo 3 LCSP/2017–). *La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva*

LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable solo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2.ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

Los poderes adjudicadores no Administración pública (como es el caso de la XAL), en los contratos no armonizados no pueden regular (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Quinta.— *Como han advertido la JCCA del Estado y la Abogacía del Estado*, los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40 000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto.

En todo caso, siendo aplicables, en nuestra opinión, las reglas del artículo 118 LCSP del contrato menor, conviene recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018):

a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar, en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.

c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en

este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma²⁶. Desde esa perspectiva, con CPV distintos se podría adjudicar mediante contrato menor a un mismo contratista²⁷.

d) Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor (en este punto creo más correcta la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de referir el cómputo del año al ejercicio presupuestario).

e) La ley no establece un modo concreto de comprobación del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.

f) El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por otra parte, hay que recordar las previsiones, de carácter básico, del artículo 63.4 LCSP/2017, que establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y la información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario (quedan exceptuados de dicha publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores); y del artículo 29.8, que regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, advirtiendo que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

²⁶. En la adecuada tramitación de un contrato menor resulta muy apropiada la Instrucción conjunta de la Secretaría General y de la Intervención General en relación con la interpretación, el asesoramiento y la fiscalización de los contratos menores a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017), 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 (https://gobiernolocal.org/docs/publicaciones/06_Instruccion_Secretaria_Intervencion_DIBA.pdf).

²⁷. No es ese, por contra, el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, que entiende que es el concepto objeto lo que determina los límites del contrato menor (en ese mismo sentido, Informe 1/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Madrid, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público).

Sexta.— La calificación jurídica de las relaciones del referido Protocolo entre la XAL y radios y televisiones locales, es la de cooperación horizontal (a instrumentar mediante convenio), dado que se cumplen los tres requisitos citados: a) no existe en las relaciones una vocación de mercado; b) se desarrolla una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; c) el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público. La existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución no altera esta consideración de cooperación horizontal.

En consecuencia, la relación a la que se da cobertura en el Protocolo analizado en este Estudio no tiene carácter de contrato público y puede ser considerada de naturaleza de convenio de cooperación, en tanto se ejercitan competencias propias que tienen por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración pública para cumplir fines públicos en que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato.

A modo de conclusión final, dando respuesta a la cuestión solicitada, podemos afirmar que la adquisición de servicios audiovisuales mantiene y consolida el régimen jurídico de las normas legales anteriores (dado que esa es la intención del derecho europeo sobre esta cuestión) y que se trata de una actividad ajena a las reglas de contratación y los procedimientos de la LCSP, al tratarse, en tanto bienes incorpóreos, de contratos privados excluidos del ámbito de la normativa contractual pública.

Asimismo la naturaleza jurídica de XAL con los entes locales que forman parte del Protocolo analizado es de cooperación horizontal, instrumentada mediante convenio (artículo 6 LCSP).

Por último, XAL, como poder adjudicador no Administración pública, debe aplicar los mismos procedimientos de contratación que las Administraciones públicas (ex artículos 318 y 319 LCSP).

Esta es nuestra opinión, que, como es costumbre, sometemos a cualquier otra mejor fundada en derecho. En Zaragoza, a 25 de abril de 2018.

Fdo.: José María Gimeno Feliu.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

QDL48

III. Recensión

**ALONSO IBÁÑEZ,
María Rosario
(dir.): La
sostenibilidad
socioeconómica
de las ciudades.
Estudios
jurídicos, Tirant
lo Blanch,
Valencia, 2018,
466 págs.**

GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

*Arquitecto-urbanista, experto en Planificación,
Gestión y Legislación Urbanística*

Introducción general

En una concreta etapa histórica del desarrollo urbanístico español como la que estamos viviendo en la actualidad, en la que la intervención en la Ciudad Consolidada se manifiesta como la única solución plausible para poder recuperar, desde parámetros razonables, la actividad inmobiliaria prácticamente destruida en el verano del 2007 tras el desaforado desarrollismo acaecido en la «década prodigiosa» 1998-2007, no podía ser más oportuna la publicación de un amplio y denso conjunto de catorce reflexiones y estudios jurídicos elaborados por otros tantos colaboradores, todos ellos especialistas en el análisis urbano, dirigidos y coordinados por la mano experta de María Rosario Alonso Ibáñez, que, sin duda, ayudarán a mejorar la comprensión de las causas explicativas de la crisis y, adicionalmente, contribuirán a facilitar las salidas a la misma desde la aplicación de explícitos criterios de sostenibilidad jurídica y socioeconómica.

Ciertamente, la situación creada a partir de la explosión de la «burbuja inmobiliaria» acaecida al final de la denominada «década prodigiosa» generó un intenso «shock social» de sorpresa e incomprensión, derivado de la aparentemente repentina y grave recesión producida tanto en términos financieros como inmobiliarios y cuya imprevisión vino a «desarmar», intelectual y profesionalmente, la capacidad de respuesta que debería ofrecer la parte más

experta, al menos, de los operadores y responsables del urbanismo hispano, «desarme» que ha ocasionado una intensa ralentización en la disposición de soluciones técnicas, jurídicas y políticas, acordes y solventes, dirigidas a la consecución de las salidas a la crisis, situación de inseguridad jurídica y socioeconómica para la cual, a diez años vista de la fecha de la «explosión», aún no han encontrado una solución definitiva y consensuada.

Téngase en cuenta que la crisis no solo produjo una paralización generalizada de la actividad inmobiliaria en gran parte de Europa y Estados Unidos, por causa de la grave recesión financiera derivada de la aplicación de enormes contingentes de recursos económicos a la producción residencial de manera indiscriminada e irresponsable, y desarrollada sin bases firmes y viables que la justificaran (cumpliéndose, al parecer de manera implacable, todos los tópicos que a lo largo de la historia del capitalismo caracterizan a las «burbujas especulativas»), sino que en España también produjo la práctica desaparición del modelo básico de desarrollo urbano que venía aplicándose desde los años ochenta, modelo caracterizado por la prevalencia de la expansión urbana de la ciudad, por la ocupación y transformación de suelos rústicos en nuevos suelos urbanos frente a la intervención rehabilitadora, regeneradora y renovadora de la ciudad preexistente, es decir, de la recuperación de su patrimonio edificado y de la mejora de la calidad urbana y dotacional de sus espacios públicos.

Este modelo, singular en el escenario europeo (téngase en cuenta que en Europa la inversión inmobiliaria media, pública y privada, en recuperación de la ciudad preexistente se estima en un 60 % frente al 40 % en la creación de nueva ciudad, mientras que en España ocurre al revés), ha hecho crisis con la explosión de «la burbuja», al generar un desproporcionado *stock* de producto, tanto de vivienda como de suelo, que no se digerirá por el mercado, al menos hasta el largo plazo, ante la ausencia de financiación producida por causa de la originaria crisis financiera.

En efecto, la explosión de la burbuja se produjo en un momento en que la cantidad de producto creada ascendía a unas 800 000 viviendas, total o parcialmente construidas, y a una superficie de suelo urbanizado (o cuasi urbanizado) estimada en unas 45 000 hectáreas, con capacidad para construir dos millones y medio más de viviendas. En la actualidad, el número de viviendas se ha reducido, como mucho en una cuarta parte, mientras que la superficie de suelo se mantiene prácticamente en su dimensión originaria.

Para comprender mejor la situación generada y su corolario actual, debemos tener en cuenta que la demanda endógena de generación de hogares (de viviendas de primera residencia), en un escenario estable de desarrollo económico, se estima en una ratio de 7-8 viviendas/1000 habitantes/año (300 000-350 000 viviendas/año en España).

Sin embargo, en los años de la «cresta de la burbuja» (2006 y 2007) se construyeron 700 000 viviendas/año, el doble de la demanda endógena, lo que viene a explicar el enorme *stock* producido tras su explosión, mientras que en la actualidad, y tras el inicio de la recuperación, se vienen construyendo 35 000-40 000 viviendas anuales, lo que supone el 10-15 % de la demanda endógena (y el 5 % de la generada en la «cresta de la burbuja»). La consideración de estos sencillos datos pone de manifiesto, sin mayores argumentos, el agotamiento del modelo expansivo, pues la absorción del citado *stock* (y, en todo caso, solo de aquel cuyas tipologías respondan a las demandas sociales del momento) no se producirá razonablemente antes de una década, lo que implica que, salvo excepciones muy singulares, no se desarrollarán a medio-largo plazo nuevos expedientes de ocupación de suelo, y la construcción de nuevas viviendas se verá paliada por la venta y disposición de las preexistentes, al menos en las localizaciones urbanas en las que se encuentra ubicado el *stock* actual.

Obviamente, este detallado prolegómeno viene a poner de manifiesto la justificación que explica la tesis señalada al inicio de esta Recensión relativa a la disposición de la Ciudad Consolidada como escenario preferente, si no único, de intervención urbanística e inmobiliaria, y, consecuentemente, la oportunidad que representa la publicación de los estudios y análisis jurídicos que conforman el libro objeto de la misma.

De hecho, y en este sentido, el «medio urbano» que conforma el escenario actual de «producción de ciudad» se muestra como un específico espacio muy sensible a todos los potenciales desequilibrios urbanos que se generan en el desarrollo y crecimiento histórico de las ciudades, considerados tanto en términos sociales como económicos, no solo aquellos que se han venido acumulando a lo largo de su vida (fundamentalmente sintetizados en la drástica segregación social del espacio), sino también aquellos adicionales recientes y de gran intensidad como son los que se derivan de la actual crisis inmobiliaria.

Por lo tanto, no es en los nuevos espacios urbanizados derivados del modelo expansivo donde se manifiestan explícitamente los desequilibrios socioeconómicos señalados, pues en ellos la circunstancia de su nueva generación urbanizadora condiciona una menor diferenciación entre los mismos, sino que es en la ciudad preexistente, en la ciudad históricamente configurada de manera «yuxtapuesta», es decir, en el espacio urbano constituido y transformado a lo largo de su historia, en el que aparecen los viejos y ancestrales desequilibrios que se arrastran desde sus orígenes, en muchos casos centenarios, como es la división desagregada del espacio urbano en áreas en muchos casos «aisladas» como son el centro, los ensanches y las periferias

urbanas, con calidades y condiciones socioeconómicas muy diferenciadas, y que terminan por configurar la existencia de espacios urbanos degradados en términos sociales y urbanísticos, y localizados en ocasiones en contigüidad con otras áreas de buena y en su caso excelente calidad urbana.

En resumen, es en la Ciudad Consolidada en la que se pone de manifiesto con mayor intensidad la existencia de los drásticos problemas urbanos generados y acumulados a lo largo de su historia, y que pueden sintetizarse en un único y acumulativo conjunto de problemas y fenómenos constitutivos de desigualdad social, conjunto de problemas que se ven agravados en la actualidad, aún más, con los nuevos problemas derivados de la drástica y subsistente crisis financiera, que se despliegan sobre la base de un marco jurídico-urbanístico e instrumental, todavía incipiente y escasamente conocido y aplicado, nacido en coincidencia temporal con la explosión de «la burbuja» en el verano del 2007 (Ley de Suelo estatal 8/2007 y su Texto Refundido 2/2008), marco legal hoy refundido con la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Renovación y Regeneración Urbana en el vigente Texto Refundido 7/2015.

Pues bien, es en este contexto social y económico en el que se formula y publica ***La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades***, con el objetivo de ofrecer respuestas jurídicas concretas y argumentadas a las acertadas preguntas que su coordinadora, **María Rosario Alonso Ibáñez**, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, expresa en la Presentación del libro en el sentido de si se viene considerando de manera suficiente el enfoque urbanístico-territorial para hacer frente a los **graves problemas de desigualdad social**, y a la **definición de las políticas económicas** encaminadas a su resolución, o bien si se tiene consciencia de la trascendencia que comporta la aplicación de los **renovados derechos de la ciudadanía** con relación a las garantías de su **sostenibilidad urbana y socioeconómica**.

Análisis sumario de los catorce temas integrados en la publicación

De acuerdo a los interrogantes expuestos, catorce profesionales expertos en la materia acometen otros tantos documentos temáticos, cuyas bases analíticas y aplicativas afectan fundamentalmente al régimen de derechos y deberes correspondientes al desarrollo e intervención en la Ciudad Consolidada, documentos que podemos agrupar en dos grandes áreas temáticas caracterizadas por el siguiente contenido jurídico-urbanístico:

PRIMERA.— la que atiende a «los derechos de los ciudadanos a la ciudad y a la participación social en la definición de las políticas urbanas», y

SEGUNDA.— aquella otra que atiende a «la economía de la ciudad y a la sostenibilidad urbana».

La Primera Área Temática, la que atiende a «los derechos urbanos y a la participación social», podría constituirse por los ocho documentos siguientes: «El derecho a la ciudad», de **Fátima Ramallo López**; «Derechos y garantías en entornos urbanos», de **María L. Valvidares Suárez**; «Segregación y gentrificación», de **Carmen de Guerrero Manso**; «Derecho a la alimentación en las ciudades», de **Celia Fernández Aller y Amparo Novo Vázquez**; «El acceso a una vivienda digna», de **María Luisa Gómez Jiménez**; «Colaboración ciudadana en las políticas urbanas», de **Omar Bouazza Ariño**; «Experiencias de innovación social», de **Ícaro Obeso Muñiz**, y «Acciones de desarrollo social», de **Albert Lladó Martínez**.

La Segunda Área Temática, la que atiende a «la economía y sostenibilidad», podría constituirse, a su vez, por los seis documentos siguientes: «Sostenibilidad social y crisis residencial», de **Prudencio Moreno Trapiella**; «Economía circular y ciudad», de **Yolanda García Calvente**; «La ecotasa», de **Bartolomé Trias Prats**; «Economía colaborativa», de **Andrés Boix Palop**; «Economía en la ciudad turística», de **Joana Socías Camacho**, y «Desarrollo local, patrimonio cultural y espacio público», de **Reyes Marzal Raga**.

Pasemos a analizarlos de manera sumaria.

En la **Primera Área Temática** los autores reflexionan sobre la conveniencia-necesidad de disponer de un nuevo y prístino «**derecho a la ciudad**» (en términos analógicos a los planteados por Henri Lefebvre).

Este derecho de ciudadanía, según argumenta con todo rigor la **profesora Ramallo López**, debe habilitar jurídicamente a los vecinos para poder exigir a los poderes públicos la adopción de medidas que permitan alcanzar un «desarrollo urbano sostenible», a manera de un auténtico y novedoso «derecho subjetivo» que se apoyaría en tres pilares básicos: en el derecho al medio ambiente urbano, en un desarrollo económico equilibrado, y en el derecho a la integración social en la ciudad.

En este sentido, la consecución de estos fines requiere una imprescindible y eficiente coordinación competencial, tanto en la planificación urbanística como en la estrategia territorial supramunicipal que dispongan los tres niveles de la Administración con competencias territoriales, la estatal, la autonómica y la local, coordinación que permitirá garantizar, con razonable solvencia, la satisfacción de los derechos citados a los que la profesora Ramallo, consciente de la complejidad que sin duda comportará su consecución, viene a denominar derechos de «cuarta generación».

Por otro lado, el ejercicio de ese «derecho urbano sostenible» se debe extender, con mayor razón, a aquellos colectivos sociales sometidos a especial vulnerabilidad, tal como analiza detalladamente la **profesora Valvidares Suárez**, y su implicación en las políticas urbanas consideradas en su doble

óptica, bien como parte de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o bien como desarrollo de los principios de la política social y económica. En cualquier caso, se trata de garantizar que el diseño y la ordenación urbanística no impidan ni dificulten el ejercicio de dichos derechos fundamentales (v. gr. diversidad funcional, accesibilidad universal...), sobre todo en la aplicación normativa a aquellos colectivos socialmente más vulnerables (en función de su grado de vulnerabilidad) a los que se debe garantizar con mayor precisión el derecho a la ciudad y a la igualdad urbana.

En todo caso, tal como desarrolla intencionadamente **la profesora De Guerrero Manso**, resulta necesario que los poderes públicos adopten tanto acciones reguladoras y aplicativas, en términos urbanísticos y financieros, como medidas de seguimiento y control de las mismas, con la finalidad de evitar la segregación social del espacio y los progresivos procesos de gentrificación que se derivarían de la inactividad de la Administración ante la aplicación de un modelo de desarrollo urbano desregulado y dejado al único control de «la mano invisible de Adam Smith».

Asimismo, cada vez más el «derecho a la ciudad» preexistente viene a contemplar, adicionalmente, una política integrada entre «suelo urbano» y «suelo agrícola» que permita garantizar, en cierta medida, un novedoso «derecho a la alimentación de las ciudades», tal como exponen **las profesoras Fernández Aller y Novo Vázquez**, con la disposición, últimamente muy aplicada, de huertos urbanos y cubiertas vegetales en las edificaciones, que no solo generan alimentos «de proximidad» en el ámbito urbano y diversifican los usos productivos y recreativos localizados en la ciudad, sino que, además, contribuyen a la mejora del medio ambiente y a la generación, aunque sea parcial, de empleo.

No obstante, si hay un derecho explícito y reconocido a satisfacer en el desarrollo de la ciudad, hoy tan gravemente afectado por causa de la crisis inmobiliaria, es el derecho al acceso al uso de una vivienda digna y adecuada, plenamente garantizado por el artículo 47 de la Constitución Española, y que analiza en profundidad **la profesora Gómez Jiménez**, examinándolo como un «derecho humano» desde el derecho europeo comparado que comporta no solo «obligaciones de hacer» a los poderes públicos, como es la adopción de medidas positivas de carácter normativo y financieras para garantizar este derecho, sino también «obligaciones de no hacer», como son las disposiciones para evitar desahucios y desalojos arbitrarios.

Por último, para garantizar el acierto en la definición de las políticas encaminadas a garantizar el «derecho a la ciudad», resulta imprescindible la disposición de medidas instrumentales y normativas que encaucen y fomenten la participación de la ciudadanía en la definición de esas políticas, con la fina-

lidad de dotar de una mayor legitimidad democrática a las decisiones que la Administración finalmente adopte, tal como propone lúcidamente **el profesor Bouazza Ariño**, o mediante la formulación de un preciso análisis metodológico con relación a las estrategias posibles para dichos procesos participativos (asambleas, comisiones temáticas, campañas consultivas...), incluida la exposición de ejemplos urbanos sometidos a dichos procesos («Tempelhofer Feld» en Berlín, «Renovem els Barris» en Sta. Coloma de Gramanet, «Plan HUCA» en Oviedo...), tal como pedagógicamente explica **el profesor Obeso Muñiz**; y, finalmente, la necesidad de imbricar coordinadamente a la totalidad de los agentes locales, actores sociales y operadores urbanos en la consecución de la sostenibilidad del modelo, teniendo en cuenta el privilegiado papel que la Universidad representa, pudiendo reorientar para ello y complementariamente los existentes Parques Científicos y Tecnológicos (creados en origen con el objetivo de fomentar la relación universidad-empresa), tal como expone detalladamente **el profesor Lladó Martínez**.

En la **Segunda Área Temática**, que atiende a «la economía de la ciudad y a la sostenibilidad urbana», los autores integrados en la misma reflexionan sobre la conveniencia-necesidad de disponer de medidas e instrumentos jurídico-económicos que permitan hacer frente a los graves problemas de desigualdad social, y también permitan garantizar en términos razonables la definición de un modelo de desarrollo urbano social y ambientalmente sostenible.

En virtud de estas premisas, **el profesor Moreno Trapiella** inicia el análisis de esta Segunda Área Temática describiendo lúcidamente los orígenes de la crisis inmobiliaria, tanto de la crisis financiero-hipotecaria, con las «hipotecas subprime» en USA, como de los dramáticos desequilibrios hipotecarios en España, en concreto, y las dramáticas consecuencias sociales y económicas derivadas de la misma por causa de la explosión de «la burbuja», ya expuestas sucintamente en los prolegómenos de esta Recensión.

Como alternativas económicas que faciliten la salida a la crisis, se pone de manifiesto la conveniencia-necesidad de incorporar modelos de sostenibilidad económica al proceso de desarrollo urbano, tales como el denominado «economía circular», cuyo objetivo instrumental es el mantenimiento de los productos y los recursos en la economía durante el mayor tiempo posible, procurándose la reducción, al máximo, de la generación de residuos, tal como expone con rigor **la profesora García Calvente**, lo que implica, por ejemplo, una disposición intencionada, hoy muy insuficiente en España, de nuevas políticas tributarias dirigidas al establecimiento de una «fiscalidad ambiental» que grave de manera acorde y discriminada la energía y el transporte en aras de fomentar una ecoconcepción de la economía industrial y territorial urbana.

Con análogo objetivo, **el profesor Boix Palop** analiza los modelos de las denominadas «economías colaborativas», nuevos modelos derivados de la reciente irrupción de plataformas digitales *online* en las economías urbanas, sobre todo en el sector del transporte público y la relación existente entre el transporte regular (taxi convencional) y el correspondiente al VTC, así como también en el del alojamiento «de corta duración» («viviendas turísticas») que tantos problemas está generando, en la actualidad, en las ciudades españolas. Por ello, el profesor Boix expone responsablemente la necesidad de establecer, con precisión, los procedimientos de regulación competencial no desleal aplicables a estos sectores desde el interés general y con el objetivo de garantizar la mayor equidad social y económica posible, previa coordinación interadministrativa, sobre todo entre ayuntamientos y comunidades autónomas.

En este mismo sentido, **la profesora Socías Camacho** analiza detalladamente la necesaria regulación relativa a las denominadas «viviendas turísticas», mediante la normal aplicación de las técnicas planificadoras propias de los instrumentos de Ordenación Urbanística y, en concreto, de la tradicional «recalificación del suelo» derivada de la atribución de los usos urbanos en el espacio a través de la delimitación de «zonas de ordenación de viviendas de alquiler turístico» (análogas, *v. gr.*, a las zonas de viviendas de renta libre, de viviendas protegidas, de uso plurifamiliar, unifamiliar, etc.), con la finalidad de establecer unas ordenanzas concretas (esencialmente en el otorgamiento de licencia de actividad, en la que se señalarán las condiciones y restricciones jurídico-urbanísticas propias de ese uso, *v. gr.*, instalación de contadores individuales, aquiescencia de la Comunidad de Propietarios, etc.) que permitan regular la implantación de estos usos, obviamente de manera compatible con la satisfacción del derecho del resto de vecinos a un domicilio libre de inmisiones y, en definitiva, a un desarrollo urbano sostenible.

Asimismo, para el caso de la Ciudad Consolidada destinada al uso global turístico, la denominada «ciudad turística» tan importante en la base económica española, procede también aplicar modelos de desarrollo sostenible a este uso. Para ello, **el profesor Trías Prats** explica pormenorizadamente las experiencias existentes en políticas tributarias aplicadas fundamentalmente en las Islas Baleares, tales como el *impuesto sobre las estancias turísticas en empresas de alojamiento* (más conocido como la «ecotasa») y el nuevo *impuesto sobre las estancias en empresas turísticas en las Islas Baleares*, creados con una finalidad no solo recaudatoria (con el objetivo de la financiación de actuaciones públicas dirigidas a la mejora del espacio turístico), sino también reguladora de la reorientación de la demanda hacia segmentos de mercado con mayor valor añadido, y, en consecuencia, de la optimización de un modelo de desarrollo sostenible aplicable al sector turístico.

Finalmente, **la profesora Marzal Raga** procede a analizar, con rigor, el patrimonio cultural urbano no solo como un recurso histórico y propiciador de cohesión social, sino también como un activo fundamentalmente económico, cuya conservación y recuperación fomentará sustancialmente el desarrollo sostenible y deseable, en este caso, de la «Ciudad Histórica», poniendo de manifiesto las dificultades que comporta la satisfacción del mismo, tanto en términos financieros como de coordinación y complementariedad entre medidas patrimoniales y urbanísticas.

Esta es la Recensión correspondiente a la publicación «La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades», documento de análisis fundamentalmente jurídico que entiendo que deberá ser complementado, en su día, con el análisis de las experiencias que se deriven de la aplicación de los especializados e innovadores instrumentos económicos, también incorporados por la legislación estatal vigente, que son las Memorias de Viabilidad Económica y los Informes de Sostenibilidad Económica, documentos de base esencialmente jurídico-económica, cuya deseable y correcta aplicación tanta trascendencia y consecuencias positivas tendrá en el desarrollo urbano sostenible de nuestras ciudades y territorios.

En cualquier caso, procede señalar que la presente publicación ha permitido, a quien suscribe, extraer los aspectos jurídicos esenciales de la misma, y poner en valor la calidad y solvencia que indudablemente presentan los catorce trabajos elaborados por sus autores, lo que le anima y aconseja a expresar su satisfacción por la labor realizada, y le requiere a recomendar encarecidamente, sin falsos cumplidos, su lectura a los profesionales y estudiosos de la sostenibilidad urbana, materia de tan necesaria e imprescindible aplicación en la actualidad.

QDL48

IV. Jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 1 de junio a 30 de septiembre de 2018)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Tribunal Constitucional

Sentencia 98/2018, de 19 de septiembre, en relación con una supuesta violación de la autonomía local con ocasión de las modificaciones introducidas en diversos preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Podemos-En Comú Podem-En Marea y al Grupo Mixto en el Congreso de los Diputados en relación con el artículo 5 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto a las modificaciones introducidas en diversos preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón. Ponente: don Juan Antonio Xiol Ríos.

Extracto de doctrina

(...)

4. *Examen del primer motivo de impugnación (vulneración de la autonomía local).– El primer reproche que se hace a los preceptos impugnados es el de que vulneran la garantía institucional de la autonomía local consagrada en los artículos 137, 140, 141 y 142 CE, por privar a los municipios –especialmente al de Zaragoza– de su participación en la*

gestión y configuración del impuesto, eliminando el régimen paccionado preexistente para fijar las aportaciones, en menoscabo de la capacidad reguladora de un servicio propio municipal y del principio de suficiencia financiera de las corporaciones locales como elemento necesario de su autonomía.

Los recurrentes alegan que el artículo 5 de la Ley 2/2016 ha eliminado total y absolutamente la posibilidad de intervención y participación en la gestión y administración en una materia propia, como es la depuración de las aguas, mediante el cambio de sistema de financiación del servicio público propio local [art. 25.2 c) de la Ley reguladora de las bases de régimen local: LBRL, en la versión dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: «abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales»], al sustituir mediante la modificación de la disposición adicional séptima, en relación con la adición del artículo 82, 4 y 5 y de la disposición transitoria sexta, de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, un sistema paccionado y convencional para la determinación de elementos esenciales del impuesto sobre la contaminación de las aguas –justificado por el esfuerzo inversor de la ciudad en el sistema general de depuración y por la posición estratégica de la ciudad en la red hídrica de la comunidad autónoma–, por un sistema forzoso de incorporación inmediata al sistema general, con bonificaciones arbitrarias. Dicha alegación toma en consideración en, particular, la aplicación del impuesto autonómico al municipio de Zaragoza, que se aborda en la disposición adicional séptima en cuestión bajo el título «Situaciones específicas».

Las representaciones de las Cortes y del Gobierno de Aragón rebaten la argumentación empleada por los recurrentes y defienden la plena conformidad de los preceptos legales controvertidos con la garantía institucional de la autonomía local mencionando de modo especial la aplicación del impuesto en el municipio de Zaragoza. Destacan que la incorporación del municipio de Zaragoza al sistema general del impuesto era efectiva desde la Ley 9/2007, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 29 de diciembre, de ordenación y participación en la gestión del agua en Aragón, aunque su aplicación estaba condicionada a la celebración de un convenio entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza, cuyas cláusulas nunca llegaron a desarrollarse. Las disposiciones recurridas regulan la aplicación del impuesto sobre la contaminación de las aguas en el municipio de Zaragoza sin necesidad de que medie ya convenio alguno para precisar los términos de la apli-

cación del impuesto, confirmando su compatibilidad con la tasa municipal por la prestación de servicios vinculados a la depuración del agua y aplicando un sistema de bonificaciones que consideran perfectamente razonable y justo, en cuanto atiende a las situaciones de usuarios que contribuyen pero no disponen de sistemas de tratamiento y depuración de aguas, y al mismo tiempo a la especial situación de Zaragoza en que los usuarios han pagado y mantenido esos sistemas, pero que debe contribuir al sistema general.

Para abordar la decisión de esta cuestión es preciso tener en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre el poder tributario de las comunidades autónomas y, en particular, de la Comunidad de Aragón, y sobre el significado y alcance de la garantía constitucional de la autonomía local. La STC 96/2013 (que se refiere a la constitucionalidad del impuesto autonómico aragonés sobre daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta) declara que «la Constitución [arts. 133.2 y 157.1 b)] atribuye a las comunidades autónomas la posibilidad de establecer tributos propios (fiscales o extrafiscales), “desde el respeto a los principios proclamados en los arts. 6.2 y 3 LOFCA” (STC 168/2004, de 6 de octubre, FJ 11) y dentro del marco de sus competencias (arts. 156.1 CE y 11 LOFCA)».

En cuanto a la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), la STC 101/2017, de 20 de julio, FJ 5 a), declara que aquella «obliga al legislador a graduar el alcance o intensidad de la intervención local en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales en el asunto de que se trate» (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9). El legislador debe, por tanto, asegurar a los entes locales niveles de capacidad decisoria tendencialmente correlativos a la intensidad de los intereses locales implicados [entre otras, SSTC 154/2015, FJ 6 a); 41/2016, FFJJ 9, 11 b), y 111/2016, FFJJ 9 y 12 c)]. La STC 152/2016, de 22 de septiembre, FJ 6, lo expresa del modo siguiente: para valorar si el legislador ha vulnerado la indicada garantía «corresponde determinar: i) si hay intereses supralocales que justifiquen esta regulación; ii) si el legislador... ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses. Todo ello sobre la base de que [el legislador] puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero garantizando el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración».

En el caso que aquí se examina el Tribunal constata, en primer lugar, que el impuesto aragonés sobre la contaminación de las aguas se crea y regula en el ejercicio de la potestad tributaria que el artículo 133.2 CE atribuye a las comunidades autónomas («las comunidades autónomas... podrán crear y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes»). Asimismo, la competencia autonómica para establecer tributos propios está expresamente reconocida en los artículos 103, 104.1 y 105.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr). La STC 96/2013, FJ 5, advierte que esta competencia no solo debe ser ejercida por la comunidad autónoma dentro del marco y límites establecidos por el Estado en relación con su potestad originaria reconocida en los artículos 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE, «sino también “dentro del marco de competencias asumidas” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 3)». Teniendo en consideración que el artículo 156.1 CE confiere autonomía financiera a las comunidades autónomas «para la gestión de sus respectivos intereses», el Tribunal ha concluido que tal precepto incluye «un reconocimiento constitucional implícito del principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la imposición autónoma», de forma que el artículo 156.1 CE permite a las comunidades autónomas «utilizar también el instrumento fiscal –como parte integrante de la autonomía financiera– en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos estatutos de autonomía» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, entre otras). De esta forma, el poder tributario autonómico, en lo que concierne al establecimiento de impuestos con fin extrafiscal, está restringido al ámbito de las competencias materiales asumidas. En este caso, este marco viene delimitado por las competencias que el estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón, entre otras, en las siguientes materias: medio ambiente (arts. 71.22 y 75.3), aguas (art. 72), régimen local (art. 71.5), ordenación del territorio (art. 71.8) y obras públicas (art. 71.11). Esta atribución estatutaria de competencias evidencia, por lo que se refiere a la protección del medio ambiente y las aguas en particular, la concurrencia de intereses públicos que trascienden el ámbito municipal, en tanto que el agua es un recurso escaso, esencial para la vida humana y el mantenimiento de los ecosistemas y las actividades económicas en todo el territorio de la Comunidad. Además, conforme al apartado segundo del artículo 19 EAAr, se impone a todos los poderes públicos de dicha Comunidad Autónoma la obligación de velar «por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la pro-

moción de un uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados».

Dada la naturaleza impositiva del tributo, el Tribunal considera que el legislador autonómico respeta lo dispuesto en el artículo 6.3 LOFCA en relación con la tasa municipal de depuración o tarifa por la prestación de servicios vinculados a la depuración de las aguas de Zaragoza, cuya compatibilidad se declara en el apartado primero de la disposición adicional séptima. No existe identidad entre la tasa municipal por servicios de saneamiento y depuración de aguas y el impuesto sobre la contaminación de las aguas, pues entre una y otro existen diferencias en cuanto a su naturaleza tributaria y al hecho imponible que gravan (vid., en sentido similar, la STC 85/2013 respecto del impuesto autonómico que crea la Ley del Parlamento Vasco 1/2006, de 23 de junio, de aguas y la tasa municipal por distribución de agua). El hecho imponible de este impuesto es la producción de aguas residuales que se manifiesta a través del consumo de agua, real o estimado, cualquiera que sea su procedencia y uso, o del propio vertido de las mismas (art. 81 de la Ley de aguas y ríos de Aragón). Por el contrario, en el caso del Ayuntamiento de Zaragoza la ordenanza reguladora de las tarifas por la prestación de servicios vinculados al saneamiento y depuración de aguas, aprobada por el pleno del Ayuntamiento con fecha 29 de noviembre de 2013, establece que «[l]os servicios de saneamiento y depuración de aguas sobre los que recaen estas tarifas incluyen la recogida y transporte de las aguas residuales y pluviales hasta las plantas depuradoras, su tratamiento y vertido a cauce natural en las condiciones establecidas en las autorizaciones de vertido concedidas por la Confederación Hidrográfica del Ebro» (art. 2.1). Están obligados al pago de las tarifas las personas físicas y jurídicas que soliciten, provoquen o en cuyo interés redunden las prestaciones sobre las que recaen estas tarifas (art. 3.1). De modo que la exacción responde a una actividad administrativa municipal de carácter prestacional que es competencia municipal conforme a lo establecido en los artículos 25.2 c) y 26.2 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.4 r) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, tiene la naturaleza jurídica de tasa.

Los recurrentes alegan que se suprime el «derecho a intervenir» en las medidas que afectan a los entes locales, dado que compete a la Comunidad de Aragón el establecimiento y la regulación por ley de los elemen-

tos esenciales del impuesto, como tributo propio. El Tribunal aprecia que corresponde también al legislador autonómico articular en su caso los mecanismos de participación o colaboración con los municipios que, en cada momento estime idóneos para alcanzar los objetivos que persigue la norma. La omisión en la normativa vigente de un sistema de convenios para concretar determinados aspectos de la aplicación del impuesto sobre la contaminación de las aguas en determinados municipios, y la regulación del actual régimen de bonificaciones a raíz de las modificaciones introducidas por el artículo 5 de la Ley 2/2016, son opciones normativas legítimamente ejercidas por el legislador autonómico en el ámbito de sus competencias y no vulneran en sí mismas la garantía constitucional de la autonomía local. La ley establece determinados mecanismos de colaboración entre las entidades suministradoras de agua y el Instituto Aragonés del Agua, el ente encargado desde el 1 de abril de 2016 de la gestión y recaudación del impuesto (disposición adicional undécima), al que compete exigir su pago a los usuarios conforme a lo dispuesto en el artículo 89. El apartado cuarto del artículo 89 impone una serie de deberes de colaboración a las entidades suministradoras de agua —es decir, a los entes locales— consistentes en que deben proporcionar al Instituto Aragonés del Agua los datos, informes y antecedentes con trascendencia tributaria referentes a los usuarios de agua y sus consumos, incluyendo los de instalaciones propias, que sean necesarios para la aplicación del impuesto sobre la contaminación de las aguas. Pues bien, la ley, al modificar el sistema de participación y colaboración de los entes locales en el marco de la gestión del impuesto para la consecución de los objetivos establecidos, no ha desapoderado a los municipios radicados en Aragón, y en particular a Zaragoza, de las competencias atribuidas a todos los municipios españoles en materia de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales conforme al artículo 25.2 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, ni les ha privado de las fuentes de financiación de los servicios correspondientes establecidos.

La alegación relativa a la vulneración de la autonomía local en su vertiente financiera se fundamenta por los recurrentes en que los ayuntamientos que hayan implantado con sus recursos sistemas de depuración se ven ahora obligados a habilitar en sus presupuestos partidas para sufragar obras no realizadas en sus términos municipales, en detrimento de otros servicios locales que también tienen que financiar. Esta alegación no puede ser estimada, pues, como declara la STC 103/2015, FJ 10, «[l]a autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su

suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas, es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 CE (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4)». Este principio no impide que los municipios puedan ser sujetos pasivos de un impuesto que, adoptado de conformidad con el artículo 133 CE, no puede ser considerado como un «condicionante indebido». Según se ha puesto de relieve en el fundamento jurídico tercero, los sujetos pasivos del impuesto sobre la contaminación de las aguas son los usuarios de agua de Aragón, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en los casos en que sus instalaciones lleven a cabo vertidos a la red de alcantarillado pública. El municipio de Zaragoza y el resto de municipios aragoneses lo son por realizar el hecho imponible, del mismo modo que cualquier otro usuario de este recurso.

El establecimiento de este impuesto no supone, en definitiva, una limitación indebida de las potestades tributarias municipales en relación con la fijación de los elementos de la tasa por los servicios de saneamiento y depuración, y tampoco puede afirmarse que impida o haga inviable la prestación por los municipios de los servicios de su competencia.

En consecuencia, es procedente la desestimación del primer motivo de inconstitucionalidad.

Sentencia 79/2018, de 5 de julio, sobre el régimen jurídico del control interno de las entidades del sector público local.

Antecedentes

Conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el artículo 1.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del sector público local.

Ponente: don Juan Antonio Xiol Ríos.

Extracto de doctrina

(...)

3. Encuadramiento competencial. Las partes coinciden en señalar los títulos competenciales aplicables al presente caso, pero discrepan sobre la cuestión de en qué grado o medida interviene cada uno de ellos. El

Gobierno de Canarias considera que la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general (artículo 149.1.14 CE) no puede impedir que la Comunidad Autónoma ejerza sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen local (art. 149.1.18 CE). El abogado del Estado entiende que es el título competencial en materia de Hacienda general el que habilita la intervención estatal, dada la especialidad de la materia objeto de controversia.

La controversia así planteada guarda paralelismo con las resueltas en las SSTC 179/1985, de 19 de diciembre (relativa a los recursos de inconstitucionalidad núms. 175-1984 y 187-1984 interpuestos contra determinados preceptos de la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las haciendas locales), 233/1999, de 16 de diciembre (sobre los recursos de inconstitucionalidad núms. 572-1989, 587-1989 y 591-1989, y las cuestiones de inconstitucionalidad, acumuladas a los anteriores, núms. 2679-1996, 4626-1996, 2820-1996, 4646-1996 y 745-1997, contra la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales) y 111/2016, de 9 de junio (relativa al recurso de inconstitucionalidad núm. 1959-2014 interpuesto contra diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), citadas todas ellas en numerosas ocasiones por las partes.

a) Títulos que habilitan al Estado. Dos son, pues, según las alegaciones de las partes en conflicto, los títulos competenciales que pueden entrar en juego para amparar la regulación del Estado contenida en el Real Decreto 424/2017 y, especialmente, en su controvertido artículo 1.2: a saber, los derivados del artículo 149.1.14 CE («Hacienda general») y del artículo 149.1.18 CE («Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas»).

El Tribunal aprecia que, si nos atenemos a la materia que constituye el objeto de la controversia –el control interno económico-presupuestario de las entidades del sector público local–, el título competencial que habilita la intervención estatal es el contenido en el artículo 149.1.14 CE. Como declara la STC 179/1985, FJ 1 –y se reitera en STC 233/1999, FJ 4 b)–, «no parece discutible, en efecto, que haya de incluirse dentro del mismo una medida que tiene por objeto directo la relación entre la Hacienda estatal y las Haciendas locales y que precisamente se propone como finalidad el saneamiento de estas para hacer posible que, en el futuro, un nuevo sistema de financiación de las entidades locales (cuyo establecimiento corresponde también a la competencia estatal) impida la generación de déficits que, en último término, como tantas veces ha

ocurrido en el pasado, hayan de ser atendidos con los recursos de la Hacienda estatal».

No obstante, el ejercicio del título competencial en materia de «Hacienda general» por parte del Estado está sujeto a ciertos condicionantes en aquellos casos en los que se pretenda regular mediante él cuestiones relativas a la Administración local, ya que el Estado «no puede desconocer la delimitación competencial que respecto de ella existe entre el propio Estado y algunas comunidades autónomas. Si para esos fines hacendísticos ha de introducir modificaciones en el régimen jurídico de esa Administración, deberá hacerlo de modo tal que no se imposibilite el ejercicio de la facultad comunitaria para dictar las normas de detalle» (STC 179/1985, FJ 1). Dicho de otro modo, en la medida en que en materia de Administración local coinciden competencias estatales y autonómicas, en el ejercicio de su competencia en Hacienda general, el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 139).

Por tanto, como afirma el Tribunal en la STC 233/1999, FJ 4 b), la competencia en materia de Haciendas locales es compartida entre el Estado y las comunidades autónomas que, en virtud de sus estatutos de autonomía, hayan asumido «facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas ex art. 149.1.18 C.E., precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre dicha materia cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico de la Administración Local o se dicte en garantía de la autonomía que esta tiene constitucionalmente garantizada».

b) Títulos que habilitan a la Comunidad Autónoma. Determinados los títulos competenciales susceptibles de ser ejercitados por el Estado en la regulación de las Haciendas locales, hay que concretar a continuación los que corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias, y que son, a juicio del Gobierno canario, el artículo 32.4 del Estatuto de Autonomía que le atribuye el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de «régimen local». Esta expresión «tiene, sin duda, un carácter globalizador comprensivo de la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, incluidas las “Haciendas locales”» [STC 233/1999, FJ 4 c)]. Así pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32.4 del Estatuto de Autonomía canario, la Comunidad Autónoma, en materia de Haciendas locales, ostenta competencias de naturaleza legislati-

va y reglamentaria, sin perjuicio de las competencias del Estado sobre dicha materia.

Esta competencia autonómica abarca, también, la tutela financiera sobre los entes locales. Como se afirmó en la STC 101/2017, de 20 de julio, FJ 6 b), «el artículo 149.1 CE no ha reservado al Estado la ejecución del régimen local, en general, ni la tutela financiera de los entes locales, en particular», por esta razón los estatutos de autonomía pueden atribuir esas competencias a sus respectivas comunidades autónomas. No es obstáculo a esta conclusión que el Estatuto de Autonomía canario, a diferencia de otras normas estatutarias, como las de Cataluña (art. 48.1) o Andalucía (art. 60.3), no contemple de forma específica esta previsión, sino que se refiera a la misma de un modo más genérico –régimen local–, como pone de manifiesto el abogado del Estado en su escrito de alegaciones. La tutela financiera, en todo caso, «ampara, no la regulación de la actividad económico-financiera de los entes locales, sino la ejecución o aplicación de esa regulación mediante, por ejemplo, autorizaciones, inspecciones o actos de fiscalización» [STC 111/2016, FJ 5 b)].

4. Análisis del artículo 1.2 del Real Decreto 424/2017 desde el punto de vista de las normas de reparto competencial. El Real Decreto 424/2017 ha sido dictado, al igual que el artículo 213 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales –a cuyo desarrollo responde–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de Hacienda general. En relación con dicho título competencial, el Tribunal ha declarado que da cobertura al Estado para «configurar un régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos así como la legalidad, eficacia y eficiencia en su gestión. De modo que el artículo 149.1.14 CE da cobertura a la previsión de que “el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior” (art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, segundo párrafo)» [STC 111/2016, FJ 5 b)]. Por esta razón la citada STC 111/2016, FJ 5, desestimó la impugnación relativa a este precepto legal.

Reconociendo, por ello, la idoneidad del título competencial fundado en el artículo 149.1.14 CE e invocado por la disposición final primera del Real Decreto 424/2017, el Tribunal debe examinar si, en este caso, ha

sido ejercitado o no de forma ajustada al orden constitucional de distribución de competencias.

Al incidir la regulación estatal en una materia, la de las Haciendas locales, en la que también están presentes las competencias asumidas por las comunidades autónomas en virtud del artículo 149.1.18 CE, «solo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el artículo 1.1 L.H.L., esto es, el de la “Hacienda general” del artículo 149.1.14 C.E.» [STC 233/1999, FJ 4 b)]. A estos efectos, y conforme a una doctrina ya consolidada, la normativa estatal encuentra su fundamento en el artículo 149.1.14 CE, aunque incida en el ámbito de las Administraciones locales, cuando su objeto o finalidad principal sea la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o dictar medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las corporaciones locales; salvaguardar la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el artículo 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocida (SSTC 233/1999, FJ 4 b); 150/2012, de 5 de julio, FJ 4, a sensu contrario, y STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 3 b)); regular los derechos y obligaciones de contenido económico de las Administraciones públicas; proteger o preservar los recursos públicos que integran las Haciendas [SSTC 130/2013, FJ 5, 135/2013, FJ 3 c), y 41/2016, FJ 3 b)); o adoptar las medidas orientadas a la contención o control del gasto local (STC 41/2016, FJ 12).

El Tribunal debe examinar si la norma controvertida se ajusta a la doctrina expuesta, para lo que debe atenderse al carácter, sentido y finalidad del precepto impugnado, es decir, al contenido que le es propio (entre otras, STC 153/1989, de 5 de octubre, FJ 5). Con carácter general, según se expresa en su preámbulo, el Real Decreto 424/2017 tiene como fin, entre otros objetivos, «lograr un control económico-presupuestario más riguroso y reforzar el papel de la función interventora en las entidades locales»; de esta suerte, «se trata de un planteamiento basado en el interés general, que afecta a la totalidad del sector público local, y que pretende asegurar la gestión regular de los fondos públicos, el empleo eficiente de los mismos y la sostenibilidad financiera de las entidades locales». A tales efectos, la norma reglamentaria diseña un modelo de control que «respeta el principio de la autonomía local, en la medida en que se limita a establecer los estándares mínimos del régimen de control, por lo que corresponde a las distintas corporaciones adaptar a su realidad los distintos instrumentos que se

prevén, en función de los riesgos y de los medios disponibles»; pretende también «cubrir un vacío legal y hacer posible la aplicación generalizada de técnicas, como la auditoría en sus diversas vertientes, a las entidades locales en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del sector público». Desde esta perspectiva, pues, no parece ofrecer dudas que el Real Decreto 424/2017 tiene su fundamento en el artículo 149.1.14 CE.

Al mismo tiempo, sin embargo, el Real Decreto 424/2017 es, como resulta obvio, una norma reglamentaria que desarrolla los sistemas de control interno de las entidades del sector público local previstos en el artículo 213 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. No estamos, por tanto, ante una norma cuya función sea delimitar las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de Haciendas locales, ni más específicamente, en el ámbito del control financiero interno ni, más en general, establecer el sistema de fuentes o regular el orden jerárquico de las fuentes aplicables en la materia. En este marco, el controvertido artículo 1.2 se limita a establecer una referencia a determinadas normas que considera oportuno invocar, dentro del subsistema en que se dicta la norma reglamentaria, en la medida en que a ellas han de ajustarse las actuaciones de control interno llevadas a cabo por la entidades que integran el sector público local: a saber, el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el propio Real Decreto 424/2017, y las normas que en desarrollo de ambas disposiciones aprueben las entidades locales. De su tenor no se infiere que (i) esta referencia tenga carácter exhaustivo, pues no se trata de una exposición con el carácter de lista o enumeración cerrada o subdividida en apartados, sino de una simple remisión a determinadas normas; (ii) ni que establezca un orden de prelación entre sus miembros, pues no se hace referencia alguna a ello; (iii) ni que pretenda diferenciar por materias o sectores la normativa aplicable, pues no se hace mención alguna en este sentido.

La ausencia de estos factores determina que el supuesto ahora enjuiciado tenga diferente carácter del en su día examinado por este Tribunal en relación con el artículo 5 de la Ley reguladora de las bases de régimen local en la STC 214/1989 (FJ 5) y permite entender que el precepto controvertido no tiene otra finalidad que encuadrar la aplicación de una norma reglamentaria de desarrollo de una disposición legal de carácter estatal de forma análoga a lo que ocurre con frecuencia en normas de carácter reglamentario dictadas con fines de encuadramiento, integración o aclaración del conjunto de la disposición.

5. Apreciación del Tribunal. El artículo 1.2 del Real Decreto 424/2017, al establecer una referencia a determinadas fuentes aplicables al control interno de las entidades del sector público local, no pretende agotar el sistema de fuentes ni establecer una relación jerárquica entre ellas; sino que no hace otra cosa que cumplir con su función de desarrollo reglamentario de la normativa estatal precisando que este carácter no es obstáculo a la aplicación de las normas pertinentes cualquiera que sea su rango y el ámbito de su competencia. No impide que el Gobierno de Canarias pueda ejercer, en su caso, la función de tutela financiera de las entidades locales, limitada a la ejecución o aplicación de la regulación, cuya delimitación o concreción realiza el precepto objeto de controversia. Igualmente, tampoco impide a la Comunidad Autónoma ejercitar sus más genéricas competencias de desarrollo y ejecución en materia de régimen local.

Sentencia 70/2018, de 21 de junio, sobre el régimen del silencio administrativo aplicable a la licencia de actividad y a la declaración responsable en la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y supresión de cargas burocráticas.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y supresión de cargas burocráticas.

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

(...)

10. Efectuado el encuadre competencial, debemos evaluar si el artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, en la redacción dada por el apartado 12 del artículo 3 de la Ley 2/2017, vulnera las competencias del Estado en materia de procedimiento común al disponer que el silencio administrativo tenga eficacia desestimatoria, una vez expirado el plazo de seis meses de que dispone la Administración para resolver acerca de la concesión de la licencia de actividad. En este sentido, resulta evidente que, en principio, estamos ante dos reglas que establecen consecuencias jurídicas dispares sobre los efectos del silen-

cio administrativo, desestimatorio en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, y estimatorio en la Ley autonómica 4/2009.

Pero, más allá de la comprobación inicial de tal disparidad, hemos de determinar: (i) si tal y como alega el letrado del Gobierno de la Comunidad de Murcia, la diferencia en la regulación no entraña una contradicción normativa, en la medida en que ambas normas, estatal y autonómica, regularían, en su opinión, supuestos de hecho diferenciados; (ii) si, como también alega el letrado de la Comunidad Autónoma, en caso de existir una zona normativa secante, puede considerarse que la aparente contradicción normativa queda salvada por la cláusula final del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, conforme a la cual no pueden adquirirse por silencio facultades contrarias a la legislación sectorial.

(i) Considera, en primer lugar, el letrado del Gobierno de la Región de Murcia que la norma estatal realmente aplicable –o, al menos, la aplicable de modo preferente– es el párrafo primero del artículo 24.1 LPAC (que dispone que «[c]uando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general») y no la del párrafo segundo del mismo precepto, que es la invocada por los recurrentes y que impone el silencio desestimatorio, en relación con el «ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente». Y ello porque, según argumenta, «los recurrentes no han mostrado de ninguna manera que la aplicación de la regla de silencio desestimatorio procurará una mejora objetiva en la protección ambiental», razón imperiosa de interés general que es siempre exigida, de modo concreto, por la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, que fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Frente a esta alegación, ha de aclararse que la exigencia legal de que concurran razones imperiosas de interés general para establecer una regla de silencio desestimatorio, exigencia ahora contenida en el artículo 24.1, párrafo primero de la vigente LPAC y que estaba ya presente en la redacción dada por la Ley 25/2009 al artículo 43.1 de la anterior Ley 30/1992, puede presentar relevancia en un proceso de control de constitucionalidad de índole competencial cuando se detecte una contradicción normativa entre tal exigencia estatal, inserta en el ámbito del procedimiento común, y la previsión correlativa, en una disposición au-

tonómica, de una regla de silencio de signo desestimatorio en la que la razón imperiosa de interés general no haya sido debidamente explicitada. De hecho, en la STC 155/2016, de 22 de septiembre, tuvo este Tribunal la oportunidad de analizar un supuesto de este tipo, concluyendo en aquella ocasión que la norma autonómica entonces impugnada sí hacía «explícita la razón imperiosa de interés general que ha determinado la implantación del silencio negativo en los procedimientos regulados por la norma cuestionada, que no es otra que la necesidad de contención del gasto de personal en un escenario de severas restricciones presupuestarias» (FJ 6).

No obstante lo acabado de exponer, el caso que ahora se nos plantea no es en absoluto parangonable al que acaba de indicarse, pues es aquí la propia Ley estatal, en concreto la LPAC, la que, en relación con los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y tras fijar la eficacia estimatoria general del silencio administrativo en el párrafo primero de su artículo 24.1, dispone de inmediato, en el párrafo segundo del mismo precepto, que el silencio será negativo o desestimatorio en los procedimientos relativos al «ejercicio de actividades que pueden dañar el medio ambiente». Es, pues, el legislador estatal mismo el que, en el supuesto que nos corresponde examinar, ha decidido introducir una regla de silencio negativo o desestimatorio en un ámbito sectorial determinado, sin que sea tarea de este Tribunal determinar si, al establecer dicha regla procedimental, el legislador del Estado ha tenido debidamente en cuenta una «razón imperiosa de interés general», pues el examen de constitucionalidad derivado del artículo 149.1.18 CE ha de comprender exclusivamente el juicio de contraste entre la norma autonómica impugnada y la norma estatal de procedimiento común que le resulte aplicable, debiendo limitarnos, por ello, a determinar si, a la vista de su objeto normativo, la norma de procedimiento común aplicable al artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia es la del párrafo primero o la del párrafo segundo del artículo 24.1 LPAC.

Pues bien, siendo este el cometido que ahora nos incumbe, debe señalarse que la aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 24.1 LPAC no parece discutible a la vista del propio texto de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, que configura la licencia de actividad como un control preventivo para las «actividades que pueden dañar el medio ambiente», ámbito objetivo que coincide con el señalado por el precepto estatal de referencia. El artículo 59.2 de la Ley de protección ambiental integrada dispone, en efecto, que «quedan sometidas a licencia de actividad las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejer-

cicio de las actividades que aparecen relacionadas en el anexo I, por ser susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico». Es así que el artículo 24.1, párrafo segundo LPAC, como regla especial, establece un régimen normativo específico para el ámbito normativo en el que el precepto autonómico impugnado despliega sus efectos, razón por la cual ha de considerarse que es dicha norma estatal la que actúa como parámetro de referencia, desde la óptica competencial que es propia de la impugnación planteada por los recurrentes.

En suma, la regla de procedimiento común fijada por el Estado establece un régimen general de silencio desestimatorio para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se refieren al ejercicio de actividades susceptibles de dañar el medio ambiente, ámbito de aplicación que coincide, justamente, con el de la licencia de actividad, que, de acuerdo con la Ley autonómica 4/2009, es un instrumento general de control preventivo de actividades «susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente».

(ii) Alega, igualmente, el letrado del Gobierno de la Región de Murcia que la aparente incompatibilidad del artículo 24.1, párrafo segundo LPAC con el artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, queda salvada por la cláusula prevista en el párrafo segundo de esta última norma, según el cual «[e]l otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico o de la legislación sectorial aplicable». Considera el letrado de referencia que, con el juego de esta regla, se producen «los efectos propios del silencio negativo: es decir, los solos efectos de abrir la vía de recurso (art. 24.2 LPAC)». En su opinión, el artículo 64.3 de la citada Ley de protección ambiental integrada «no contiene una sino dos reglas de silencio administrativo», el silencio negativo para «todas las solicitudes que contravengan el planeamiento urbanístico o la legislación sectorial (ambiental, sanitaria, de seguridad, de patrimonio cultural) que resulte aplicable al ejercicio de la actividad solicitada (art. 64.3 párrafo segundo)» y el silencio positivo «solo para las solicitudes conformes con el planeamiento urbanístico y la legislación sectorial (art. 64.3 párrafo primero)». Se trataría, pues, de una «solución de equilibrio», que dejaría a salvo el artículo 24.1, párrafo segundo, LPAC.

En este punto, no desconoce este Tribunal la compleja polémica doctrinal, especialmente viva en el ámbito urbanístico, relativa al significado que puede tener una cláusula de salvaguarda de la legalidad como la

incluida en el párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia. De modo expreso, afirmamos, al respecto, en la STC 29/2015, de 19 de enero, que «la convivencia de la regla del silencio positivo del art. 43.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la citada regla básica estatal por entonces prevista en los arts. 242.6 del texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992, y 8.1 b) del texto refundido de la Ley de suelo de 2008 (y prevista hoy en el art. 9.7 de esta última Ley, luego de su modificación por la Ley 8/2013, de 26 de junio), ha suscitado no pocos problemas y ha sido fuente constante de pleitos ante los jueces y tribunales, según lo confirman por su parte las abundantes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictadas por ese motivo, antes y después incluso de la citada de 28 de enero de 2009».

No es tarea de este Tribunal inmiscuirse en la adecuada solución de tales problemas de legalidad ordinaria. Por ello, desde la prudencia con la que debemos aproximarnos a cualquier planteamiento de las partes que nos sitúe en dicho ámbito infraconstitucional, hemos de notar que, no siendo irrelevante cuál sea la interpretación que haya de darse a la cláusula del párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, la resolución de esta controversia competencial, en modo alguno, exige terciar en la polémica jurídica que existe en torno a la prohibición de la adquisición por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Dicho debate se proyecta, en efecto, sobre la actuación administrativa que resulte precisa una vez que, habiendo establecido la ley aplicable un efecto estimatorio al silencio, el plazo para resolver haya expirado. La solución de este problema gira en torno a dos opciones fundamentales: (i) o bien, la imperatividad de acudir al procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del acto presunto que habría sido obtenido por el solicitante; o bien, (ii) la consideración de que tal acto presunto no ha llegado a materializarse, justamente por efecto de la cláusula de salvaguarda que impide adquirir facultades contra legem, bastando, por ello, con que la Administración dicte un acto denegatorio expreso fuera de plazo.

Ninguna de estas opciones interpretativas implica, frente a lo que señala el letrado del Gobierno murciano, que el silencio administrativo estimatorio y el desestimatorio puedan ser completamente equiparados en la totalidad de sus consecuencias jurídicas, única situación que, a los efectos competenciales que son propios de la impugnación que nos

ocupa, podría hacer desaparecer la contradicción normativa planteada por los recurrentes.

En efecto, incluso si se asume la interpretación que excluye la existencia de un acto estimatorio presunto que haya de ser declarado nulo, no resulta jurídicamente defendible que una regla de procedimiento que asigna un efecto estimatorio del silencio (complementada por una prohibición de adquirir facultades contrarias al ordenamiento jurídico) sea completamente equivalente, en todos sus efectos jurídicos, al establecimiento directo de una regla procedimental de silencio negativo o desestimatorio. Ambos modelos de regulación pueden impedir que, una vez expirado el plazo para resolver, se consume la adquisición de facultades contrarias al ordenamiento jurídico (quedando, en consecuencia, la Administración eximida de acudir a procedimiento de revisión de oficio). Pero ambos modelos normativos no colocan al ciudadano afectado en la misma situación de hecho en el momento crucial en el que el plazo para resolver expira.

Con el silencio desestimatorio, el ciudadano sabe desde un primer momento que no puede comenzar la actividad correspondiente más que en régimen de clandestinidad, esto es, careciendo de toda autorización, de modo que solo puede combatir el efecto desestimatorio anudado a la expiración del plazo acudiendo a los tribunales. En el supuesto de la regla de silencio positivo –aun complementada por una regla que impida adquirir facultades contrarias al ordenamiento jurídico– el afectado puede tener, en principio, la confianza legítima en que su solicitud ha sido estimada, pudiendo obrar en consecuencia, de buena fe, sin que su actuación pueda reputarse contraria a la regla de procedimiento aplicable, por más que siga siendo materialmente contraria a la legislación sustantiva aplicable. Por ello, no es razonable entender, frente a lo que argumenta el letrado autonómico, que el único efecto de la expiración del plazo para resolver sea, incluso cuando la regla de procedimiento sea de silencio positivo, permitir al afectado acudir a los tribunales, pues si, en efecto, el solicitante acudiera en tal caso a los órganos del Poder Judicial invocando la regla del párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, él mismo estaría reconociendo, implícitamente, que su solicitud es contraria a la legislación aplicable, lo que resulta manifiestamente absurdo.

En realidad, solo cuando la Administración dicta, fuera de plazo y sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio, el acto expreso denegatorio de la solicitud, el ciudadano afectado se encuentra en la misma posición que determina, por sí sola y de forma directa, la regla

de silencio negativo o desestimatorio, pues únicamente, en ese momento, puede entender que su solicitud le ha sido denegada y que no tiene más alternativa que acudir a los tribunales, siendo esta una diferencia de régimen jurídico especialmente relevante, en un ámbito como el medioambiental, regido por el principio de precaución, en el que puede resultar esencial que la actividad que pueda llegar a provocar el daño prevenido no sea ni siquiera iniciada por el interesado.

Por todo ello, sin necesidad de determinar qué interpretación haya de darse, desde la óptica de la legalidad ordinaria, al párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, solo cabe concluir que, incluso admitiendo que tal precepto exima de acudir al procedimiento de revisión de oficio, habilitando a la Administración competente a dictar un acto expreso denegatorio fuera de plazo, tal circunstancia no hace desaparecer la contradicción normativa que, desde el punto de vista procedimental, se observa entre el artículo 24.1 párrafo segundo, LPAC y el artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada.

Existiendo, en definitiva, una disparidad regulativa en relación como el mismo supuesto de hecho, hemos de completar nuestro análisis determinando si la contradicción denunciada resulta insalvable. En este punto, ha de notarse que el artículo 24.1, párrafo segundo LPAC, impone una regla de procedimiento común, que ha sido establecida, con carácter general y sin vinculación a supuestos determinados, en un ámbito sectorial (medio ambiente), que no permite a las comunidades autónomas, sin desconocer la competencia estatal del artículo 149.1.18 CE, establecer una regla de silencio administrativo que, operando en dicho ámbito, venga a funcionar como regla general alternativa a la establecida por la legislación del Estado como norma común.

Además, ha de tenerse en cuenta que, como ya ha sido anticipado, la licencia de actividad viene regulada en la Ley autonómica 4/2009 como uno de los tres instrumentos generales de control preventivo ambiental. La «licencia de actividad» es, según señala el preámbulo de la propia Ley de protección ambiental integrada de Murcia, una de las «autorizaciones con fines ambientales que podemos llamar generales (autorización ambiental integrada, evaluación de impacto ambiental, licencia de actividad)», asignándole la citada Ley la naturaleza de instrumento de control preventivo de la incidencia ambiental de una actividad. Según señala el artículo 4.2, b) de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia «[p]ara el control de la incidencia ambiental de las actividades, corresponde a las entidades locales: ... b) el otorgamiento de la licencia

de actividad y el control de las actividades sujetas a declaración responsable». Más concretamente, el artículo 10 de la Ley de protección ambiental integrada (relativo a las autorizaciones con fines ambientales) dispone, en su apartado 1 c) que «[l]as instalaciones o actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley pueden estar sujetas a alguna o algunas de las siguientes autorizaciones con fines ambientales: c) licencia de actividad», especificando el apartado 3 que «[l]a licencia de actividad se otorga por los ayuntamientos y persigue fines ambientales, urbanísticos, sanitarios y de seguridad». El fin ambiental de la licencia de actividad es, según el artículo 11 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia «evitar que las actividades e instalaciones causen efectos significativos sobre el medio ambiente».

El régimen jurídico de la licencia de actividad y de la declaración responsable se contiene en el título III de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia. La significación medioambiental de la licencia de actividad queda establecida en el artículo 59 de la Ley de protección ambiental integrada, que, bajo la rúbrica «control preventivo de las actividades» y tras disponer en su apartado primero que «con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia de actividad», señala en su apartado segundo que «[n]o obstante, quedan sometidas a licencia de actividad las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de las actividades que aparecen relacionadas en el anexo I, por ser susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico». De este modo, la licencia de actividad solo se exige para el elenco de actividades recogidas en el anexo I de la Ley, a las que el propio texto legal asocia un posible efecto nocivo sobre determinados intereses sectoriales sujetos a especial protección, entre ellos el medio ambiente.

A la luz de estos preceptos, resulta evidente que la regla general de silencio que el artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia establece, al ir referida a una autorización que actúa como control preventivo general de actividades que pueden ser lesivas del medio ambiente, contraviene directamente la regla general de silencio negativo establecida en el artículo 24.1 párrafo segundo LPAC para los procedimientos que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente», pues se trata de una regla general alternativa que contradice la ya establecida en la norma de procedimiento administrativo común.

Con ello, hemos de concluir que el artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia incurre en vicio de inconstitucionalidad

por vulneración del artículo 149.1.18 CE, si bien hemos de precisar que dicha inconstitucionalidad: (i) solo afecta a un inciso determinado del precepto, (ii) solo debe dar lugar a la declaración parcial de nulidad de dicho inciso ya que este puede seguir desplegando efectos fuera del ámbito puramente medioambiental y esto supone que (iii) debe salvarse la constitucionalidad del párrafo segundo de dicho precepto. Así:

(i) No habiéndose controvertido el plazo de resolución de seis meses establecido en el artículo 64.3, párrafo primero de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, ha de declararse que dicho párrafo resulta inconstitucional, por vulneración del artículo 149.1.18 CE, solo en el inciso que dispone «transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud».

(ii) Este inciso es, además, nulo en relación con todas las actividades del anexo I de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, a excepción de las previstas en el apartado 4 («[l]as actividades que se desarrollen en inmuebles de interés cultural») y 5 («[l]os espectáculos públicos y actividades recreativas, cuando lo establezca su normativa específica» del citado anexo), ya que la licencia de actividad opera, en estos dos casos, como instrumento general de control preventivo no medioambiental, no quedando afectados por la norma general de procedimiento común prevista en el artículo 24.1, párrafo segundo, LPAC.

(iii) Debiendo estimarse que la regla de silencio positivo sigue siendo válida fuera de los casos de control preventivo ambiental, también puede conservar su vigencia, en el mismo ámbito, la regla del párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, según la cual la estimación por silencio de la solicitud no implica la adquisición de facultades contrarias a la legislación urbanística y sectorial.

11. Seguidamente, procede continuar con el análisis de las vulneraciones relativas al régimen de la declaración responsable. El encuadramiento competencial no ha de modificarse en este caso, pues seguimos moviéndonos en el terreno de la posible colisión de las normas dictadas por la Comunidad Autónoma, a los fines de simplificación y agilización administrativa en el ámbito de su competencia para la planificación económica dentro del sector medioambiental, con las normas de procedimiento administrativo común dictadas por el legislador estatal.

A este respecto, el preámbulo de la Ley 2/2017 señala que uno de los propósitos principales de la reforma que acomete la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, es «convertir la licencia de actividad en un requisito excepcional, dando paso a la regla general de la comu-

nicación previa o declaración responsable», a cuyo fin se «innova el ordenamiento regional con la necesaria regulación de la declaración responsable», que viene a sustituir, así, en un amplio espacio normativo, a la licencia de actividad, consiguiendo con ello que «el promotor de la actividad pueda comenzar a funcionar, bajo su responsabilidad, tan pronto realice la declaración responsable».

La sustitución de la técnica administrativa de control ex ante preexistente (licencia de actividad), por otra que permite iniciar la actividad correspondiente sin que medie acto administrativo resolutorio (declaración responsable), atestigua que esta concreta pieza de la reforma sigue obedeciendo al ejercicio, por parte del legislador autonómico, de la competencia prevista en el artículo 10.1.11 del Estatuto de Autonomía de la Región Murcia sobre «[p]lanificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional», todo ello dentro del sector medioambiental (art. 11.3 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia).

En lo que se refiere a la norma estatal invocada por los recurrentes (art. 69 LPAC), la vigente Ley 39/2015 regula la declaración responsable, en cuanto técnica general de intervención administrativa, sin determinar los supuestos de hecho en los que procede recurrir a la misma. Así, el propio artículo 21 LPAC, al regular la obligación de resolver, exceptúa genéricamente los procedimientos «relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable», por tratarse de procedimientos en los que se prescinde del control preventivo a través de un acto administrativo resolutorio. El artículo 69 LPAC procede, a su vez, a regular la declaración responsable, definiéndola como «el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» (apartado 1), asociándole, como nota distintiva, el efecto del «reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas» (apartado 3).

A la vista de esta regulación, de corte estrictamente procedimental, podemos decir que, aunque en otras ocasiones este Tribunal ha encuadrado la normas estatales que establecían la declaración responsable, como concreta técnica de intervención administrativa en un sector determinado, en el ejercicio de la competencia del Estado para la ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE), en cuanto que con ella se perseguía simplificar el régimen administrativo de control previo, facilitando la más ágil realización de una actividad económica en un ámbito concreto de actividad (STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 18). Y, pese a que también hemos señalado, en otras ocasiones, que puede establecerse dicha técnica de intervención como mecanismo para el aseguramiento de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de un derecho (art. 149.1.1 CE) –como, por ejemplo, el de libertad religiosa, en relación con la apertura de lugares de culto (STC 54/2017, de 11 de mayo)–, resulta que, en el caso del artículo 69 LPAC, al tratarse de una regulación general relativa a los contenidos mínimos y al régimen común de tramitación de cualquier tipo de declaración responsable, como pura técnica de intervención administrativa al margen del ámbito concreto en el que opere, estamos, nuevamente, ante el ejercicio por parte del Estado de su competencia para establecer el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).

12. Situándonos, por tanto, en el mismo marco competencial de referencia, hemos de analizar la compatibilidad con el orden constitucional del primero de los dos preceptos de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, que, en el ámbito del régimen de la declaración responsable y fruto de la reforma operada por la Ley 2/2017, los recurrentes consideran contrarios al artículo 149.1.18 CE. Se trata del artículo 70.3 de la Ley de protección ambiental integrada, que dispone:

«En la declaración responsable el interesado manifestará bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable para el ejercicio de la actividad que se dispone a iniciar; que posee la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante todo el periodo de tiempo que dure el ejercicio de la actividad».

Los recurrentes estiman que este precepto incurre en violación del aludido precepto constitucional, al vulnerar lo dispuesto en el artículo 69.1 LPAC, sobre el contenido de la declaración responsable. El primer párrafo de este precepto dispone:

«Se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que

cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio».

Este primer párrafo del artículo 69.1 LPAC no suscita ningún problema a los recurrentes, pues los requisitos de la actividad correspondiente, establecidos por la norma estatal son los mismos que los que se contienen en el artículo 70.3 LPAI. La declaración o manifestación que ha de hacer el interesado es la misma en uno y otro caso, pues, en ambas regulaciones, el interesado ha de manifestar que «cumple los requisitos establecidos en la normativa» («vigente», en el texto de la Ley de procedimiento administrativo, «aplicable» en el supuesto de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia). En el parecer de los recurrentes, la inconstitucionalidad derivaría del párrafo segundo del artículo 69.1 LPAC, que añade:

«Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable».

Para los recurrentes el artículo 70.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia sería inconstitucional por haber omitido esta obligación de incluir en la declaración responsable la referencia «clara, expresa y precisa» a los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad, o para su ejercicio. En lugar de exigir esa referencia circunstanciada, el texto normativo impugnado se limita a disponer que se haga una referencia genérica al cumplimiento de los requisitos. No estamos, según afirman los recurrentes, «ante una cuestión baladí», pues la expresión detallada de los requisitos que han de ser cumplidos está «vinculada a la necesidad de hacer un autocontrol y una asunción expresa de responsabilidad», fin normativo que no puede ser atendido a través de una declaración genérica de cumplimiento de los requisitos legales.

No obstante lo expuesto, basta contrastar el texto de las dos normas concurrentes para descartar que la contradicción denunciada exista como tal. En el plano semántico, cabe señalar incluso que la lectura del párrafo segundo del artículo 69.1 LPAC, que realizan los recurrentes es, en sí misma, discutible, pues estos deducen, sin más, que los «requisitos» que se mencionan en este párrafo segundo son «los establecidos en la normativa vigente» para la propia actividad, pero lo cierto es que,

del precepto, no se deriva necesariamente esta conclusión, pues puede también entenderse que esos requisitos, que han de estar recogidos de manera «expresa, clara y precisa», son los que el propio párrafo primero fija para la declaración responsable misma, en la que el interesado ha de declarar (de manera expresa, clara y precisa) que cumple con los requisitos de la actividad, que dispone de la documentación y que se compromete a mantener el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Aceptando, no obstante, que los requisitos a que se refiere el artículo 69.1, párrafo segundo LPAC sean, como afirman los actores, los de la actividad que quiere ejercerse, hemos de señalar que la omisión de una cláusula análoga a la que dispone ese segundo párrafo no implica, per se, una contradicción normativa. De hecho, si la dicción relativa a la declaración de cumplimiento de los requisitos de la actividad es idéntica en el párrafo primero del artículo 69.1 LPAC y en el texto del artículo 70.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia (pues en ambos el interesado manifiesta «que cumple con los requisitos establecidos en la normativa» «vigente» o «aplicable»), tan idóneo es el párrafo segundo del artículo 69.1 LPAC para complementar la primera de las dos normas (la estatal), como para efectuar el mismo complemento, en relación con la segunda (la autonómica). En otras palabras, si no hay incompatibilidad semántica entre el párrafo primero y el segundo del artículo 69.1 LPAC, tampoco la hay, dada la identidad de redacción, entre el párrafo segundo del artículo 69.1 LPAC y el artículo 70.3 de la Ley de protección ambiental integrada. En todo caso, el cumplimiento de los «requisitos establecidos en la norma aplicable» debe ser interpretado en el sentido de que no libera al solicitante de la exigencia establecida en la normativa básica de que tales requisitos «deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa» en la correspondiente declaración responsable.

Estas dos últimas normas pueden ser, pues, aplicadas de forma conjunta, en la interpretación que se considere más idónea desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, sin que se incurra en vulneración del artículo 69.1, párrafo segundo LPAC por el mero hecho de que se haya omitido, en la regulación de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, una cláusula similar. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado y la interpretación conforme a la Constitución así declarada será incorporada al fallo.

13. Afirman también los recurrentes que la redacción introducida por el artículo tercero, apartado 12, de la Ley 2/2017 al artículo 74.2 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia infringe el artículo

69.4 LPAC, en lo relativo a las consecuencias de la inexactitud, falsedad y omisión de datos o de la falta de documentación requerida. Se omite, en concreto, en la regulación autonómica impugnada, el requisito relativo a la falta de presentación de la documentación requerida, que en la norma estatal de contraste supone la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad.

En este punto, el artículo 69.4 LPAC dispone que «[l]a inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar». El artículo 74 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia señala, en cambio, que «[l]a falta de presentación de la declaración responsable de actividad, así como la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, determinará, previo trámite de audiencia, la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. Cuando se trate de defectos subsanables, en el trámite de audiencia se podrá requerir al interesado para que presente la declaración responsable o complete la documentación, sin perjuicio de las sanciones que procedan».

Estamos, nuevamente, según puede comprobarse con la lectura de los dos preceptos, ante la denuncia de una omisión, que, en este concreto supuesto, se retrotrae, en realidad, al propio párrafo primero del artículo 69.1 LPAC, en cuanto este dispone que, en la declaración responsable, el interesado ha de manifestar que «la pondrá [la documentación] a disposición de la Administración cuando le sea requerida». Es por ello que el artículo 69.4 LPAC sanciona «la no presentación ante la Administración competente de ... la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado».

En este caso, la diferencia normativa entre los dos textos es cierta e incontrovertible, pero estamos, nuevamente, ante una mera omisión que no determina, por sí misma, una contradicción insalvable en vía aplicativa.

Como señala el letrado de la Comunidad Autónoma, la omisión, en este caso, es, además, puramente parcial, pues el propio artículo 74 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia dispone en su apartado 2 que la Administración puede requerir al interesado para que «complete la documentación» en el trámite de subsanación, lo que implica que la documentación puede ser previamente exigida o requerida. Siendo necesario, en todo caso, un requerimiento de la autoridad competente para que la documentación sea aportada, es la propia Administración la que puede integrar la omisión normativa detectada, solicitando, al amparo del artículo 69.4 LPAC, en cuanto norma de procedimiento común, la documentación que estime pertinente «para acreditar el cumplimiento de lo declarado». El motivo debe, pues, correr la misma suerte que el anterior, debiendo desestimarse.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

Ejemplo:

JIMÉNEZ ASENSIO, R., «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

Ejemplo:

PAREJO ALFONSO, L., «Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorridas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126. 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



ÚLTIMO TWEET

[Síguenos en Twitter](#)

RT @eingerulaguna: Los ayuntamientos recibirán 5,97 millones para sufragar servicios básicos a través del Plan de Apoyo a Municipios... <https://t.co/4HNWv1e7mR>

[Inicio](#) [La Fundación](#) [Actividades](#) [Publicaciones](#) [Boletín](#) [Biblioteca Digital](#) [Actualidad](#) [Q](#)

El Cabildo de Tenerife destina 2 millones de euros para generar empleo entre colectivos de difícil inserción laboral

La Corporación insular ha recibido 23 propuestas de proyectos vinculados a la agricultura, el medioambiente, la industria y la construcción

ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN

24 octubre

NovaeGob 2018 - V Congreso Iberoamericano de Innovación Pública (Toledo, del 24 al 26 de octubre de 2018)

21 noviembre

Jornada sobre CONTRATACIÓN PÚBLICA (Ávila, 21 de noviembre de 2018)

[VER TODAS](#)

Últimas publicaciones:



30 junio 2018
Revista Democracia y Gobierno Local nº 41



29 junio 2018
Cuadernos de Derecho Local nº 47



28 junio 2018
Anuario de Derecho Municipal 2017

QDL48SUMARIO

I. Estudios

- 12 La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades · TOMÁS CANO CAMPOS
- 68 Preparación y adjudicación del contrato: algunas novedades destacables de la nueva Ley · ÍÑIGO SANZ RUBIALES
- 89 Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017) · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- 121 Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta · AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ
- 150 El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP · EDUARDO GAMERO CASADO
- 178 La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa · ISAAC MARTÍN DELGADO
- 221 Divisibilidad del objeto contractual y otras medidas legales de fomento de la participación de las pymes en la contratación pública · DOLORS CANALS AMETLLER
- 247 Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación · JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
- 265 El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público · JULIÁN GARRÁN DÍAZ
- 291 Especialidades de la contratación administrativa en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público · FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO

II. Informe

- 312 Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

III. Recensión

- 346 GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

IV. Jurisprudencia

- 356 Crónica de jurisprudencia (de 1 de junio a 30 de septiembre de 2018) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

