

Obxectivos e novidades salientables da Lei 9/2017 de contratos do sector público

Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público

Objectives and remarkable novelties of Spanish public procurement Law 9/2017



JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Dereito Administrativo

Universidade de Castela-A Mancha

Director da revista *Contratación Administrativa Práctica*

joseantonio.moreno@uclm.es

Recibido: 23/02/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O traballo analiza a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, cuxo principal obxectivo é a transposición ao dereito español da cuarta xeración de directivas da Unión Europea sobre contratación pública, así como a incorporación da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Outros obxectivos importantes que persegue a nova LCSP son a transparencia, o uso estratéxico e a busca dun novo sistema nacional de contratación pública. Entre as decisións de máis transcendencia da LCSP atópase a unificación do réxime contractual público coa supresión das instrucións internas de contratación para os poderes adjudicadores non administracións públicas, a ampliación do obxecto do recurso especial e a obrigatoriedade da plena utilización de medios electrónicos na contratación pública.

Palabras clave: Transparencia, contratación pública estratéxica, contratación pública electrónica, recurso especial, instrucións internas de contratación.

Resumen: El trabajo analiza la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cuyo principal objetivo es la transposición al derecho español de la cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratación pública, así como la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Otros objetivos importantes que persigue la nueva LCSP son la transparencia, el uso estratégico y la búsqueda de un nuevo sistema nacional de contratación pública. Entre las decisiones de más transcendencia de la LCSP se encuentra la unificación del régimen contractual público con la supresión de las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no administraciones públicas, la ampliación del objeto del recurso especial y la obligatoriedad de la plena utilización de medios electrónicos en la contratación pública.

Palabras clave: Transparencia, contratación pública estratégica, contratación pública electrónica, recurso especial, instrucciones internas de contratación.

Abstract: The paper analyzes Law 9/2017, of November 8, on contracts of the public sector, whose main objective is the transposition into Spanish law of the fourth generation of European Union directives on public procurement, as well as the incorporation of jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. Other important objectives

pursued by the new LCSP are transparency, strategic use and the search for a new national public procurement system. Among the most important decisions of the LCSP is the unification of the public contractual regime with the elimination of the internal contracting instructions for the contracting authorities, not public administrations, the extension of the object of the special appeal and the obligatory nature of the full use of means electronic in public procurement.

Key words: Transparency, strategic public procurement, electronic public procurement, special resource, internal contracting instructions.

Sumario: 1 A finalidade principal da LCSP 2017 é a incorporación das directivas da Unión Europea 23 e 24/2014. 2 Decisiva influencia do completo dereito da Unión Europea sobre contratación pública. 3 Outros obxectivos da LCSP 2017: transparencia, uso estratéxico e novo sistema de contratación pública. 4 Estrutura da LCSP 2017. 5 A transcendente supresión das instrucións internas de contratación para os poderes adjudicadores non administracións públicas. 6 Ampliación do obxecto do recurso especial pero falta de extensión a todos os contratos públicos. 7 Obrigatoriedade na LCSP 2017 da plena utilización de medios electrónicos na contratación pública.

1 A finalidade principal da LCSP 2017 é a incorporación das directivas da Unión Europea 23 e 24/2014

Mediante a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP 2017), incorpóranse ao ordenamento xurídico español a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE, e a Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adjudicación de contratos de concesión.

A transposición desta normativa europea prodúcese de forma moi tardía, xa que o prazo da transposición das novas normas de contratación pública para os Estados membros expirou o 18 de abril de 2016. Desde esa data, as directivas 2014/23 e 24 resultaron de aplicación en España en virtude da doutrina do efecto directo do dereito da Unión Europea¹.

Como desgraciadamente foi práctica habitual nos últimos anos, o Estado español volveu incumprir o dereito comunitario dos contratos públicos. E maior está a ser a violación das obrigas na materia polo que se refire á aínda pendente transposición ao ordenamento xurídico español da Directiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre procedementos de contratación nos denominados “sectores especiais”, isto é, auga, enerxía, transportes e servizos postais².

Pero é que ademais a disposición derradeira décimo sexta da nova LCSP considerou unha ampla *vacatio legis* de 4 meses, polo que a nova lei entrará en vigor o 9 de marzo de 2018. Só se exceptuaron desta previsión as normas sobre a nova gobernanza que recollen os

1 Véxase a Resolución do 16 de marzo de 2016, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, que publicou a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre o efecto directo das novas directivas comunitarias en materia de contratación pública; o documento de estudo dos tribunais administrativos de recursos en materia de contratación pública aprobado o 1 de marzo de 2016, co título “Os efectos xurídicos das directivas de contratación pública ante o vencemento do prazo de transposición sen nova lei de contratos do sector público”; o Informe 17/2015, do 3 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón sobre os “Efectos das directivas de contratación pública na regulación da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, tras a conclusión do prazo de transposición. Posibilidades de desenvolvemento”; e o Informe 1/2016, do 6 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya “Contidos da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, que teñen que ser de aplicación directa a partir do día 18 de abril de 2016, data en que finaliza o prazo para a súa transposición. Breve referencia á aplicación directa da Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adjudicación de contratos de concesión”.

2 O proxecto de Lei sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais atópase en tramitación parlamentaria. Este foi presentado o 25 de novembro de 2016, cualificado o 29 de novembro de 2016, e a Comisión competente para a súa tramitación é a de Facenda e Función Pública (o BOCG do Congreso dos Deputados n. A-3-1, do 2 de decembro de 2016, publicou o proxecto de lei, e as emendas ao articulado pódense consultar no BOCG n. A-3-2, do 13 de marzo de 2017).

artigos 328 a 334 da LCSP (coa regulación, entre outras novidades relevantes, da Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, do Comité de Cooperación en materia de contratación pública e da Estratexia Nacional de Contratación Pública), que traspoñen as obrigas do título IV da Directiva 2014/24 e que entraron en vigor ao día seguinte da publicación da lei no *Boletín Oficial del Estado*.

2 Decisiva influencia do completo dereito da Unión Europea sobre contratación pública

A exposición de motivos da LCSP 2017 comeza recoñecendo a súa dependencia respecto do dereito da Unión Europea, que estende moito máis alá da incorporación das directivas 23 e 24 de 2014, ao lembrar que:

“A exixencia da adaptación do noso dereito nacional a esta normativa deu lugar, nos últimos trinta anos, á maior parte das reformas que se foron facendo nos textos legais españois.

En concreto, a última Lei de contratos do sector público atopou a súa xustificación, entre outras razóns, na exixencia de incorporar ao noso ordenamento unha nova disposición comunitaria, como foi a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

Na actualidade, atopámonos ante un panorama legislativo marcado pola denominada «Estratexia Europa 2020», dentro da cal, a contratación pública desempeña un papel clave (...)”.

O dereito da Unión Europea tivo, desde a entrada de España nas Comunidades Europeas en 1986, unha influencia decisiva no desenvolvemento e evolución da normativa nacional sobre contratos públicos³, cuxa regulación foi estando maioritariamente integrada, nun proceso continuo de expansión, por disposicións que traspuñan as directivas comunitarias sobre contratos públicos⁴.

A adaptación do noso ordenamento interno ás directivas e á xurisprudencia comunitarias en materia de contratación pública constituíu a causa directa e inmediata da aprobación da norma que marcou un punto de inflexión no noso dereito da contratación, isto é, a Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (LCAP), que incorporou as directivas 92/50, 93/36 e 93/37/CEE sobre contratos de servizos, subministracións e de obras. O mesmo aconteceu coa norma que a substituíu, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (LCSP), que respondeu á obrigatoria incorporación ao ordenamento interno da Directiva 2004/18/CE.

A nova Lei de contratos do sector público de 2017 traspón ao ordenamento xurídico español as directivas 2014/23 e 24, pero tamén leva a cabo a incorporación da transcendente xurisprudencia do TXUE que marcou desde hai anos a ruta pola que se desenvolveu este hoxe completo *corpus iuris* europeo na materia.

3 Véxase MEILÁN GIL, J.L., “Un «meeting point» de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 198, 2015, pp. 43 e ss.

4 GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 39 e ss.

Recoñécese o apartado I da exposición de motivos da LCSP de 2017 ao sinalar de forma expresa que a norma recolle “diversos aspectos resaltados pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea relativa á contratación pública”.

Nos primeiros considerandos da Directiva 2014/24 tamén se insiste na vinculación da norma á “reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea relativa á contratación pública”, así como a obriga establecida polo TXUE de respecto dos principios do TFUE e, en particular, a libre circulación de mercadorías, a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos, así como os principios que derivan destes, tales como os de igualdade de trato, non discriminación, recoñecemento mutuo, proporcionalidade e transparencia.

A aprobación das novas directivas da Unión Europea enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sustentable e integrador⁵ e supón xa a cuarta xeración de normas comunitarias na materia⁶. Xunto ás citadas normas, cómpre resaltar tamén a aprobación polas institucións europeas da Directiva 2014/25, sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, os transportes, a enerxía e as telecomunicacións e a 2014/55/UE relativa á facturación electrónica na contratación pública.

Por primeira vez regúlanse en sede europea tanto as fases de preparación e adxudicación dos contratos públicos como as de execución e resolución destes⁷.

O obxectivo principal dos novos textos consiste, por unha banda, en simplificar, modernizar e mellorar a eficiencia das normas e os procedementos contractuais na Unión Europea⁸ e, por outra, en impulsar un uso estratéxico da contratación pública e propor que os compradores utilicen mellor a contratación pública, elemento clave das economías nacionais da UE⁹, en apoio de obxectivos sociais comúns como a protección do medio, unha maior eficiencia enerxética e no uso dos recursos, a loita contra o cambio climático, a promoción da innovación¹⁰, o emprego e a integración social e a prestación de servizos sociais de alta calidade nas mellores condicións posibles¹¹.

-
- 5 Documento da Comisión COM 2010, 2020.
Pode verse VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions”, *Ius Publicum*, Issue n. 1, 2007, pp. 1-50. (ISSN 2039 2540) <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=en&pag=fasciculo>
 - 6 Véxase GIMENO FELIÚ, J.M., “Novidades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de Estudios Locales*, n. 161, 2013, pp. 15 a 44; “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013, pp. 39 a 106; e MORENO MOLINA, J.A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), Bernal Blay, M.A. (coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 115 a 163.
 - 7 MORENO MOLINA, J.A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J., e RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, pp. 197 e ss.
 - 8 VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General”, Parisio, V., Aguado I Cudolá, V., e Noguera de la Muela, B. (coords.), *Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos*, Giappichelli, Turín; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 79 e ss.
 - 9 As autoridades públicas gastan cada ano aproximadamente unha quinta parte do PIB da UE na adquisición de obras, subministracións e servizos (Informe especial do Tribunal de Contas Europeo n. 17/2016, “As institucións da UE poden facer máis para facilitar o acceso á súa contratación pública”, Luxemburgo, 2016 -informe presentado conforme o artigo 287, apartado 4, parágrafo segundo, do TFUE).
 - 10 VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 349 e ss.; e “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 1, 2011, pp. 16 a 24.
 - 11 Véxase ALONSO GARCÍA, C., “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, n. 26, 2015, pp. 5 e ss., e PERNÁS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011, y “El uso estraté-

3 Outros obxectivos da LCSP 2017: transparencia, uso estratéxico e novo sistema de contratación pública

Máis alá da incorporación do novo dereito europeo, a LCSP 2017 pretende, en palabras da súa exposición de motivos, “deseñar e executar un novo sistema de contratación pública, máis eficiente, transparente e íntegro, mediante o cal se acade un mellor cumprimento dos obxectivos públicos, xa sinalados, tanto a través da satisfacción das necesidades dos órganos de contratación como mediante unha mellora das condicións dos operadores económicos, así como un mellor servizo para os usuarios dos servizos públicos”.

Tamén a Memoria da análise de impacto normativo do anteproxecto de Lei de contratos do sector público elaborada polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas subliña que, ademais da transposición do dereito europeo, o proxecto persegue elaborar “unha nova lei de contratos que poida acometer as reformas do vixente TRLCSP e que, desde a súa publicación, se volvan moi necesarias”¹².

Neste sentido, a nova norma persegue aclarar as normas vixentes, a prol dunha maior seguridade xurídica, e “trata de conseguir que se utilice a contratación pública como instrumento para pór en marcha as políticas tanto europeas como nacionais en materia social, ambiental, de innovación e desenvolvemento e promoción das pemes, e todo iso garantindo a eficiencia no gasto público e respectando os principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade”.

Aínda que estes obxectivos tamén proveñen do novo dereito da Unión Europea en materia de contratación pública, que formula unha visión estratéxica dos contratos¹³ e propón superar o tradicional enfoque burocrático na materia¹⁴, a vocación social e ambiental da lei española supera o alcance xurídico obrigatorio das normas europeas, como se desprende do esencial artigo 1.3 LCSP 2017.

Ademais diso, a LCSP 2017 recolle importantes previsións para impulsar a transparencia na contratación pública, desenvolvendo un papel clave neste sentido a Plataforma de Contratación do Sector Público regulada no artigo 347 e o perfil de contratante e as obrigas respecto a este que recolle o artigo 63 para garantir o acceso público á información e documentos relativos á actividade contractual dos órganos de contratación.

gico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323.

12 O Informe da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) PRO/CNMC/001/15, do 5 de febreiro de 2015, “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”, estima que a existencia de prácticas irregulares desde o punto de vista da competencia na contratación pública pode orixinar desviacións medias, á alza, do 25 % 10 do orzamento da contratación pública. En España, a nivel agregado, isto podería implicar ata un 4,6 % do PIB anual, aproximadamente 47.500 millóns de euros/ano (páxina 6 do informe citado).

13 Véxase GIMENO FELIÚ, J.M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), Bernal Blay, M.A. (coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 19.

14 GIMENO FELIÚ, J.M., *Informe Especial. Sistema de control de la contratación pública en España*, Observatorio de Contratación Pública, 2015, pp. 3 e ss., http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBPC_RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7, data de consulta: 3 de febreiro de 2017.

4 Estrutura da LCSP 2017

A LCSP 2017 ten 347 artigos e 53 disposicións adicionais, fronte aos 334 artigos e 34 disposicións adicionais do TRLCSP e fronte aos 94 artigos da Directiva 2014/24 e os 55 artigos da Directiva 2014/23, o que nos indica a desproporcionada extensión da nosa lei en relación coa normativa europea que traspón. E é que o lexislador nacional quixo sempre, desde a incorporación en España das primeiras directivas comunitarias sobre contratación pública, manter a tradición regulatoria nacional na materia ao traspor o dereito da Unión Europea, o que foi complicando cada vez máis a normativa e a práctica e xestión administrativa neste sector, en detrimento da seguridade xurídica e do obxectivo de simplificación que o propio lexislador en todas as reformas formula.

Pero é que ademais a LCSP 2017 inclúe 5 disposicións transitorias, 1 derogatoria, 16 derradeiras e 6 anexos (polos 15 anexos da Directiva 2014/24 e os 11 anexos da Directiva 2014/23).

En canto á súa sistemática, apóiase na do TRLCSP, pero introduce novidades significativas, como a de dedicar un libro específico aos contratos de poderes adjudicadores non administracións públicas e outros entes do sector público.

A nova lei estrutúrase nun título preliminar dedicado a recoller as disposicións xerais nesta materia e catro libros sucesivos, relativos á configuración xeral da contratación do sector público e os elementos estruturais dos contratos (libro I), a preparación dos contratos administrativos, a selección do contratista e a adjudicación destes contratos, así como os efectos, cumprimento e extinción destes contratos (libro II), os contratos doutros entes do sector público (libro III), e, por último, a organización administrativa para a xestión da contratación (libro IV).

En canto ás disposicións adicionais, continúan regulando cuestións transcendentales que deberían ter pasado ao articulado da LCSP 2017, como as normas aplicables á contratación das entidades locais (adicionais segunda e terceira); o cómputo de prazos (adicional duodécima); a decisiva, tanto para as directivas 2014/23 e 24 como para a nova lexislación española, utilización de medios electrónicos na contratación pública (adicionais décimo quinta, décimo sexta e décimo sétima); adjudicación de contratos de concesión de obras e de concesión de servizos a sociedades de economía mixta (adicional vixésimo segunda); protección de datos de carácter persoal (adicional vixésimo quinta); réxime dos órganos competentes para resolver os recursos da Administración xeral do Estado e entidades contratantes adscritas a ela (adicional vixésimo novena); obriga de presentación de facturas nun rexistro administrativo e identificación de órganos (adicional trixésimo segunda); réxime de contratación dos órganos constitucionais do Estado e dos órganos lexislativos e de control autonómicos (adicional cuadraxésimo cuarta); principios aplicables aos contratos de concesión de servizos do anexo IV e aos contratos de servizos de carácter social, sanitario ou educativo do anexo IV e reserva de certos contratos de servizos sociais, culturais e de saúde a determinadas organizacións (adicionais cuadraxésimo sétima e cuadraxésimo oitava); e pagamentos directos aos subcontratistas (adicional quincuaxésimo primeira).

5 A transcendente supresión das instrucións internas de contratación para os poderes adxudicadores non administracións públicas

Unha das novidades da LCSP de 2017 é o seu libro III, que se reserva aos contratos de poderes adxudicadores non administracións públicas e outros entes do sector público, e comprende os preceptos que no TRLCSP se atopaban principalmente no título II (Preparación doutros contratos) do libro II e no capítulo II (Adxudicación doutros contratos do sector público) do título I (Adxudicación dos contratos) do libro III.

Respecto destes poderes adxudicadores, a principal achega do anteproxecto de lei de contratos era a supresión das instrucións internas de contratación e a súa suxeición ao réxime xurídico común dos contratos públicos; non obstante, o proxecto de LCSP que finalmente o Goberno presentou nas Cortes Xerais recuperaba as instrucións internas¹⁵.

Cómpre lembrar que a LCSP de 2007 estableceu no seu artigo 175 (artigo 191 do TRLCSP) que, para a adxudicación dos contratos que non estean suxeitos a regulación harmonizada, os poderes adxudicadores non administracións públicas e as restantes entidades do sector público poderían aprobar, como así fixeron xeneralizadamente, unhas instrucións internas de contratación. A lei prevía unicamente que as instrucións serán de obrigado cumprimento no ámbito interno das entidades ou organismos e que nelas se regularán os procedementos de contratación de xeito que o contrato sexa adxudicado a quen presente a oferta economicamente máis vantaxosa e quede garantida a efectividade dos principios de publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación.

As instrucións internas de contratación afectaron á mesma liña de flotación da lexislación de contratos públicos e permitíronlles a todos estes entes públicos, de enorme relevancia na actualidade na nosa organización administrativa –tanto no eido estatal e autonómico como no local–, introducir especialidades procedementais e regras propias para a súa contratación que dificultan o acceso xeral dos licitadores¹⁶.

Coas instrucións, a libre concorrencia e a igualdade de acceso ás licitacións víronse moi afectadas; e todo iso malia a vixencia deses principios para a contratación de todos os entes instrumentais ex artigo 1 LCSP.

Por iso, a supresión no curso da tramitación do proxecto de LCSP no Congreso permitirá a imprescindible unificación do réxime xurídico da contratación pública no dereito español, como exige o ordenamento xurídico europeo¹⁷.

O Informe 2/2018, do 17 de xaneiro, da Avogacía Xeral do Estado é contundente ao sinalar que:

15 A remisión do proxecto de nova Lei de contratos do sector público ás Cortes foi aprobada polo Consello de Ministros do 25 de novembro de 2016 e o Proxecto publicouse no BOCG n. A-2-1, do 2 de decembro de 2016.

16 GIMENO FELIÚ, J.M., advertiu xa á entrada en vigor da LCSP de 2007 do perigo desta deslegalización procedemental “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 176, 2008, p. 49).

17 GIMENO FELIÚ, J.M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017, p. 197.

“(…) é clara a vontade do lexislador de suprimir, coa LCSP, as instrucións internas de contratación previstas no artigo 191.b) do TRLCSP para a contratación non harmonizada dos poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública, tal como se desprende do artigo 318.b da LCSP e como, con toda rotundidade, declara o preámbulo da dita lei («No libro III recóllese a regulación dos contratos de poderes adxudicadores non Administración pública, onde a principal novidade é a supresión das instrucións de contratación...»). «En efecto, como se dixo antes, suprímense para os contratos non suxeitos a regulación harmonizada as instrucións no caso dos poderes adxudicadores non administracións públicas, debendo adxudicar estes contratos polos mesmos procedementos establecidos para as ditas Administracións...»”.

Coa LCSP 2017, as instrucións internas dos poderes adxudicadores non administracións públicas só poderán ter unha función *ad intra* para regular os aspectos organizativos da contratación.

Neste sentido hai que entender a alusión da disposición transitoria quinta LCSP 2017 ás instrucións internas de contratación:

“Os entes a que se refire o título terceiro deberán adaptar as súas instrucións internas de contratación ao establecido nos artigos 318 e 321 no prazo máximo de catro meses desde a entrada en vigor desta lei. Ata entón, seguirán contratando de conformidade coas súas instrucións vixentes, sempre que non contradigan o establecido nos citados artigos”.

Dos artigos 317 e 318 da LCSP 2017 despréndese con claridade a vontade do lexislador de aproximar ao máximo a contratación dos poderes adxudicadores non administracións públicas ao réxime de contratación propio destas, o que se traduce na aplicación das regras da LCSP para os contratos destas entidades non suxeitos a regulación harmonizada, polo que deberán adxudicalos polos mesmos procedementos establecidos para as ditas administracións públicas, o que tamén inclúe os contratos menores.

Como conclúe o citado informe da Avogacía do Estado, malia que o artigo 318.a) LCSP 2017 non emprega o termo “contratos menores”, e tampouco contén unha remisión expresa aos artigos 118 e 131.3, que son os que conteñen a regulación xeral deses contratos menores, “apréciase fundamento xurídico para concluír que a mención concreta do artigo 318.a) aos contratos de valor estimado inferior a 40.000, no caso de contratos de obras, concesións de obras e concesións de servizos, e a 15.000 euros, en caso de contratos de servizos e de subministracións (importes plenamente coincidentes cos previstos para os contratos menores no artigo 118.1 da LCSP), unida á previsión de que estes «poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato» (expresión idéntica á empregada polo lexislador no artigo 131.3 da LCSP para aludir aos contratos menores), non é unha mera casualidade ou coincidencia, senón unha decisión deliberada do lexislador, que está a configurar un suposto conceptualmente coincidente cos contratos menores”.

6 Ampliación do obxecto do recurso especial pero falta de extensión a todos os contratos públicos

Outro aspecto crítico e que non cumpre coas exigencias do dereito europeo é a falta de extensión do recurso especial a todos os contratos públicos¹⁸.

Aínda que a LCSP de 2017 amplía os actos recorribles ao baixar os limiares que o TRLCSP fixaba por referencia aos dos contratos suxeitos a regulación harmonizada, a nova normativa queda curta ao seguir deixando fóra do recurso especial unha boa parte da contratación pública.

O artigo 44 da nova LCSP considera susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos e decisións cando se refiran aos seguintes contratos que pretendan concertar as administracións públicas ou as restantes entidades que teñan a condición de poderes adxudicadores:

“a) Contratos de obras cuxo valor estimado sexa superior a tres millóns de euros, e de subministración e servizos, que teña un valor considerado superior a cen mil euros.

b) Acordos marco e sistemas dinámicos de adquisición que teñan por obxecto a celebración dalgún dos contratos tipificados na letra anterior, así como os contratos baseados en calquera deles.

c) Concesións de obras ou de servizos cuxo valor estimado supere os tres millóns de euros”.

A distinción entre os mecanismos de control en razón da contía xera inseguridade xurídica e de ningún xeito garante o cumprimento das exigencias das directivas europeas de rapidez e eficacia en materia de recursos relacionados co control dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos. A garantía da eficacia na resolución das incidencias xurdidas nos procedementos de adxudicación dos contratos públicos resulta exixible a calquera tipo de contrato, estea ou non suxeito a regulación harmonizada, e calquera que sexa a súa contía.

Como sinalou o TXUE no asunto Alcatel (asunto C-81/98, STXUE do 28 de outubro de 1999), cando sexa dubidoso que o órgano xurisdiccional nacional lles poida recoñecer aos xustizables un dereito a recorrer en vía xurisdiccional en materia de adxudicación de contratos públicos nas condicións enunciadas na Directiva 89/665, en particular no seu artigo 2, apartado 1, letras a) e b), debe recordarse que, se as disposicións nacionais non poden ser interpretadas conforme a Directiva 89/665, os interesados poden solicitar, segundo os procedementos apropiados do dereito nacional, a reparación dos prexuízos sufridos a causa da non adaptación do dereito nacional á directiva dentro do prazo sinalado¹⁹.

18 Pode verse GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 312, e RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública”, Allí Aranguren, J.C. (dir.), *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pp. 734 e ss.

19 Véxase, en particular, a Sentenza do 8 de outubro de 1996, Dillenkofer e outros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845.

A limitación do ámbito de aplicación do recurso especial aos contratos suxeitos a regulación harmonizada (SARH) xa foi criticada polo Consello de Estado no seu Ditame 514/2006, do 25 de maio, sobre o anteproxecto de LCSP, para o cal:

“Esta distinción entre os mecanismos de control dun e outro tipo de contratos non está suficientemente xustificada e podería xerar certo nivel de inseguridade xurídica, polo que debería considerarse a súa extensión a todos os contratos. A finalidade que se persegue co novo recurso e o sistema especial de medidas preventivas é, en último termo, garantir que o control do procedemento de adxudicación sexa rápido e eficaz, de xeito que as incidencias que poidan formularse se tramiten e resolvan antes de adoptarse a decisión de adxudicación. Esa conveniencia de rapidez e eficacia na resolución das incidencias do procedemento de adxudicación resulta extensible a calquera tipo de contrato, estea ou non suxeito a regulación harmonizada”.

Na mesma idea insistiu o Consello de Estado no seu Ditame 499/2010, sobre o anteproxecto de Lei de modificación da LCSP, a LCSE e a LXCA e no seu Ditame 1116/2015, sobre o anteproxecto de LCSP.

Hai que ter en conta que en todo caso nos procedementos de adxudicación de contratos públicos son aplicables os principios da contratación, como sinalou unha reiterada xurisprudencia do TXUE²⁰ e a Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

Nos contratos cuxa contía sexa inferior aos limiares de aplicación das directivas sobre contratación pública, a xurisprudencia do TXUE insistiu en que as persoas teñen dereito a unha protección xudicial efectiva dos dereitos que lles confire o ordenamento xurídico comunitario²¹. O dereito a esta protección constitúe un dos principios xerais de dereito derivados das tradicións constitucionais comúns aos Estados membros.

De forma moi ilustrativa, a comentada comunicación da Comisión sinala no seu apartado 2.3.3 que:

“A prol do cumprimento desta exigencia de protección xudicial efectiva, cómpre que polo menos as decisións que prexudiquen unha persoa que estea ou estivese interesada en obter un contrato, como, por exemplo, a decisión de descartar un candidato ou licitador, poidan ser obxecto de recurso pola posible contravención das normas fundamentais derivadas do dereito primario comunitario.

Para que se poida exercer de xeito efectivo este dereito a recurso, as entidades adxudicadoras deberán dar a coñecer os motivos das decisións contra as que se poida recorrer, ben na propia decisión ou ben logo de petición tras comunicación de decisión.

De conformidade coa xurisprudencia relativa á protección xudicial, os recursos dispoñibles non poderán ser menos eficaces que os aplicables a reclamacións similares fundadas no dereito

20 Véxanse, por todos, os asuntos C-324/98, Telaustria [2000] REC I-10745, considerando 62; C -231/03 Coname, sentenza do 21.7.2005, considerandos 16 a 19 e C -458/ 03, Parking Brixen, sentenza do 13.10.2005, considerando 49.

21 Véxase o asunto C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores [2002] RTX I-6677, considerando 39.

nacional (principio de equivalencia), e, na práctica, non deberán imposibilitar ou dificultar excesivamente a obtención da protección xudicial (principio de eficacia)”.

Como razoou GIMENO FELIÚ²², pretender a existencia de controis eficaces para os contratos de limiar comunitario en exclusiva supón un evidente incumprimento do principio comunitario de equivalencia.

Por outra banda, en relación coa planta de tribunais de recursos, o apartado 4 do artigo 46 da LCSP de 2017 recolle unha previsión que pode afectar ao correcto funcionamento de todo o sistema de control establecido no ordenamento xurídico español. A norma admite que: “En todo caso, os concellos dos municipios de gran poboación a que se refire o artigo 121 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e as deputacións provinciais, poderán crear un órgano especializado e funcionalmente independente que posuirá a competencia para resolver os recursos. A súa constitución e funcionamento e os requisitos que deben reunir os seus membros, o seu nomeamento, remoción e a duración do seu mandato rexeranse polo que estableza a lexislación autonómica, ou, no seu defecto, polo establecido no artigo 45 desta lei. O pleno da corporación será o competente para acordar a súa creación e nomear e remover os seus membros. O resto dos concellos poderán atribuír a competencia para resolver o recurso ao órgano creado pola deputación da provincia á cal pertencen”.

A independencia e imparcialidade que caracterizaron desde a súa creación en España os tribunais administrativos estatal e autonómicos de resolución do recurso especial en materia de contratación, e a positiva experiencia de funcionamento e coordinación destes que deu lugar á creación dun corpo de doutrina moi notable²³, poden verse minguados se se estende a creación destes tribunais locais como permite a LCSP de 2017, o que podería afectar á seguridade xurídica²⁴.

Hai que recordar que a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Gran Sala) do 6 de outubro de 2015, no asunto C-203/14, ao resolver unha petición de decisión prexudicial formulada, en virtude do artigo 267 TFUE, polo Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público, se pronunciou na súa decisión sobre se este ten o carácter de “órgano xurisdiccional”²⁵.

A cuestión prexudicial foi exposta no contexto dun litixio entre o Consorci Sanitari del Maresme e a Corporació de Salut del Maresme i la Selva no cal se cuestionaba unha resolución pola que se lle denegou ao Consorci a autorización para participar nun procedemento de licitación para a adxudicación de servizos de resonancia magnética destinados aos centros de atención médica xestionados pola Corporació. O obxecto da petición de decisión prexudicial

22 *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, cit., p. 313.

23 VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración”, López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, pp. 233 e ss.; e DÍAZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 119 e ss.

24 GIMENO FELIÚ, J.M., advirte que a proliferación de tribunais administrativos locais pode quebrar a esencia do modelo, xerar distorsión de criterios e impedir un verdadeiro control eficaz e con *autoritas* (“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”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2017, data de consulta: 18 de xullo de 2017).

25 Realiza un completo comentario da sentenza DÍEZ SASTRE, S., “¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?”, <http://cija-uam.org/autor/silvia/>, data de consulta: 2 de marzo de 2017.

era a interpretación dos artigos 1, apartado 8, e 52 da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

Trátase dunha cuestión que para a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza depende unicamente do dereito da Unión e para a valoración da cal o TXUE ten en conta un conxunto de circunstancias como son a orixe legal do órgano, a súa permanencia, o carácter obrigatorio da súa xurisdición, o carácter contraditorio do procedemento, a aplicación por parte do órgano de normas xurídicas e a súa independencia²⁶.

Na súa Sentenza do 6 de outubro de 2015, o TXUE pon de relevo que, malia que o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público se considere en dereito español un órgano administrativo, tal feito non resulta, en si, decisivo para os efectos desta apreciación. En primeiro termo, polo que respecta aos criterios referentes á orixe legal do órgano, á súa permanencia, ao carácter contraditorio do procedemento e á aplicación por parte do órgano de normas xurídicas, entende o Tribunal de Xustiza que non hai dato ningún que permita pór en dúbida o carácter de órgano xurisdiccional do Tribunal Catalán, no sentido do artigo 267 TFUE.

Polo que se refire ao criterio da independencia, despréndese dos autos en poder do Tribunal de Xustiza que o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público ten a condición de terceiro con respecto á autoridade que adoptou a decisión obxecto de recurso no litixio principal (véxanse as sentenzas Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, e Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 49). Neste contexto, considera o TXUE que é evidente que o dito tribunal exerce as súas funcións con plena autonomía, sen estar sometido a ningún vínculo xerárquico ou de subordinación respecto a terceiros e sen recibir ordes nin instrucións de orixe ningunha, estando así protexido de inxerencias ou presións externas que poidan facer perigar a independencia de xuízo dos seus membros²⁷.

Resulta pacífico para o TXUE, ademais, que o dito tribunal exerce as súas funcións con total respecto da obxectividade e da imparcialidade fronte ás partes en litixio e aos seus respectivos intereses en relación co obxecto do litixio. Por outra banda, conforme o artigo 8, apartado 4, do Decreto 221/2013 da Generalitat de Cataluña, os membros dese órgano son inamovibles, e só poden ser destituídos por algunha das causas expresamente enumeradas nesa disposición²⁸. Polo tanto, o órgano remitente cumpre o criterio de independencia.

Por último, cabe cuestionar tamén da regulación da LCSP de 2017 respecto ao recurso especial o feito de que o configure cun carácter potestativo fronte ao recurso contencioso-administrativo (apartado 7 do artigo 44). Así, quen interpón un recurso en materia de contratación pode optar entre o recurso especial ante o tribunal administrativo e o recurso contencioso-administrativo, coa inseguridade xurídica que iso pode ocasionar se distintos licitadores participantes nun mesmo procedemento optan por presentar recursos en vías diferentes.

26 Véxanse as sentenzas do TXUE Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, e *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, EU:C:2009:767, apartado 35 e a xurisprudencia alí citada.

27 Sentenza *Torresi*, C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, apartado 22.

28 Véxanse as sentenzas *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, apartados 52 e 53, e *TDC*, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 e 32.

Aínda que na práctica, e como o Goberno español precisou no proceso xudicial ante o TXUE no citado asunto C-203/14, os licitadores nos procedementos de adxudicación de contratos públicos non recorren polo xeral á posibilidade de interpor directamente recurso contencioso-administrativo sen ter presentado previamente ante os tribunais administrativos un recurso especial, polo que os tribunais contencioso-administrativos interveñen, como regra xeral, como segunda instancia, a opción existe e podería terse eliminado establecendo o carácter obrigatorio do recurso.

7 Obrigatoriedade na LCSP 2017 da plena utilización de medios electrónicos na contratación pública

Unha das grandes novidades da LCSP 2017, malia que pouco destacada na tramitación da norma²⁹, son as obrigas relacionadas coa implantación da contratación electrónica que establece para as administracións públicas e os poderes adxudicadores.

A exposición de motivos da nova LCSP chama a atención sobre “a decidida aposta que o novo texto legal realiza en favor da contratación electrónica, establecéndoa como obrigatoria nos termos sinalados nel, desde a súa entrada en vigor, anticipándose, polo tanto, aos prazos previstos a nivel comunitario”.

En efecto, decidiu a LCSP 2017 adiantar algún dos prazos que ao respecto establecen as directivas de contratación pública e que chegaban ata o 18 de outubro de 2018³⁰. Agora ben, tamén cómpre ter en conta que o Estado español incumprixa xa outros prazos fixados polas directivas de 2014 para diversas obrigas relacionadas coa implantación de medios electrónicos, como eran os do 18 de abril de 2016 e do 18 de abril de 2017.

Como unha das súas novidades máis importantes fronte á regulación europea anterior (e a debilidade da Directiva 2004/18 na implantación de medios electrónicos na contratación pública), a Directiva 2014/24/UE obriga todos os Estados e administracións da Unión Europea a utilizar estes medios electrónicos desde a entrada en vigor desta, que se produciu o 18 de abril de 2016.

Dispón, neste sentido, o artigo 23.1 da norma comunitaria que os Estados membros garantirán que todas as comunicacións e todos os intercambios de información se leven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, e, en particular, a presentación electrónica de ofertas e solicitudes.

Desta forma, cando o artigo 90 da directiva fixa o prazo de adaptación da lexislación dos Estados membros ás normas da nova directiva, establece un prazo máximo de 24 meses, que non obstante permite ampliar ata os 54 meses para as comunicacións electrónicas entre licitadores e poderes adxudicadores.

Agora ben, o uso de medios electrónicos será obrigatorio no prazo xeral de 24 meses de entrada en vigor da directiva en relación co establecido nos artigos 34 (referido aos sistemas

29 Unha mostra ao respecto son as escasas referencias á contratación pública electrónica no por outra parte tan extenso ditame do Consello de Estado n. 1.116/2015, do 10 de marzo de 2016, sobre o anteproxecto de nova Lei de contratos do sector público.

30 Pode verse PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 137, 2015, pp. 20 e ss.

dinámicos de adquisición), 35 (poxas electrónicas), 36 (catálogos electrónicos), 37.3 (comunicacións electrónicas nos procedementos de contratación dirixidos por unha central de compras³¹), 51 (envíos dos anuncios á Comisión) e 53 (dispoñibilidade electrónica da documentación da contratación).

O novo Comité de Cooperación en materia de contratación pública, que crea o artigo 329 LCSP 2017 no seo da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, será o encargado de coordinar o impulso da contratación electrónica no ámbito do sector público e de promover o cumprimento dos mandatos e obxectivos das directivas comunitarias na materia.

Neste sentido, entre as súas seccións, que se encargarán da preparación dos asuntos para a súa toma en consideración polo pleno, haberá unha sección de contratación pública electrónica, encargada de executar as competencias do Comité de Cooperación nesta materia e da supervisión do funcionamento da Plataforma de Contratación do Sector Público³².

Támén a Estratexia Nacional de Contratación Pública³³ terá entre os seus obxectivos xeneralizar o uso da contratación electrónica en todas as fases do procedemento (letra d) do apartado 2 do artigo 334 LCSP 2017).

O artigo 54 da LCSP 2017 obriga a realizar por medios electrónicos as comunicacións e o intercambio de documentación entre os órganos competentes para a resolución dos recursos, os órganos de contratación e os interesados no procedemento.

A presentación de proposicións ou a recepción da documentación en formato electrónico necesaria para a presentación destas en calquera procedemento non poderá supor a existencia de cantidade ningunha aos licitadores, como establece o apartado 4 do artigo 136 LCSP 2017.

Os órganos de contratación ofrecerán acceso aos pregos e demais documentación complementaria por medios electrónicos a través do perfil de contratante, acceso que será libre,

31 No entanto, a aplicación do artigo 22.1 para centrais de compras conforme o disposto no artigo 35.4 pode ser postergado polos Estados membros ata 36 meses despois da entrada en vigor da directiva.

32 O apartado 5 do artigo 329 da LCSP prevé que cada unha das seccións estará integrada por representantes da Administración xeral do Estado, das comunidades e cidades autónomas e, cando proceda, das organizacións representativas das entidades locais nos seguintes termos:

"a) Por parte da Administración xeral do Estado, os vogais que formen parte do pleno do comité en representación da Oficina de Regulación e Supervisión da Contratación, da Intervención Xeral da Administración do Estado e da Avogacía Xeral do Estado; e titular do órgano de apoio técnico da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado ao cal correspondan as materias referidas no apartado 4 do artigo 328, nas seccións que non presida; así como o secretario da indicada xunta consultiva, que exercerá a secretaría da sección, que contará con voz e voto nesta.

b) Por parte das comunidades autónomas, tres representantes designados rotatoriamente por períodos dun ano, en función da súa orde de creación.

c) Ademais dos indicados nas letras a) e b) anteriores, o representante da asociación ou federación de entidades locais con maior implantación, designado por esta, que forme parte do pleno, formará parte, á súa vez, das seguintes seccións: sección relativa á supervisión da contratación pública, sección relativa á información cuantitativa e estatística, e sección de contratación pública electrónica.

d) No caso da sección de contratación pública electrónica, ademais dos indicados nas letras a), b) e c) anteriores, incorporaranse como vogais un representante do Ministerio de Enerxía, Turismo e Axenda Dixital e un representante do Ministerio da Presidencia e para as Administracións Territoriais".

33 A Estratexia Nacional de Contratación Pública é o instrumento xurídico vinculante, aprobado pola Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, que se baseará, cun horizonte temporal de 4 anos, na análise de actuacións de contratación realizadas por todo o sector público, incluíndo todos os poderes adjudicadores e entidades adjudicadoras comprendidas no sector público estatal, autonómico ou local, así como as doutros entes, organismos e entidades pertencentes a estes que non teñan a natureza de poderes adjudicadores (apartado 1 do artigo 334 LCSP 2017).

directo, completo e gratuíto, e que deberá poder efectuarse desde a data da publicación do anuncio de licitación ou, se é o caso, do envío do invitación aos candidatos seleccionados³⁴.

De acordo coa disposición adicional 15 LCSP 2017, as notificacións a que se refire a lei poderanse realizar mediante enderezo electrónico habilitado ou mediante comparecencia electrónica.

Os prazos contabilizaranse a partir da respectiva notificación, e no suposto de realizarse mediante comparecencia electrónica computaranse desde a data de envío desta ou desde o aviso de notificación.

A Plataforma de Contratación do Sector Público permitirá a difusión a través de Internet dos perfís de contratante de todos os órganos de contratación do sector público. O acceso dos interesados á Plataforma de Contratación do Sector Público efectuarase a través dun portal único.

Os perfís de contratante dos órganos de contratación de todas as entidades do sector público estatal deberán aloxarse de xeito obrigatorio na Plataforma de Contratación do Sector Público, xestionándose e difundíndose exclusivamente a través dela. Nas páxinas web institucionais destes órganos incluírase un enlace ao seu perfil de contratante situado na Plataforma de Contratación do Sector Público.

A publicación de anuncios e outra información relativa aos contratos nos perfís de contratante producirá os efectos previstos na LCSP cando estes estean aloxados na Plataforma de Contratación do Sector Público ou nos servizos de información similares que establezan as comunidades autónomas ou as cidades autónomas de Ceuta e Melilla e de conformidade co establecido nos apartados 2 e 3 do artigo 347 LCSP 2017.

Unha importante previsión da LCSP 2017 é que considera como causa de nulidade de pleno dereito dos contratos asinados por poderes adjudicadores a falta de publicación do anuncio de licitación no perfil de contratante aloxado “na Plataforma de Contratación do Sector Público ou nos servizos de información similares das comunidades autónomas, no *Diario Oficial da Unión Europea* ou no medio de publicidade en que sexa preceptivo, de conformidade co artigo 135” (letra c) do apartado 2 do artigo 39).

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, C., “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, n. 26, 2015.

DÍAZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DÍEZ SASTRE, S., “¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?”, <http://cija-uam.org/author/silvia/>.

³⁴ Excepcionalmente, e só nos casos previstos polo artigo 138.2 LCSP 2017, os órganos de contratación poderán dar acceso aos pregos e demais documentación complementaria da licitación, valéndose de medios non electrónicos.

GIMENO FELIÚ, J. M., “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 176, 2008.

GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de Estudios Locales*, n. 161, 2013.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013.

GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIMENO FELIÚ, J. M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), Bernal Blay, M. A. (coords.), *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M., *Informe Especial. Sistema de control de la contratación pública en España*, Observatorio de Contratación Pública, 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017.

GIMENO FELIÚ, J. M., “La «debilidad» del Proyecto de Ley de contratos del sector público en su actual tramitación parlamentario desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2017.

MEILÁN GIL, J. L., “Un «meeting point» de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 198, 2015.

MORENO MOLINA, J. A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

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

PERNÁS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011.

PERNÁS GARCÍA, J., “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

- PINTOS SANTIAGO, J., "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 137, 2015.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública", Alli Aranguren, J. C. (dir.), *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006.
- VALCÁRCEL FERNANDEZ, P., "The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions", *Ius Publicum*, Issue n. 1, 2007. <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=en&pag=fascicolo>.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 1, 2011.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General", Parisio, V.; Aguado I Cudolá, V., e Noguera de la Muela, B. (coord.), *Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos*, Giappichelli, Turín; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración", López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos", *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

regap



ESTUDIOS

Reflexións xurídicas sobre a contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública*

Reflexiones jurídicas sobre la contratación de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública

Legal reflections on the procurement of the contracting authorities that are not considered public Administration



M.ª FUENSANTA GÓMEZ MANRESA

Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de Murcia
mfgomez@um.es

Recibido: 25/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo analiza, desde unha óptica práctica, determinadas cuestións polémicas que xiran arredor do réxime xurídico dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública no marco da nova Lei de contratos do sector público.

Palabras clave: Contratación pública, PANAP.

Resumen: Este trabajo analiza, desde una óptica práctica, determinadas cuestiones polémicas que giran en torno al régimen jurídico de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública en el marco de la nueva Ley de contratos del sector público.

Palabras clave: Contratación pública, PANAP.

Abstract: This paper studies, from a practical point of view, the controversial issues that revolve around the legal regime of the contracting authorities that are not considered public Administration in the scope of the new Public Procurement Act.

Key words: Public procurement, contracting authorities.

Sumario: 1 Dúas cuestións apriorísticas: a transitoriedade normativa e o dereito aplicable aos contratos prorrogados. 2 Previsións legais acerca da contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública. 2.1 Unha aposta pola transparencia e a seguridade xurídica: a unificación do réxime xurídico da contratación pública nos contratos de importe non harmonizado. 2.1.1 Especialidades procedementais. 2.1.2 Problemática inherente á contratación menor. 2.2 Consideracións sobre o procedemento negociado: o prezo e o menor custo do ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación. 2.3 Peculiaridades da adjudicación dos contratos en que só exista un provedor no mercado no procedemento negociado sen publicidade.

* Este artigo é resultado do proxecto "A contratación electrónica no sector público. O reto da innovación tecnolóxica nos contratos públicos" (19495/PI/14), Fundación Séneca/Axencia Rexional de Ciencia e Tecnoloxía (Comunidade Autónoma da Rexión de Murcia).

1 Dúas cuestións apriorísticas: a transitoriedade normativa e o dereito aplicable aos contratos prorrogados

Prima facie, cómpre abordar a problemática inherente ao dereito aplicable aos contratos formalizados con anterioridade a cambios normativos, incluídos os prorrogados, na medida en que nos últimos tempos tivemos un período de transitoriedade prolongado que trouxo causa, por unha parte, da necesidade de transposición do paquete normativo europeo sobre contratación pública que supuxo a derogación da Directiva 2004/18/CE², é dicir, das directivas 23/2014/UE –relativa á adjudicación de contratos de concesión–, 24/2014/UE –de contratación pública e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE– e 25/2014/UE –concernente á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE–; e, por outra, da *vacatio* da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), en virtude da cal se produciu a transposición no ordenamento xurídico español das dúas primeiras directivas citadas e a derogación do Real decreto legislativo 3/2011, do 4 de novembro (TRLCSF).

A teor desta cuestión, é ineludible a cita da disposición transitoria primeira da LCSP, de idéntica redacción á mesma disposición do TRLCSF, dedicada á normativa aplicable aos expedientes de contratación iniciados antes da súa entrada en vigor, cuxos números primeiro e segundo teñen o seguinte texto: “1. Os expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Para estes efectos, entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se tivese publicado a correspondente convocatoria do procedemento de adjudicación do contrato. No caso de procedementos negociados sen publicidade, para determinar o momento de iniciación tomarase en conta a data de aprobación dos pregos. 2. Os contratos administrativos adjudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa modificación, duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior”.

A este respecto, débese traer a colación a STS 2016/149, do 9 de decembro de 2015, ditada en casación para a unificación de doutrina, que en clara consonancia co número primeiro sinalado concreta que se debe aplicar a norma vixente a todo acto que teña lugar no seu período de vixencia a prol da observancia dos principios de irretroactividade e seguridade xurídica: «Dicimos entón, e reiteramos agora, que existe a contradición postulada, pois “a desestimación pola sala de instancia do recurso contencioso-administrativo debeuse á aplicación retroactiva dunha norma –a disposición adicional vixésimo terceira da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público– que non estaba vixente no momento en que se produciron os feitos e que non dispuña a súa retroactividade, contravindo a doutrina desta Sala do Tribunal Supremo en relación co problema da irretroactividade das leis, que establece que o artigo 9.3 da Constitución garante o principio de seguridade xurídica, principio que é suma de certeza e legalidade, tal como ten establecido o Tribunal Constitucional, en canto lle dá estabilidade á orde social constitucionalmente consagrada e supón para os cidadáns que as consecuencias de toda actuación están predeterminadas no ordenamento xurídico”. E engadimos que “é a norma vixente a que rexe os actos que teñen lugar durante o seu período de vixencia e ese principio só admite unha excepción: a retroactividade da norma posterior, excepción que ten o claro límite constitucional, tamén segundo o artigo 9.3 CE,

2 Neste período foi de utilidade a Recomendación do 15 de marzo de 2016 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa (XCCA) do Estado aos órganos de contratación, na que aborda a falta de transposición das directivas e o seu efecto directo en relación co TRLCSF.

da irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais”».

Non obstante, a LCSP contén unha serie de especificacións acerca da aplicación do texto legal aos acordos de rescate e aos encargos que se efectúen con posterioridade á súa entrada en vigor, debendo entenderse que un encargo se realizou cando fose obxecto da correspondente formalización documental, así como sobre as revisións de oficio e os procedementos de recurso iniciados ao abeiro dos artigos 34 e 40 do TRLCSP, respectivamente, que seguirán tramitándose ata a súa resolución de conformidade con este, sen prexuízo de que se poida interpor o recurso especial, regulado no artigo 44 da LCSP, tratándose de expedientes iniciados antes da entrada en vigor da lei, cando os actos se diten con posterioridade ao dito momento.

É conveniente subliñar que o artigo 44.2 da LCSP, dun lado, remite, se os actos non son susceptibles de recurso especial, ao réxime de recursos contido na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPC)³; e, doutro, taxa os actos impugnables mediante o mencionado recurso⁴: os anuncios de licitación, pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación; os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación que decidan directa ou indirectamente a adxudicación, que supoñan a imposibilidade de continuar o procedemento –incluídos os da mesa de contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores– ou produzan indefensión ou lesión irreparable a dereitos ou intereses lexítimos; os acordos de adxudicación; as modificacións baseadas no incumprimento do establecido nos artigos 202 e 203⁵, por considerar que a modificación debeu ser obxecto dunha nova adxudicación; e a formalización de encargos a medios propios nos casos en que non cumpran os requisitos legais⁶.

Finalmente, a disposición, nos seus números 5 e 6, imponlles aos contratos baseados en acordos marco ou en sistemas dinámicos de adquisición a normativa aplicable a estes e dispón que os pregos de cláusulas administrativas xerais que no momento de entrada en vigor da LCSP xa se atopasen aprobados polas comunidades autónomas disporán dun prazo de seis meses para a súa adaptación ao regulamentado no apartado 2 do artigo 121 do mesmo texto legal⁷.

Non obstante, para atender de xeito rigoroso a temática que nos ocupa, é oportuno abordar o réxime xurídico da prórroga contractual. Aprioristicamente, non está de máis mencionar que o artigo 29 da LCSP preceptúa que todo contrato poderá prever unha ou varias prórrogas, sendo *conditio sine qua non* que as súas características permanezan inalterables durante o período de duración destas, á marxe das modificacións que se poidan introducir de conformidade co establecido nos artigos 203 a 207 da LCSP. Da prórroga debe darse aviso previo

3 Vid. artigos 112 a 126 da LPC.

4 En canto ao recurso especial, *vid.* GIMENO FELIU, J.M.³, *Sistema de control de la contratación pública en España: (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

5 Estes preceptos distinguen entre causas de modificación previstas ou non no prego, entre as cales se atopan as prestacións adicionais ou circunstancias imprevisibles e as modificacións non substanciais.

6 Vid. artigos 30 e ss. da LCSP.

7 O artigo 121.2 da LCSP dispón o seguinte: “As comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local poderán aprobar pregos de cláusulas administrativas xerais, de acordo coas súas normas específicas, logo de ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva, se o houbese”.

ao empresario cunha antelación mínima de dous meses á terminación do prazo de duración do contrato, aínda que están exceptuados desta exixencia os contratos cuxa duración sexa inferior a dous meses, xa que a prórroga do contrato non será obrigatoria para o contratista cando naquel se dea a causa de resolución establecida no artigo 198.6 por terse demorado a Administración no aboamento do prezo máis de seis meses.

Cómpre resaltar que o artigo 29 da LCSP prohibe, de xeito expreso, a prórroga polo consentimento tácito das partes, como tamén se deduce do artigo 35.1.g) do mesmo texto legal, que inclúe, dentro do contido mínimo do contrato, a súa duración e as “*datas estimadas para o comezo da súa execución e para a súa finalización, así como a da prórroga ou prórrogas, se estivesen previstas*”. Mentres, o artigo 335.2 da LCSP ordena a comunicación ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma, para os efectos de control, das modificacións, prórrogas ou variacións de prazos, as alteracións de prezo e do importe final, a nulidade e a extinción normal ou anormal dos contratos cuxo prezo de adjudicación –ou en acordos marco o valor estimado– exceda os 600.000 euros, tratándose de obras, concesións de obras, concesións de servizos; os 450.000 euros nos de subministracións; e os 150.000 euros nos supostos de servizos e de contratos administrativos especiais.

Así mesmo, serán obxecto de envío, ademais dos contratos baseados nun acordo marco e os específicos asinados no ámbito dun sistema dinámico de adquisición –sempre que o prezo de adjudicación do contrato exceda, en función da súa natureza, as contías sinaladas anteriormente–, o resto dos contratos, incluídos os menores, agás os que sendo o seu importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través de anticipo de caixa fixa ou similar, indicando a identidade do adjudicatario, o obxecto do contrato e a súa contía.

Deste xeito, exposto o réxime xurídico da prórroga contractual, cómpre realizar varias reflexións acerca dos contratos prorrogados. A primeira é a referida á nulidade das prórrogas tácitas establecidas nos contratos asinados antes da prohibición destas, xa no seu día, pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, polo TRLCSP⁸ e pola vixente LCSP, na medida en que se opoñen ao réxime xurídico de prórroga expresa, vixente desde o primeiro texto legal aludido, e implican unha vulneración dos principios xerais de transparencia⁹ e publicidade que deben presidir a licitación e a adjudicación¹⁰, como explicitou o TXCE nas sentenzas Telaustria (TXCE 2000, 321) (C-324/98) ou Telefonadress (2000/321).

En definitiva, a prórroga debe determinarse con carácter previo para o cumprimento do principio de libre competencia, en atención a que o réxime desta reviste carácter de orde pública (informes da XCCA do Estado 36/2004, do 8 de xullo; 47/2004, do 12 de novembro; 55/2004, do 12 de novembro; e 27/2004, do 7 de outubro. Da XCCA da Comunidade Autónoma de Cataluña, 4/1999, do 30 de setembro; 7/2005, do 4 de outubro; e 7/2009, do 3 de xullo. E da XCCA de Canarias, 2/2014, do 20 de febreiro).

Neste mesmo sentido, pode verse o Informe da XCCA do Estado 23/11, do 28 de outubro –que trae a colación a doutrina mantida ata a data en reiterados informes (24/04, 35/04,

8 Artigo 23 do TRLCSP.

9 En relación con este principio, *vid.* MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

10 Respecto da adjudicación dos contratos, *vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.^º, *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de contratos el sector público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

50/04,55/04, 57/04, 12/06, 27/07 e 61/08)–, que clarifica que, “calquera que fosen as prevencións dos pregos en canto á duración e prórrogas dos contratos de acordo coa lexislación anterior, tras a reforma introducida no artigo 67.1 da Lei 53/1999, do 28 de decembro, pola que se modifica a citada Lei 13/1995, do 18 de maio, se prohiben as prórrogas tácitas”.

E iso é así porque cada prórroga contractual é considerada unha novación, o que implica aplicar a normativa vixente no momento de acordar esta, tal como concreta o Tribunal Supremo na Sentenza do 8 de marzo de 2011 (RX 2011, 2275) “que anulou a prórroga dunha concesión de servizos públicos que ampliaba substancialmente a duración inicial do contrato”, ao afirmar que, malia as leis poderen admitir a posibilidade de prorrogar ou ampliar os prazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer o equilibrio financeiro alterado das concesións, “debe prevalecer o principio xeral de que os contratos do sector público deben aterse á duración neles convida e que ao termo desta cómpre proceder a unha nova convocatoria pública que respecte os principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e non discriminación e igualdade de trato entre os posibles candidatos” porque, en caso contrario, “os contratos de xestión dos servizos públicos poderían ter carácter indefinido na práctica, pois a sucesión de prórrogas ou as ampliacións de prazos impedirían a entrada de novos operadores para prestalos, con grave detrimento do principio de concorrencia [...]”.

Na resolución xudicial dilucidase que a prórroga tácita non está vinculada ao exercicio do *ius variandi* durante o período de vixencia do contrato, posto que, vencido o contrato primitivo, nos atoparíamos ante unha nova adxudicación que non estaría sometida aos principios de publicidade e concorrencia. Por outra banda, evidénciase que “o artigo 163 do Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño de 2000, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, lle permitía efectivamente á Administración modificar por motivos de interese público “as características do servizo contratado e as tarifas que han de ser aboadas polos usuarios”, hipótese para a cal se prevía que, se as modificacións afectaban ao réxime financeiro, o contratista tiña dereito á compensación axeitada para manter o “equilibrio dos supostos económicos que foron considerados como básicos na adxudicación do contrato”. Dado que no suposto obxecto de análise non houbo unha imposición unilateral da Administración que modificase as características do servizo, senón o asentimento a unha novación contractual ofrecida pouco antes do seu vencemento polo adxudicatario do contrato que necesariamente debía extinguirse tras a prórroga admitida “por unha soa vez”, a sala de instancia non infrinxiu aquel precepto legal”.

Entón, como a prórroga prolonga a vixencia do prazo inicial do contrato, a norma que se debe aplicar é a vixente no momento de acaecer esta e non a que a regulaba cando se asinou o contrato inicial, como se expón no Informe da XCCA de Canarias 24/04, do 7 de xuño, que alude ao criterio compartido por outras xuntas consultivas, como a do Estado (informes 36/2004, do 8 de xullo; 47/2004, do 12 de novembro; 55/2004, do 12 de novembro; e 27/2004, do 7 de outubro), e da Comunidade Autónoma de Cataluña (informes 4/1999, do 30 de setembro; 7/2005, do 4 de outubro; e 7/2009, do 3 de xullo). O informe matiza tamén que, “tras a entrada en vigor da Lei de contratos das administracións públicas e o seu artigo 67, as prórrogas tácitas deben ser rexeitadas, pois resulta un contrasentido que un contrato celebrado con anterioridade á súa entrada en vigor puidese continuar producindo os seus efectos indefinidamente en virtude de prórrogas tácitas”.

Regap



ESTUDIOS

É oportuno realizar outra serie de puntualizacións en relación coa materia: que a prórroga indefinida dun contrato pode vulnerar o principio de libre concorrència (Ditame do Consello de Estado 2154/2002, do 26 de setembro); a improcedencia de prórrogas sobrevidas nun contrato público á marxe do prego de cláusulas administrativas particulares (Informe 36/13, do 26 de febreiro de 2015, da XCCA do Estado); a necesidade de realización da prórroga antes de rematar o prazo prorrogado (Informe 38/10, do 24 de setembro de 2010, da XCCA do Estado); e a admisibilidade de prórrogas tácitas nos contratos privados (Informe 38/06, do 30 de outubro de 2006, da XCCA do Estado¹¹).

Non está de máis apuntar que a disposición adicional oitava, dedicada aos contratos asinados nos sectores da auga, enerxía, transportes e servizos postais, ámbito da Lei 31/2007, do 30 de outubro, dispón que a adxudicación polas entidades do sector público que non teñan o carácter de administracións públicas de contratos que teñan por obxecto algunha das actividades enumeradas se rexerá pola dita lexislación¹², salvo que unha lei suxeite estes contratos ao réxime contido na LCSP, caso en que se lles aplicará a normativa dos contratos suxeitos a regulación harmonizada (SARH), mentres que os contratos destinados á realización de varias actividades en que polo menos unha delas estea comprendida no marco da lei mencionada deberán observar o réxime xurídico da actividade á cal se destinen principalmente, aínda que cando non fose obxectivamente posible determinar a actividade prioritaria do contrato será de obrigado cumprimento a LCSP.

Non obstante, os contratos excluídos da Lei 31/2007 que formalicen as entidades do sector público que non teñan o carácter de administracións públicas rexeranse polas disposicións pertinentes da LCSP, sen que lles sexan aplicables as normas que nesta se destinan exclusivamente para os contratos SARH. Por último, remítese respecto da adxudicación dos contratos que asinen as entidades sinaladas que non teñan por obxecto algunha das actividades regulamentadas pola Lei 31/2007 á LCSP, nos termos establecidos nela.

En atención ao exposto, é necesario abordar seguidamente o réxime xurídico contido na Lei 31/2007, xa que esta, en referencia aos contratos adxudicados con anterioridade á súa entrada en vigor, na súa disposición transitoria única, exige o seguinte: *“Con excepción dos contratos incluídos no ámbito do sector dos servizos postais, os expedientes de contratación iniciados e os contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse pola Lei 48/1998, do 30 de decembro, sobre procedementos de contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e as telecomunicacións, pola que se incorporan ao ordenamento xurídico español as directivas 93/38/CEE e 92/13/CEE. Para estes efectos, entenderase que os expedientes de contratación foron iniciados se se publicase a correspondente convocatoria de adxudicación do contrato ou se se enviase a incitación para presentar ofertas nos procedementos negociados sen convocatoria de licitación previa que se regulan no artigo 59”*.

Deste xeito, cómpre ter en conta que, na medida en que a prórroga prolonga a vixencia do prazo inicial do contrato, a norma que se debe aplicar é a vixente no momento de acaecer esta, como se aclara no Informe da XCCA de Canarias 24/04, do 7 de xuño, porque cada

11 No informe afirmase que resulta factible admitir prórrogas tácitas en contratos privados como os de arrendamento, sociedade ou seguros.

12 O artigo 16 da Lei 31/2017 establece que esta se aplicará “aos contratos cuxo valor estimado, excluído o imposto sobre o valor engadido (IVE), sexa igual ou superior aos seguintes límites: a) 418.000 euros nos contratos de subministración e servizos. b) 5.225.000 euros nos contratos de obras”.

prórroga contractual é considerada unha novación, de modo que debe prevalecer o principio xeral de que os contratos do sector público se deben ater á duración neles convida e que á finalización desta se ha de proceder a unha nova convocatoria pública que respecte os principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e non discriminación e igualdade de trato entre os posibles candidatos.

Neste sentido, a exigencia de que a prórroga figure de xeito expreso nos anuncios de licitación e nos anuncios periódicos indicativos atópase no anexo III da Lei 31/2007¹³, dedicado aos “Anuncios de licitación”, apartado A.5.a), relativo ao procedemento aberto, dado que implica que neles cómpre incluír, para subministracións e obras, as *“Características e cantidade dos produtos solicitados (número(s) de referencia na nomenclatura). Indicar as opcións para licitacións complementarias e, cando sexa posible, o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables, tamén se precisará, de ser posible, o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores para os produtos que se vaian subministrar ou a natureza e o alcance das prestacións, e as características xerais da obra (número(s) de referencia na nomenclatura)”*; e, para servizos, conforme o número 6.a), as *“Características e cantidade dos produtos solicitados. Indicar as opcións para licitacións complementarias e, cando sexa posible, o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables tamén se precisará, de ser posible, o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores para os servizos que se vaian prestar”*.

Estes mesmos requirimentos exíxense nos procedementos restrinxido e negociado, nos apartados B.5.a) e 6.a), e C.5.a) e 6.a), do anexo III da Lei 31/2007.

Ademais, no anexo V, “Anuncios periódicos indicativos”, no apartado noveno, prevese a constancia das *“Características e cantidade dos produtos solicitados ou características xerais da obra ou categoría do servizo conforme o anexo II A e a súa descrición, precisando se se prevé un ou varios acordos marco. Debe indicar as opcións para licitacións complementarias e o prazo considerado previsto para exercer as ditas opcións, así como o número de prórrogas posibles. No caso dunha serie de contratos renovables, deberá precisarse tamén o calendario provisional das convocatorias de licitación posteriores”*.

Ben pode afirmarse, en consecuencia, que non existe disposición normativa ningunha na Lei 31/2007 que exceptúe o réxime xurídico da prórroga expresa, como sucede na lexislación xeral de réxime xurídico do sector público.

13 O artigo 47 da Lei 31/2007 impón, respecto da convocatoria de licitación do sistema dinámico de adquisición, o cumprimento dos apartados A, B ou C do propio texto legal, e a letra D en relación coa convocatoria de licitación dos contratos baseados nel.

2 Previsións legais acerca da contratación dos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública

2.1 Unha aposta pola transparencia e a seguridade xurídica: a unificación do réxime xurídico da contratación pública nos contratos de importe non harmonizado

2.1.1 Especialidades procedementais

O réxime xurídico aplicable aos poderes adjudicadores distintos dunha Administración pública (PANAP) é o contido nos artigos 316 e seguintes da LCSP. Respecto da preparación e adxudicación dos contratos SARH, efectúase unha remisión ás normas contidas nas seccións 1.^a e 2.^a do capítulo I do título I do libro II, mentres que se establece que poderán adxudicarse directamente a calquera empresario, con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato, os contratos non SARH cuxo valor estimado sexa inferior a 40.000 euros, se se trata de contratos de obras, de concesións de obras e concesións de servizos, ou a 15.000 euros, nos contratos de servizos e subministracións, tema que abordaremos máis adiante na epígrafe seguinte.

Por outra banda, os contratos de obras, concesións de obras e concesións de servizos cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros e os contratos de servizos e subministracións de valor considerado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, poderanse adxudicar por calquera dos procedementos da sección 2.^a do capítulo I do título I do libro segundo da LCSP, con excepción do procedemento negociado sen publicidade, que ha de aterse ao artigo 168 da LCSP.

En cambio, os efectos e extinción dos contratos realizados polos PANAP rexeranse por normas de dereito privado, aínda que si lles será aplicable a LCSP en relación coas obrigas en materia ambiental, social ou laboral (artigo 201); as condicións especiais de execución (artigo 202); os supostos de modificación contractual (artigos 203 a 205); a cesión e subcontratación (artigos 214 a 217); a racionalización técnica da contratación (artigos 218 a 228); e as condicións de pagamento reguladas nos apartados 4.^o do artigo 198, 4.^o do artigo 210 e 1.^o do artigo 243.

É oportuno constatar que a LCSP concreta unha serie de cautelas, xa que, se a modificación do contrato non estivese prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, sempre que o seu importe sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros e a contía da modificación, illada ou conxuntamente, fose superior a un 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, sería necesaria a autorización do departamento ministerial ou órgano da Administración autonómica ou local a que estea adscrita ou corresponda a tutela da entidade contratante, logo de ditame preceptivo do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma. Nestes contratos serán causas de resolución a imposibilidade de executar a prestación na forma inicialmente pactada –cando non sexa posible modificar o contrato a teor dos artigos 204 e 205 da LCSP– e a recollida na letra i) do artigo 211 do mesmo texto legal consistente no non pagamento, durante a execución do contrato, dos salarios por parte do contratista aos traballadores que estivesen a participar nela, ou o incumprimento

das condicións establecidas nos convenios colectivos en vigor para estes traballadores tamén durante a execución do contrato.

Noutra orde de cousas, aos contratos de concesión de obras e concesión de servizos seran-lles de aplicación as causas de resolución establecidas nos artigos 279 e 294 da LCSP, para cada un deles, ben que o rescate da obra ou o servizo, a supresión da súa explotación e o secuestro ou intervención destes terá que acordalo o departamento ministerial ou órgano da Administración autonómica ou local ao cal estea adscrita ou corresponda a tutela do poder adjudicador, xa que nos contratos de servizos consistentes na elaboración íntegra dun proxecto de obra se exixirá a responsabilidade do contratista por defectos ou erros do proxecto en observancia do disposto no artigo 314 da LCSP.

A propósito do réxime xurídico exposto, cómpre destacar a extensión da aplicación aos PANAP das disposicións relativas ás modificacións contractuais, o que require facer dúas consideracións: primeira, que o dito réxime é común e aplicable a todo tipo de contratos privados e administrativos, ex artigos 26 e 319.1 da LCSP, norma que utiliza a denominación contratos do sector público; e, segunda, que con motivo da transposición da normativa comunitaria o réxime xurídico é máis restritivo.

En efecto, como impón a Directiva 2014/24/UE no seu artigo 72, a LCSP ordena que a modificación dos contratos durante a súa vixencia poderá efectuarse, sen necesidade de iniciar un novo procedemento de contratación, se está prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, nos termos do artigo 204, ou, excepcionalmente e en caso contrario, se se cumpren as exixencias do artigo 206. Polo tanto, a LCSP preceptúa, cando as modificacións estivesen xa previstas nos pregos iniciais da contratación, que as cláusulas de revisión sexan claras, precisas e inequívocas, debendo determinar os seguintes extremos: o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que poderá facerse uso desta por concorrencia de circunstancias que poidan verificarse de forma obxectiva; e o procedemento que se teña que seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación debe expresar, así mesmo, que a modificación non poderá supor novos prezos unitarios non previstos no contrato.

A formulación e o contido da cláusula de modificación deberá permitirlles aos candidatos e licitadores comprender o seu alcance exacto e interpretala da mesma forma e que lle posibilite ao órgano de contratación comprobar efectivamente o cumprimento por parte dos primeiros das condicións de aptitude exixidas e valorar correctamente as ofertas presentadas por estes.

Engádesse unha cautela máis no sentido de que se lles prohíbe aos órganos de contratación introducir no prego de cláusulas administrativas particulares modificacións que poidan alterar a natureza global do contrato inicial, entendendo que se produce tal alteración se se substitúen as obras, as subministracións ou os servizos que se van adquirir por outros diferentes ou se modifica o tipo de contrato, a diferenza do que sucede se se substitúe algunha unidade de obra, subministración ou servizo puntual.

Non obstante, se as modificacións non estivesen previstas nos pregos de cláusulas administrativas particulares ou se estándoo non se axustan ao sinalado anteriormente, só poderán realizarse cando a modificación en cuestión cumpra determinados requisitos: que atope a súa xustificación nalgún dos supostos que se relacionan no apartado segundo do artigo



205¹⁴, e que se limite a introducir as variacións estritamente indispensables para responder á causa obxectiva que a faga necesaria.

Entre os mandatos do artigo 205, cómpre destacar, por unha banda, o límite que representa o feito de que o incremento do prezo resultante da modificación non poida exceder o 50 % do valor do contrato inicial e, por outra, que para que poidan introducirse varias modificacións sucesivas é necesario que concorran eventualidades sobrevidas imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación do contrato sempre que toda modificación cumpra as condicións que se explicitan seguidamente: que un poder adxudicador dilixente non a puidese prever; que non altere a natureza global do contrato; que o incremento do prezo resultante non exceda o 50 % do valor do contrato ou do acordo marco inicial; e que, con independencia do seu valor, non sexa substancial¹⁵, xa que, de selo e non iniciarse un novo procedemento de contratación, procedería a resolución do contrato¹⁶.

En atención á materia que nos ocupa, o Informe 8/2016, do 20 de abril, da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, relativo á modificación dun contrato de xestión de servizos públicos para introducir novas prestacións, pon de manifesto o carácter restritivo en sede de modificación contractual. Este informe indica os estritos límites que acoutan as posibilidades de modificación dos contratos públicos, xa que iso pode supor un obstáculo aos principios de libre concorrència e boa fe, e a necesidade de interpretar o seu réxime xurídico en coherencia coas directivas e a xurisprudencia europea; e recorda o requirimento de que toda modificación debe sustentarse na concorrència de razóns de interese público que respondan a necesidades novas ou causas imprevistas debidamente xustificadas no expediente. No mesmo informe clarifícase tamén que non resulta posible unha modificación

14 Entre as causas que eventualmente poderían xustificar unha modificación non prevista, sempre que esta cumpra todos os requisitos expostos, atópase o caso de que devíñese necesario engadir obras, subministracións ou servizos adicionais aos inicialmente contratados, cando se cumpran dúas exigencias. A primeira consiste en que o cambio de contratista non fose posible por razóns de tipo económico ou técnico; por exemplo, que obrigase ao órgano de contratación a adquirir obras, servizos ou subministracións con características técnicas diferentes dos inicialmente contratados, cando estas diferenzas dean lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso ou de mantemento que resulten desproporcionadas; e, así mesmo, que o cambio de contratista xerara inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación. Non se considerará un inconveniente significativo a necesidade de celebrar unha nova licitación para permitir o cambio de contratista. A segunda imposición implica que a modificación do contrato supoña unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Tamén se posibilita unha modificación contractual non prevista cando esta derive de circunstancias sobrevidas e que fosen imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación do contrato se se cumpren determinadas condicións: que se trate de modificacións que unha Administración dilixente non tivese podido prever, que non alteren a natureza global do contrato e que impliquen unha alteración na súa contía que non exceda o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Finalmente, permítese a falta de previsión se as modificacións non son substanciais, ás que se fai referencia na seguinte nota ao pé.

15 Considerárase substancial unha modificación, segundo o artigo 205 da LCSP, cando se cumpra unha ou varias destas condicións: “1.º Que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta da aceptada inicialmente ou terían atraído máis participantes no procedemento de contratación. En todo caso, considerárase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando a obra ou o servizo resultantes do proxecto orixinal ou do prego, respectivamente, e mais a modificación que se pretenda, requirían dunha clasificación do contratista diferente da que, se é o caso, se exixiu no procedemento de licitación orixinal. 2.º Que a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista dun xeito que non estaba previsto no contrato inicial. En todo caso, considerárase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando, como consecuencia da modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra novas cuxo importe representaría máis do 50 por cento do orzamento inicial do contrato. 3.º Que a modificación amplíe de forma importante o ámbito do contrato. En todo caso, considerárase que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando: (i) O valor da modificación supoña unha alteración na contía do contrato que exceda, illada ou conxuntamente, o 15 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído, se se trata do contrato de obras, ou dun 10 por cento, IVE excluído, cando se refira aos demais contratos, ou ben que supere o limiar que en función do tipo de contrato resulte de aplicación de entre os sinalados nos artigos 20 a 23. (ii) As obras, servizos ou subministracións obxecto de modificación se atopen dentro do ámbito doutro contrato, actual ou futuro, sempre que se iniciase a tramitación do expediente de contratación”.

16 Vid. artigo 211.1.g) da LCSP.

contractual se iso supón un cambio fundamental das regras da licitación que implique unha alteración substancial do obxecto do contrato, así como que resulta ineludible dar publicidade do modificado –no perfil de contratante e no boletín oficial onde se publicou o contrato– e practicar notificación a todos os licitadores admitidos.

En conclusión, pode afirmarse que a LCSP levou a cabo a unificación do réxime xurídico dos contratos de importe non harmonizado tratándose de poderes adxudicadores, malia ser certo que a contratación menor require unha análise pormenorizada que se efectúa no próximo apartado.

2.1.2 Problemática inherente á contratación menor

A LCSP, no seu artigo 118, reduciu os importes da contratación menor ao determinar un valor considerado inferior a 40.000 euros cando se trate de contratos de obras, ou a 15.000 euros para os de subministración ou de servizos, debendo ter presente o disposto no artigo 229 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados a nivel estatal.

Débase constatar que o artigo 29.8 da LCSP dispón que os contratos menores non poderán ter unha duración superior a un ano nin ser obxecto de prórroga, e o artigo 37 do mesmo texto legal establece que as entidades do sector público non poderán contratar verbalmente salvo que o contrato teña, de conformidade co artigo 120.1, carácter de emerxencia. Á parte, os contratos que asinen as administracións públicas deberán formalizarse de acordo co previsto no artigo 153 da LCSP, á marxe do contido do número 118, mentres que os contratos que acorden os PANAP, cando sexan susceptibles de recurso especial de contratación, deberán formalizarse nos prazos do artigo 153 do citado texto legal.

O mencionado artigo 118 da LCSP concreta, con carácter xeral¹⁷, que *“nos contratos menores a tramitación do expediente exixirá o informe do órgano de contratación motivando a necesidade do contrato. Así mesmo, requirirase a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan”*. Noutra orde de cousas, a LCSP impón a xustificación no expediente de que non se está a alterar o obxecto do contrato para evitar a aplicación das regras de contratación e de que o contratista non subscribiu máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras apuntadas anteriormente, exceptuándose desta regra os supostos en que pode utilizarse o procedemento negociado sen publicidade regulado no artigo 168.a).2.º da LCSP.

En canto ao límite sinalado de que o contratista non subscribise máis contratos menores que individual ou conxuntamente superen as cifras referidas, a XCCA do Estado, no Informe 41/2017 concluíu que a LCSP *“non considera unha limitación á celebración de contratos menores cun mesmo operador económico cando as prestacións obxecto destes sexan cualitativamente diferentes e non formen unha unidade. Por iso, fóra dos casos de alteración fraudulenta do obxecto do contrato, si é posible asinar outros contratos menores co mesmo contratista, pero neste caso deberá xustificarse axeitadamente no expediente que non se dan as circunstancias prohibidas pola norma”*. Por outra banda, puntualízase que cando entre

¹⁷ Tratándose dun contrato menor de obras, debe incorporase tamén orzamento destas, sen prexuízo de que deba existir o correspondente proxecto cando normas específicas así o requirán e de que deba solicitarse o informe das oficinas ou unidades de supervisión a que se refire o artigo 235 da LCSP cando o traballo afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra (artigo 118.2 da LCSP).

dous contratos menores cuxas prestacións sexan equivalentes mediase máis dun ano, contado desde a aprobación do gasto, unha vez comprobado no expediente o transcurso deste período de tempo, non será obrigado proceder a unha ulterior xustificación no expediente de contratación do segundo contrato menor.

A este respecto, a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, no Informe 3/2018, do 13 de febreiro, argumenta –cunha alusión expresa á lexislación navarra que utiliza un concepto moi similar¹⁸– que a fixación da regra da incompatibilidade sobre unha base anual non suporía senón a aplicación dunha regra “que é un principio básico do dereito orzamentario (artigo 27.1 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria) a aplicación da cal aclararía de forma satisfactoria o ámbito temporal durante o que se prolonga a incompatibilidade establecida no artigo 118.3 LCSP”.

Deste xeito, a xunta conclúe que, “para a adjudicación de novos contratos menores cando se superen as contías establecidas no artigo 118.1, se aplicará sobre a base do exercicio ou anualidade orzamentaria con cargo ao cal se imputen os créditos que financiaron a execución dos contratos menores adjudicados con anterioridade”.

É conveniente apuntar que a disposición adicional novena da LCSP precisa que a subscrición a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, así como a contratación do acceso á información contida en bases de datos especializadas, poderán efectuarse, calquera que sexa a súa contía sempre que non sexan contratos SARH, de acordo coas normas establecidas na propia lei para os contratos menores e con suxeición ás condicións xerais que apliquen os provedores, incluíndo as relativas ás fórmulas de pagamento. O aboamento do prezo, nestes casos, debe realizarse segundo as condicións que rexan estes contratos, sendo admisible o pagamento con anterioridade á entrega ou realización da prestación se iso responde aos usos habituais do mercado.

Especifícase, ademais, que cando estes contratos se realicen por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, os entes, organismos e entidades do sector público contratantes terán a consideración de consumidores, para os efectos previstos na lexislación de servizos da sociedade da información e comercio electrónico.

Nesta materia, cómpre facer mención aos artigos 29.8 e 99 da LCSP. O primeiro deles contén a prohibición de que o contrato menor teña unha duración superior a un ano e de que poida ser obxecto de prórroga, mentres que o segundo veta o fraccionamento dun contrato coa finalidade de diminuír a súa contía e eludir así os requisitos de publicidade ou os inherentes ao procedemento de adjudicación que correspondan.

A propósito da aplicación da normativa da contratación menor á subscrición a revistas e outras publicacións, calquera que sexa o seu soporte, e á contratación do acceso á información contida en bases de datos especializadas, o antedito Informe 3/2018, do 13 de febreiro, da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, detallou varios extremos: primeiro, que a única prescrición do artigo 118 que quedaría desactivada sería a da propia definición cuantitativa dos contratos menores, dado que se estableceu que os que teñan por obxecto o acceso a

18 A Lei foral 6/2006, do 9 de xuño, de contratos públicos, no seu artigo 73.6, establece: “Ningunha empresa ou profesional poderán ser adjudicatarios dentro da mesma Administración contratante e durante un mesmo exercicio orzamentario dun número de contratos adjudicados mediante factura ou factura con reserva de crédito cuxa contía acumulada sexa superior a 80.000 euros, IVE excluído, en obras, e 30.000 euros, IVE excluído, no resto de contratos”.

bases de datos e a subscrición a publicacións se tramiten como contratos menores aínda que non lles correspondese tal consideración atendendo á súa contía (mentres non teñan a consideración de contratos SARH); segundo, que para este tipo de contratacións deberá terse en conta a posible existencia de dereitos exclusivos relacionados coa propiedade industrial e intelectual dos contidos desas publicacións e bases de datos e, como consecuencia, a imposibilidade de adxudicar estes contratos a operadores económicos distintos dos propietarios deses dereitos, supostos en que podería recorrerse á utilización do procedemento negociado sen publicidade se concorre o suposto do artigo 168.a).2.º da LCSP, existindo unha exclusión manifesta da aplicación do límite de contratos no inciso final do artigo 118.3; e terceiro, que a duración máxima dun ano dos contratos menores, determinada no artigo 29.8 da LCSP, ao non tratarse dunha cuestión “de procedemento”, “como se deduce da súa localización sistemática nun precepto diferenciado do que establece as regras de adxudicación”¹⁹, non resultaría de aplicación para a adxudicación daqueles aos cales se refire a disposición adicional novena da LCSP.

Centrándonos nos PANAP, ao noso entender pode argumentarse, en atención aos antecedentes, especialmente aos pronunciamentos de determinados órganos consultivos, que a LCSP homoxeneizou o réxime xurídico da contratación menor facéndoo extensivo a estes entes no seu artigo 318 –como se expuxo na epígrafe anterior dedicada ás especialidades procedementais tendentes á unificación da normativa dos contratos de importe non harmonizado con independencia do carácter ou non de Administración pública do poder adxudicador–, na medida en que, aínda que non emprega o termo contratación menor, dispón que os contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cando se trate de contratos de obras, de concesións de obras e concesións de servizos, ou a 15.000 euros, en contratos de servizos e subministracións, poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato, fixando os mesmos limiares que no artigo 131.3 da LCSP, precepto que non exonera da observancia dos límites e requisitos da contratación menor regulada no artigo 118 da LCSP.

De feito, débese constatar que xa non está permitida unha flexibilización do réxime xurídico vía instrucións internas, como sucedía ao abeiro do derogado TRLCSP, xa que a LCSP prevé estas respecto de entes do sector público que non sexan poderes adxudicadores²⁰. E iso é así porque o artigo 23.3 do TRLCSP, de obrigado cumprimento polas administracións públicas, permitía unha argumentación a favor da súa non-aplicación a poderes adxudicadores que non sexan Administración pública fundada en que os contratos menores, dada a súa pequena contía, non están suxeitos a regulación harmonizada²¹, motivo polo que o TRLCSP flexibilizaba o seu réxime xurídico sobre preparación e adxudicación nos artigos 191.a) e 192.1, dando cabida á diversificación a través de instrucións neste sector. Así pois, unha empresa mixta

19 Este precepto está situado no libro I da LCSP, no título I, dedicado a disposicións xerais, e concretamente no capítulo I sobre “Racionalidade e consistencia da contratación do sector público”, e non no libro segundo, título I, capítulo I, sección 1.ª, subsección 1.ª, relativa ao “Expediente de contratación”, como sucede co artigo 118.

20 Vid. artigo 321 da LCSP e, en relación coa supresión das instrucións internas dos PANAP, o Informe 11/2017 da XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón.

21 Vid., acerca dos contratos SARH e os limiares correspondentes, os artigos 14 e ss. do TRLCSP.

podía inserir nas súas instrucións, en virtude dos artigos 191.b)²² e 192.3²³ do TRLCSP, unha excepción análoga relativa á duración dos contratos menores baseándose no disposto no artigo 191.c do mesmo texto legal²⁴. Non obstante, a omisión deste extremo nas instrucións, ex disposición transitoria quinta do TRLCSP²⁵, implicaba a aplicación dos artigos 190 e 138.3 do TRLCSP, preceptos dedicados á adxudicación dos contratos SARH e á prohibición de que o contrato menor teña unha duración superior a un ano respectivamente²⁶.

Cómpre destacar que xa no seu momento o Consello de Estado, no ditame 514/2006, do 25 de maio, acerca da flexibilización citada contida no artigo 191 respecto do 190, para contratos non SARH, se posicionou en contra da devandita distinción, avogando pola aplicación das mesmas regras aos PANAP do seguinte xeito: “2.º) Desde a perspectiva do dereito interno, a lei regula, en relación coas administracións públicas –tal como as define o artigo 3.2–, o réxime completo do contrato (preparación, adxudicación, efectos e extinción); ademais, a regulación dos contratos administrativos típicos segue tendo unha elaboración normativa moi detallada. Desde esta mesma perspectiva, o anteproxecto considérase obrigado a regular as fases de preparación e adxudicación dos contratos obxecto de regulación comunitaria (contratos suxeitos a unha regulación harmonizada), prescindindo, sen razón sólida ningunha, de regular no mesmo sentido estas mesmas fases respecto dos contratos que non cheguen ao limiar cuantitativo da directiva (coa excepción, obvia, da innecesariedade de publicidade comunitaria). En fin, aínda desde o punto de vista do dereito interno, ao resto do sector público sonlle de aplicación determinados preceptos”.

É máis, no ditame propúxose unha estrutura normativa diferente consistente en regular, en primeiro lugar e de forma completa, tanto a parte xeral dos contratos das administracións públicas como cada un dos contratos típicos, e, en segundo termo, e con referencia a esa ordenación troncal, abordar os contratos dos demais poderes adjudicadores, como se expón a continuación: “Esta regulación aplicaríase aos que antes se denominaron segundo e terceiro nivel de intensidade, é dicir, os suxeitos que requiren, ben dunha flexibilización das tradicionais exixencias dos contratos administrativos ao tempo que un sometemento ás normas comunitarias cando formalicen contratos por enriba de certas contías (poderes

22 O artigo 191.b) do TRLCSP dispón que “os órganos competentes das entidades a que se refire esta sección aprobarán unhas instrucións, de obrigado cumprimento no seu ámbito interno, nas que se regulen os procedementos de contratación de forma que quede garantida a efectividade dos principios enunciados na letra anterior e que o contrato é adxudicado a quen presente a oferta economicamente máis vantaxosa. Estas instrucións débense pór á disposición de todos os interesados en participar nos procedementos de adxudicación de contratos regulados por elas, e publicarse no perfil de contratante da entidade. No ámbito do sector público estatal, a aprobación das instrucións requirirá o informe previo da Avogacía do Estado”.

23 O artigo 192.3 do TRLCSP establece que “nas instrucións internas en materia de contratación que sexan aprobadas por estas entidades se disporá o necesario para asegurar a efectividade dos principios enunciados no apartado 1 deste artigo e a directriz establecida no apartado 2. Estas instrucións débense pór á disposición de todos os interesados en participar nos procedementos de adxudicación de contratos regulados por elas, e publicarse no perfil de contratante da entidade. No ámbito do sector público estatal, estas instrucións deberán ser sometidas a informe antes da súa aprobación polo órgano ao que lle corresponda o asesoramento xurídico da correspondente entidade”.

24 O artigo 191.c) do TRLCSP precisa que “se entenderán cumpridas as exixencias derivadas do principio de publicidade coa inserción da información relativa á licitación dos contratos cuxo importe supere os 50.000 euros no perfil do contratante da entidade, sen prexuízo de que as instrucións internas de contratación poidan arbitrar outras modalidades, alternativas ou adicionais, de difusión”.

25 A disposición transitoria quinta do TRLCSP ordena que “mentres non se aproben as instrucións internas a que se refire o artigo 191.b), os poderes adjudicadores que non teñan o carácter de administracións públicas se rexerán, para a adxudicación de contratos non suxeitos a regulación harmonizada, polas normas establecidas no artigo 190”.

26 Neste sentido, *vid.* en JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 4.ª ed., tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1488 a 1490. Neste traballo, mantense a tese de que é posible eludir o límite que representa o prazo dun ano nos contratos menores mediante disposición expresa nas instrucións que redacte o poder adjudicador que non sexa Administración pública.

adxudicadores que realicen contratos suxeitos a regulación harmonizada, segundo nivel), ou ben que requiren simplemente que os contratos que asinen queden sometidos a certas exigencias comunitarias (eses mesmos suxeitos cando contraten por debaixo dos limiares comunitarios, terceiro nivel). En calquera caso, resultaría desexable, como se dixo, que tampouco respecto a estes suxeitos se fixese distinción entre contratos por enriba e por debaixo do limiar comunitario, resultándolles de aplicación as mesmas regras respecto á preparación e adxudicación”.

Este mesmo parecer expresou a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón, en alusión ao texto legal vixente, no Informe 11/2017, do 2 de novembro, no cal se afirma que, “a xuízo deste centro directivo, do artigo 318.b) e do fragmento do preámbulo da LCSP que se transcribiu, resulta con claridade que o que se lles recoñece aos poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública, para os contratos que celebren cun valor estimado superior ao dos contratos menores e inferior ao dos contratos suxeitos a regulación harmonizada, é a opción de elixir entre “os mesmos” procedementos de contratación aplicables ás administracións públicas (*a excepción do procedemento negociado sen publicidade, que só será aplicable nos supostos previstos no artigo 168 da LCSP*). Iso implica unha remisión *in totum* á regulación aplicable a cada un dos ditos procedementos, algúns dos cales (procedemento aberto, restrinxido, diálogo competitivo, asociación para a innovación) serán, en principio, intercambiáveis ou susceptibles de aplicación indistinta a elección do órgano de contratación, mentres que outros (o procedemento negociado, o procedemento aberto simplificado do artigo 159 e o procedemento aberto máis simplificado do apartado 6 do citado artigo 159) deberán entenderse aplicables coa condición de que o permita o valor estimado do contrato en cuestión (que debe ser igual ou inferior a 2.000.000 de euros no caso de contratos de obras, e a 100.000 euros no caso de contratos de subministración e de servizo, no procedemento aberto simplificado do artigo 159.1, e inferior a 80.000 euros, no caso de obras, e a 35.000 euros, en subministracións e servizos, para o procedemento aberto máis simplificado do artigo 159.6 da LCSP), así como a súa caracterización e obxecto”.

No informe sinálase que a vontade do lexislador, que se desprende dos artigos 317 e 318 da LCSP, de aproximar a contratación dos PANAP ao réxime xurídico da contratación propio das administracións resulta, como xa se puxo de manifesto, de varios extremos: da aplicación en bloque da LCSP (seccións 1.ª e 2.ª do capítulo I do *título I do libro II*) á adxudicación dos seus contratos harmonizados, con desaparición das excepcións e matizacións que recollía o artigo 190 do TRLCSP; da supresión das instrucións internas de contratación para os contratos destas entidades de valor considerado inferior aos limiares que definen os contratos SARH; e da admisión da posibilidade de adxudicar os contratos de obras, concesións de obras e servizos de valor considerado inferior a 40.000 euros e os de servizos e subministracións de valor considerado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

Sobre este último extremo, no informe que nos ocupa argumentase que, en relación cos contratos menores e á vista do teor do artigo 318 LCSP, os PANAP deben observar as mesmas exigencias xerais porque, na medida en que “os contratos a que se refire o artigo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes cos contratos menores, non se advirte razón legal que exclúa a aplicación a estes contratos do artigo 318.a) dos requisitos que, con carácter xeral, establece para os contratos menores o artigo 118 da LCSP”.

Regap



ESTUDOS

Este mesmo razoamento está contido, tamén, no Informe 2/2018 da Avogacía do Estado, no cal se puntualiza que, aínda que o artigo 318.a) non emprega, *nominatim*, a expresión “contratos menores”, e tampouco contén unha remisión patente aos artigos 118 e 131.3, que son os que regulan de maneira xeral esta categoría, “apréciase fundamento xurídico para concluír que a mención concreta do artigo 318.a) aos contratos de valor estimado inferior a 40.000, no caso de contratos de obras, concesións de obras e concesións de servizos, e a 15.000 euros, no caso de contratos de servizos e de subministracións (importes plenamente coincidentes cos previstos para os contratos menores no artigo 118.1 da LCSP), unida á previsión de que estes “poderán adjudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación obxecto do contrato” (expresión idéntica á empregada polo lexislador no artigo 131.3 da LCSP para aludir aos contratos menores), non é unha mera casualidade ou coincidencia, senón unha decisión deliberada do lexislador, que está a configurar un suposto conceptualmente coincidente cos contratos menores”.

En definitiva, na nosa opinión, unha interpretación que aposte pola uniformidade normativa neste ámbito favorece, sen lugar a dúbidas, a transparencia e a seguridade xurídica, xa que a aplicación do artigo 118 da LCSP implica, dun lado, evitar a existencia de distintos réximes de contratación aplicables aos contratos non harmonizados dos PANAP, feito que propicia, ademais, a simplificación administrativa na procura, especialmente, da plena implementación da contratación electrónica²⁷; e, doutro, a observancia polos PANAP de determinadas regras nos expedientes da contratación menor para evitar posibles utilizacións abusivas afastadas dos obxectivos que han de estar presentes na contratación pública de eficiencia no gasto e de respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade, como se incide no preámbulo da LCSP²⁸.

Finalmente, resta constatar que, malia que unha visión sistemática e integrada do réxime xurídico da contratación pública pode levar a concluír nos termos indicados, o lexislador perdeu, unha vez máis, unha oportunidade de claridade positiva.

2.2 Consideracións sobre o procedemento negociado: o prezo e o menor custo do ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación

Respecto dos criterios de adjudicación dos contratos, debemos partir do artigo 145 da LCSP, que dispón: “1. *A adjudicación dos contratos realizarase utilizando unha pluralidade de criterios de adjudicación baseándose na mellor relación calidade-prezo. Xustificándoo previamente no expediente, os contratos poderanse adjudicar segundo criterios baseados nunha formulación que atenda á mellor relación custo-eficacia, sobre a base do prezo ou custo, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 148*”, mentres que o número 146 prevé que “1. *A adjudicación dos contratos se realizará utilizando unha pluralidade*

27 Sobre esta materia, *vid.* GÓMEZ MANRESA, M.ª F., “Retos de la contratación pública electrónica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 47-48, 2016, pp. 244 a 275; e MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

28 “*O sistema legal de contratación pública que se establece nesta lei persegue aclarar as normas vixentes na procura dunha maior seguridade xurídica e trata de conseguir que se utilice a contratación pública como instrumento para implementar as políticas tanto europeas como nacionais en materia social, ambiental, de innovación e desenvolvemento, de promoción das pemes, e de defensa da competencia. Todas estas cuestións constitúense como verdadeiros obxectivos da lei, perseguíndose en todo momento a eficiencia no gasto público e o respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade*”.

de criterios de adjudicación baseándose na mellor relación calidade-prezo. Xustificándoo previamente no expediente, os contratos poderanse adjudicar segundo criterios baseados nunha proposta que atenda á mellor relación custo-eficacia, sobre a base do prezo ou custo, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 148.2. A mellor relación calidade-prezo avaliarase consonte criterios económicos e cualitativos”.

Así pois, resulta que, en principio, a LCSP se refire a “pluralidade de criterios de adjudicación”, cuxa elección, como explicita a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón no seu Informe 2/2015, do 17 de marzo —en que trae a colación o Informe 1/2011, do 12 de xaneiro—, aínda que é discrecional para o órgano de contratación, tales criterios “han de reunir, en síntese, as seguintes características: deben estar directamente vinculados ao obxecto, as características e a natureza do contrato; deben ser obxectivos; deben estar ponderados; deben permitir avaliar o nivel de rendemento e a relación calidade/prezo de cada oferta e deben figurar no anuncio de licitación, nos pregos ou, se é o caso, no documento descritivo. É dicir, atendendo ao interese público en xogo e en función do obxecto do contrato, o órgano de contratación goza no noso dereito de certa liberdade para a elección dos diferentes criterios, debendo en todo caso motivar a súa elección (ex artigo 109.4 TRLCSP)”.

O dito informe explica que o TRLCSP, ao regular os criterios de adjudicación no seu artigo 150.1, que hoxe ten o seu equivalente no número 145 da LCSP, “alude ao criterio prezo como un máis dos posibles, segundo se desprende da expresión “tales como”, e unicamente fixa este como obrigatorio cando se utilice un só criterio, “este ha de ser necesariamente o prezo máis baixo, como esta xunta xa sinalou no seu Informe 1/2011, do 12 de xaneiro”.

Obsérvase, entón, o cambio normativo que se produciu, xa que, se se fixa un único criterio, poderá ser o prezo ou o menor custo do ciclo de vida, baseándose no artigo 148 da LCSP, nos termos do artigo 67.2 da directiva: “A oferta economicamente máis vantaxosa desde o punto de vista do poder adjudicador determinarase sobre a base do prezo ou custo, utilizando unha formulación que atenda á relación custo-eficacia, como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme o artigo 68, e poderá incluír a mellor relación calidade-prezo, que se avaliará en función de criterios que inclúan aspectos cualitativos, ambientais e/ou sociais vinculados ao obxecto do contrato público de que se trate”.

Resulta inescusable a cita do considerando 90 da Directiva 2014/24/UE, que precisa que “A adjudicación dos contratos debe basearse en criterios obxectivos que garantan o respecto dos principios de transparencia, non discriminación e igualdade de trato co fin de garantir unha comparación obxectiva do valor relativo dos licitadores que permita determinar, en condicións de competencia efectiva, que oferta é a oferta economicamente máis vantaxosa. Debería establecerse explicitamente que a oferta economicamente máis vantaxosa debería avaliarse sobre a base da mellor relación calidade-prezo, que ha de incluír sempre un elemento de prezo ou custo. Do mesmo xeito, debería aclararse que a dita avaliación da oferta economicamente máis vantaxosa tamén podería levarse a cabo só sobre a base do prezo ou da relación custo-eficacia. Por outra banda, convén lembrar que os poderes adjudicadores gozan de liberdade para fixar normas de calidade axeitadas utilizando especificacións técnicas ou condicións de rendemento do contrato”.

Continuando coa análise do informe citado, é de destacar, como se evidencia nel, que o criterio prezo ten unha vocación xeral que aconsella a súa inclusión en toda contratación pública, afirmación que se sustenta no artigo 7 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de

Regap



ESTUDIOS

estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, na medida en que “establece, como un dos paradigmas da correcta xestión, a eficiencia dos fondos públicos, e a “economía” do contrato é, sen dúbida, un elemento clave para acadala”.

Non obstante, o feito de que o prezo sexa criterio único de adjudicación en sede de procedemento negociado xerou, ata a data, discrepancias acerca da súa conveniencia, fundamentalmente atendendo á natureza deste e ao bo goberno, tal como deduciu a XCCA da Comunidade Autónoma de Aragón na Recomendación 1/2016, do 20 de abril, do seguinte xeito: “Unha cuestión respecto da que non existe unanimidade é a posibilidade de utilizar como único elemento sobre o que verse a negociación o prezo. Non existe un precepto que expresamente o prohiba, e vén sendo admitida –Resolución do TACRC²⁹ 50/2011–, pero non parece que responda á verdadeira natureza deste procedemento. Un procedemento negociado, en que a negociación verse unicamente sobre o prezo, é dubidoso que cumpra coa finalidade deste procedemento, que é adaptar o contrato ás necesidades e obxectivos do órgano contratante. Por iso, non é aconsellable recorrer ao prezo como único criterio de negociación. Como xa se expuxo no apartado anterior, cabe utilizar como criterios de adjudicación aspectos que tamén son obxecto de negociación”.

En efecto, a posibilidade de que o prezo sexa o único criterio de adjudicación é admitida polo TACRC, na Resolución 50/2011, do 24 de febreiro, como se detalla seguidamente: «o órgano de contratación no seu informe parece considerar as ofertas presentadas polos licitadores como unha fase de negociación, xa que ao aludir a elas sinala que “este órgano de contratación, no prego de cláusulas administrativas, non recolleu a posibilidade de abrir novas fases de negociación, dado que unha vez abertas as ofertas se adjudicaría ao licitador que ofrece o prezo máis económico para este organismo”. A este respecto, débese sinalar, en contra do manifestado polo órgano de contratación no seu informe, que a presentación das ofertas polas empresas invitadas non pode ser considerada como unha fase de negociación, pois resulta obvio que a negociación, de existir, o será con posterioridade á presentación das ofertas, non as ofertas en si mesmas, e máis nun suposto como no expediente de referencia, en que o único aspecto a negociar, de acordo co previsto no prego, será o prezo. Así, dado que no expediente remitido a este tribunal non existe constancia de negociación polo órgano de contratación cos licitadores, cabe concluír que, para o expediente de referencia, non existiu negociación con ningún licitador dos aspectos susceptibles desta, neste caso do prezo, de acordo co contido do prego».

En conclusión, pode afirmarse que, no momento actual, non existe prohibición legal ningunha de que o prezo sexa o único criterio de adjudicación nos procedementos negociados, aínda que podería obxectarse que este criterio cumpra coa finalidade deste procedemento, que é adaptar o contrato ás necesidades do órgano contratante, aínda que é certo que o obxecto do contrato podería xustificar, se está moi concretado, que o único a negociar sexa o prezo, debendo ter presente en relación coas ofertas desproporcionadas ou temerarias o artigo 85 do Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral de contratos das administracións públicas³⁰.

29 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

30 O precepto concreta que se “considerarán, en principio, desproporcionadas ou temerarias as ofertas que se atopan nos seguintes supostos: cando, concorrendo un só licitador, sexa inferior ao orzamento base de licitación en máis de 25 unidades porcentuais; cando concorran dous licitadores, a que sexa inferior en máis de 20 unidades porcentuais á outra oferta; cando concorran tres licitadores, as que sexan inferiores en máis de 10 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas, debendo excluírse para o cómputo da dita media

2.3 Peculiaridades da adxudicación dos contratos en que só exista un provedor no mercado no procedemento negociado sen publicidade

É conveniente mencionar, en primeiro lugar, o Informe 11/2004, do 7 de xuño, da XCCA do Estado, no cal se analiza artigo 210.b) da LCAP, que ten o seu equivalente no artigo 170.d) do TRLCSP e este no número 166.a).2 da LCSP³¹, que posibilita a negociación cun ou varios candidatos “así como no artigo 59.c) da Lei 31/2007, dedicado ao procedemento negociado sen convocatoria previa de licitación” e que está dedicado á utilización do procedemento negociado “cando, por razóns técnicas ou artísticas ou por motivos relacionados coa protección de dereitos de exclusiva, o contrato só se lle poida encomendar a un empresario determinado”, xa que nel se dá resposta á pregunta de se é posible, segundo o disposto no artigo 210.b) da LCAP, contratar os servizos dun arquitecto para o desenvolvemento do proxecto no ámbito urbanístico e arquitectónico, e xustificar a negociación cun só profesional na consideración de que se está encargando un traballo artístico e cales serían os criterios a ter en conta para estes efectos.

Á dita interrogante, a xunta responde que a soa circunstancia de que a prestación a contratar teña evidentes implicacións artísticas non autoriza sen máis a considerar xustificada a utilización da causa de procedemento negociado prevista no artigo 210 b) da LCAP, “pois iso suporía desnaturalizar a esencia do procedemento negociado por esta causa xeneralizándoa á totalidade de contratos con profesionais, sobre todo se se ten en conta que os citados artigos e letra non se refiren á mera conveniencia ou oportunidade, senón que, taxativamente, sinalan que procederá o procedemento negociado cando por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos “tan só poida encomendarse o obxecto do contrato a un único empresario” e que, por outra banda, a aplicación do sistema de concurso de proxectos regulado no artigo 216 da lei achega solucións máis adecuadas, permitindo a libre concorrancia de cantos arquitectos estean facultados para o fin que se desexa conseguir, concorrancia que tamén pode obterse mediante a aplicación do procedemento aberto ou do procedemento restrinxido”.

Adúcese, así mesmo, que “a causa xustificadora do procedemento negociado do artigo 210 b) da Lei de contratos das administracións públicas é que soamente exista un único empresario ou profesional ao que se lle poida encargar o obxecto do contrato e que iso sexa debido a causas técnicas, artísticas e de protección de dereitos exclusivos. Resulta evidente, polo tanto, que esta causa xustificadora do procedemento negociado non reside no carácter

a oferta de contía máis elevada cando sexa superior en máis de 10 unidades porcentuais a esa media, considerándose desproporcionada a baixa superior a 25 unidades porcentuais; cando concorran catro ou máis licitadores, as que sexan inferiores en máis de 10 unidades porcentuais á media aritmética das ofertas presentadas, aínda que, se entre elas existen ofertas que sexan superiores á dita media en máis de 10 unidades porcentuais, se procederá ao cálculo dunha nova media só coas ofertas que non se atopen no suposto indicado, dado que, se o número das restantes ofertas é inferior a tres, a nova media se calculará sobre as tres ofertas de menor contía. Cómpre matizar que, excepcionalmente, e atendendo ao obxecto do contrato e ás circunstancias do mercado, o órgano de contratación poderá motivadamente reducir nun terzo no correspondente prego de cláusulas administrativas particulares as porcentaxes establecidas nos apartados anteriores, así como que, para a valoración das ofertas como desproporcionadas, a mesa de contratación poderá considerar a relación entre a solvencia da empresa e a oferta presentada”.

31 O artigo 166.a).2 da LCSP dispón que “cando as obras, as subministracións ou os servizos só poidan ser encomendados a un empresario determinado, por algunha das seguintes razóns: que o contrato teña por obxecto a creación ou adquisición dunha obra de arte ou representación artística única non integrante do Patrimonio Histórico Español; que non exista competencia por razóns técnicas; ou que proceda a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial”.

Especificase, ademais, que “a non existencia de competencia por razóns técnicas e a protección de dereitos exclusivos, incluídos os dereitos de propiedade intelectual e industrial só se aplicarán cando non exista unha alternativa ou substituto razoable e cando a ausencia de competencia non sexa consecuencia dunha configuración restritiva dos requisitos e criterios para adxudicar o contrato”.

artístico do traballo, senón en que unicamente haxa un empresario ou profesional ao que se lle poida encargar o traballo, sexa por razóns técnicas, artísticas ou de exclusividade de dereitos”, extremos todos eles que deben xustificarse debidamente no expediente.

En canto á necesidade de proba da exclusividade, o Informe 35/2006, do 30 de outubro, da XCCA do Estado conclúe: “A única cuestión que se formula neste expediente consiste en realizar unha axeitada interpretación da causa de utilización do procedemento negociado cando só exista un contratista que poida realizar o obxecto do contrato, dado que se isto é así carece de sentido convocar unha concorrencia imposible de producirse. Con similar fórmula, os artigos 141 b), 182 b) e 210 b) admiten a utilización do procedemento negociado sen publicidade cando, por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos, só se lle poida encomendar o obxecto do contrato a un único empresario. Sendo esta última a razón determinante e xustificativa do procedemento negociado, a súa concorrencia é unha cuestión de proba ou xustificación que deberá constar necesariamente no expediente de contratación, sen que poidan darse regras xerais que permitan ser aplicadas a todos os supostos que poidan presentarse. Neste sentido, e polo que respecta ás cuestións concretas que se formulan, deberá afirmarse que o ámbito territorial da exclusividade dependerá do obxecto do contrato, e o mesmo pode afirmarse respecto á referencia á fabricación e/ou distribución, sen que poidan darse criterios orientativos en canto ao órgano que expide certificados de exclusividade, pois, insistimos, o decisivo é que, polo conduto que sexa adecuado e suficientemente, se xustifique a existencia dun só empresario que poida realizar o obxecto do contrato sen restrición do ámbito territorial da exclusividade”.

A teor da xustificación da exclusividade, a Sentenza da Audiencia Nacional 2006/265302, do 22 de decembro de 2005, explicita o seguinte: «En contra do argumentado pola recorrente, vemos que o propio artigo 210 b) LCAP remite as razóns técnicas xustificadoras desta forma de contratación ao obxecto concreto do contrato, co que non son ponderables elucubracións acerca do que Europa Press puidese facer para alcanzar a capacidade técnica da que carecía e da que elude entrar en comparación coa adjudicataria, comparación ao concreto que segundo a súa versión non é posible realizar *a priori*, senón dentro dun procedemento de licitación aberto e con publicidade e de cara a valorar a solvencia dos licitadores que concorresen, pero obviando que igualmente tal comparativa é necesaria para decidir se só hai unha entidade no mercado con capacidade técnica para ser contratista, xa que de haber varios non procedería o negociado sen publicidade sobre a base da posibilidade do apartado b) do artigo 210. Para tal efecto, basta remitirnos ao informe do 26 de xullo de 2001 emitido polo director de Seguimento Informativo do Voceiro do Goberno. Trátase dun informe dun órgano técnico que a recorrente reputa de falta de credibilidade, xa que ao seu xuízo non se apoia en informes analíticos serios, nin internos nin externos, pero sen que achegase da súa parte “informes analíticos serios” que permitan concluír que os datos recollidos neste sexan inexactos. O dito informe recolle a comparativa das principais axencias informativas que operan en España e que por só citar o que atinxe á adjudicataria e á recorrente, a súa máis próxima “competidora”, cómpre salientar que a axencia EFE dispuña de 26 delegacións nacionais e 44 internacionais, con 114 correspondentes no exterior, mentres que Europa Press tiña 14 delegacións nacionais, 2 internacionais sen sede física, cunha oficina rexional en Miami e 11 correspondentes internacionais. Por iso, é máis que evidente que no mercado en 2001 non había máis que unha entidade constituída (non se poden valorar futuribles hipóteses empresariais nin sequera concretadas) con solvencia técnica bastante para o cumprimento minimamente satisfactorio da cobertura informativa, a nivel nacional e

internacional, coas exigencias pretendidas polo Goberno de España de actualidade, rapidez, continuidade, exhaustividade, máxima cobertura xeográfica, difusión da presenza política e cultural do noso país, en especial a idiomática, con destacada implantación en Internet e outros multimedia, e cun importante banco de datos (exigencias que máis detalladamente se concretan na memoria xustificativa e no PPT). Non se poden obviar tampouco os informes da Dirección Xeral da OID (folios 36 a 58 do expediente administrativo) e o Informe do Gabinete Técnico da Subsecretaría do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía (folio 59 do expediente), que redundan na solvencia técnica da adxudicataria e a súa condición de única capacitada no mercado para prestar o servizo a contratar».

En atención ao exposto, quedou evidenciada a admisión da utilización do procedemento negociado sen publicidade cando por razóns técnicas ou artísticas ou relacionadas coa protección de dereitos exclusivos só se lle poida encomendar o obxecto do contrato a un único empresario; agora ben, a citada peculiaridade non é motivo para eludir a redacción do correspondente prego, como puntualiza a XCCA do Estado no seu Informe 56/2006, do 11 de decembro: “de conformidade co artigo 49.1 da Lei de contratos das administracións públicas, o prego de cláusulas administrativas particulares é exigible en toda clase de contratos e procedementos de adxudicación, sen que as excepcións previstas na propia lei (contratos menores, emerxencia e contratos no estranxeiro) poidan estenderse con carácter xeral ao procedemento negociado sen publicidade”.

En conclusión, debe rexeitarse a ausencia de prego de cláusulas administrativas particulares porque o artigo 166 da LCSP –relativo ao procedemento negociado– o require de xeito expreso: “*No prego de cláusulas administrativas particulares determinaranse os aspectos económicos e técnicos que, se é o caso, deban ser obxecto de negociación coas empresas*”, así como baseándose no artigo 317 do mesmo texto legal, na medida en que remite, en relación coa preparación e adxudicación dos contratos SARH que concerten os PANAP, á normativa aplicable a esta última contida na o libro II, título I, capítulo I, seccións 1.ª e 2.ª.

Bibliografía

- GIMENO FELIU, J. M.ª, *Sistema de control de la contratación pública en España: (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GÓMEZ MANRESA, M.ªF., “Retos de la contratación pública electrónica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 47-48, 2016.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, 4.ª ed., tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

regap



ESTUDIOS

RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.^a, *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de contratos el sector público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

A disciplina da modificación do obxecto do contrato da Lei 9/2017 de contratos do sector público

La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la Ley 9/2017 de contratos del sector público

The modification of contracts under Law 9/2017 on public contracts



ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de Castela-A Mancha

Recibido: 10/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O traballo esboza unha primeira valoración da regulación dos modificados contractuais introducida por Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público. A norma, malia introducir un réxime máis flexible que o previsto no xa derogado Real decreto legislativo 3/2011, en máis dunha ocasión matiza a disciplina establecida na Directiva sobre contratación pública.

Palabras clave: Contratos públicos, modificación, resolución, condicións esenciais.

Resumen: El trabajo esboza una primera valoración de la regulación de los modificados contractuales introducida por Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. La norma, si bien introduce un régimen más flexible que el previsto en el ya derogado Real decreto legislativo 3/2011, en más de una ocasión matiza la disciplina establecida en la Directiva sobre contratación pública.

Palabras clave: Contratos públicos, modificación, resolución, condiciones esenciales.

Abstract: This paper contains a first assessment of the regulation of modifications of contracts under Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts. The Spanish Law introduces non existing limits in Classical Directive. Nevertheless, the new regime is more flexible than the one included in the already repealed Royal Legislative Decree 3/2011.

Key words: Public contracts, modification, termination, substantial condition.

Sumario: 1 Premisa: o dereito europeo e a transformación da tradicional prerrogativa do *ius variandi*. 2 A modificación dos contratos públicos nas directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE. 2.1 Réxime substantivo. 2.2 Mecanismos de control das modificacións contractuais e dereito da Unión Europea. 3 A regulación dos modificados contractuais na LCSP. 3.1 Consideracións xerais. Ámbito de aplicación das normas sobre modificados contractuais. 3.2 A modificación dos contratos administrativos. 3.2.1 Modificacións previstas no prego de condicións. 3.2.2 Modificacións non previstas no prego de cláusulas administrativas particulares. 3.2.3 Procedemento de modificación. 3.3 Especialidades na modificación dos contratos dos poderes adjudicadores que non pertencen á categoría de administracións públicas. 3.4 Mecanismos de control.

1 Premisa: o dereito europeo e a transformación da tradicional prerrogativa do *ius variandi*

As implicacións que a proxección do principio de libre concorrència tivo na regulación da execución dos contratos administrativos son tan salientables, que a erosión que produciu nas tradicionais prerrogativas chegou a transformar o propio concepto de contrato administrativo. Aínda que a existencia de poderes exorbitantes foi un dos elementos que tradicionalmente se empregaron para caracterizar os contratos administrativos¹, o novo dereito da contratación pública europeizado xa non se define en función das prerrogativas da Administración, senón do respecto aos principios xerais². Deste xeito, a tradicional prerrogativa de exercicio do *ius variandi* sufriu tal transformación que resulta dificilmente recoñecible.

Sexa como for, aínda que na nosa doutrina non se ignorou que a necesidade de cumprir o pactado é unha exixencia do principio de libre concorrència³, o certo é que este principio se sacrificou na nosa lexislación e na práctica na procura da pretendida eficacia no servizo ao interese público⁴, coas distorsións, ineficiencias e corrupción que iso xerou.

Non obstante, a progresiva asimilación do dereito da Unión Europea supuxo un innegable elemento de recondución destas tendencias cara a unha materialización máis efectiva dos principios de igualdade e transparencia no ámbito da execución do contrato público. Sabido é que as normas europeas sobre contratación pública tradicionalmente se limitaron á fase de formación do contrato. Porén, o desenvolvemento da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza de Unión Europea⁵ tivo ocasión de demostrar que a fase de execución do contrato público tamén pode producir distorsións no funcionamento do mercado interior, na medida en que pode resultar idónea para favorecer un competidor fronte ao resto, contravindo así os principios de igualdade de trato e transparencia sobre os que descansa o sistema de contratación público europeo. De nada serve o respecto escrupuloso destes principios na fase de selección do adxudicatario se, unha vez elixido este, pode alterarse o contido do licitado no seu beneficio⁶. En sentenzas xa clásicas como a STXUE do 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99⁷, ou a STXUE de 19 de xuño de 2008, *Presstext*, C-454/06⁸, concluíuse

1 Vid. ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, p. 96.

2 MORENO MOLINA, J.A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2009, pp. 63 e ss.

3 Entre outros, BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela de Administración Pública, Madrid, 1970, p. 80.

4 Non obstante, a interpretación que salientamos no texto baséase nunha desenfocada lectura do principio de eficacia. Vid. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", Cano Campos, T., e Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, p. 154; MELAN GIL, J.L., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", *Revista de Administración Pública*, n. 191, 2013, p. 38.

5 En relación co impacto da xurisprudencia no proceso de creación das regras sobre contratación pública, vid. COZZIO, M., "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública", Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Madrid, 2013, e GIMENO FELIÚ, J.M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.

6 Vid. RACCA, G.M., e CAVALLLO PERIN, R., "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4, 2013, p. 280.

7 Para unha análise exhaustiva desta sentenza, vid. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 143, 2009.

8 En relación con esta sentenza, vid. BROWN, A., "When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of EU Procurement rules? Guidance at Last in Case C-454/06", *Public Procurement Law Review*, n. 6, 2008.

que toda modificación substancial dun contrato público implica a necesidade de iniciar un procedemento de adxudicación⁹, coa única excepción de que a modificación estivese prevista na documentación contractual a través de cláusulas precisas e inequívocas.

Mentres todo iso sucedía no plano do dereito da UE, os primeiros intentos do lexislador español por establecer unha regulación da modificación dos contratos públicos acorde coa xurisprudencia europea resultaron infrutuosos. Aínda que a versión orixinal do artigo 202 da Lei do 30 de outubro 30/2007, pola que se aprobou a Lei de contratos do sector público (en diante LCSP), pretendía someter o exercicio do *ius variandi* a límites moito máis estritos que os establecidos no precedente artigo 101 TRLCAP, o certo é que a Comisión Europea iniciou un procedemento de infracción tras constatar a existencia dun problema xeneralizado en España no referente á modificación dos contratos. A Comisión considerou que a LCSP lles confería ás entidades adxudicadoras poderes moi amplos, case ilimitados, para modificar cláusulas esenciais dos contratos públicos tras a súa adxudicación, en condicións que non se atían aos principios de igualdade de trato entre licitadores, non discriminación e transparencia fixados polas normas sobre contratación pública da UE. Así mesmo, a falta de aplicabilidade da disciplina dos modificados aos poderes adxudicadores que non tivesen carácter de Administración pública (ex artigo 20 LCSP) presentaba obvios problemas de compatibilidade co dereito da Unión Europea.

Todo iso motivou a modificación da LCSP mediante a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, a través da cal se introduciu un novo título V no libro I, relativo á modificación dos contratos. Estes preceptos, ademais, eran aplicables a todos os contratos do sector público. Nun apertado resumo, só se admite a modificación do contrato nos casos en que así estea previsto no prego de condicións ou no contrato («modificación convencional») e en determinados supostos taxados *ex lege* («modificación legal»). Polo tanto, restrínxese en boa medida o exercicio do *ius variandi*, e non só no ámbito das administracións públicas, senón tamén no resto do sector público. Tanto, que probablemente foi moi atinada a valoración de parte da nosa doutrina que resaltou que a regulación resultaba excesivamente restritiva¹⁰. En calquera caso, estes preceptos, sen cambios substanciais, pasaron a integrar os artigos 105 e seguintes do hoxe derogado Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP).

Pois ben, neste contexto, o artigo 72 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de setembro de 2014, sobre contratación pública, e o artigo 43 da Directiva 2014/23/UE, do 26 de setembro, sobre concesións, regulan por primeira vez os modificados contractuais dun xeito que pretende ser exhaustivo. Non obstante, dado que a calidade técnica destes preceptos é mellorable, a transposición das directivas neste punto supón un auténtico reto para os lexisladores nacionais.

9 Tivemos ocasión de realizar un detallado estudo en GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", *Las Directivas de Contratación Pública*, Número Monográfico Especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Vid. igualmente, VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; e GIMENO FELIÚ, J.M., "Régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 149, 2011, e HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La modificación de los contratos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", Hernández Corchete, J.A. (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

10 Vid. COLÁS TENA, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012, p. 87; BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, p. 186. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., "Nuevo régimen jurídicos para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de economía sostenible", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 37, 2010, p. 330.

Nas seguintes páxinas esbozase unha primeira valoración da regulación dos modificados contractuais na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP 2017).

2 A modificación dos contratos públicos nas directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE

2.1 Réxime substantivo

A sentenza STXUE do 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99, esbozou xa os dous únicos supostos en que estaba permitida a modificación dun contrato público:

«á falta de disposición expresa para tal efecto no anuncio de licitación, prohibéselle á entidade adjudicadora modificar, en calquera fase do procedemento, as condicións de licitación, so pena de vulnerar o principio de igualdade de trato entre todos os licitadores e o principio de transparencia».

A partir da dita sentenza, xorde a distinción entre modificacións previstas na documentación contractual e modificacións non previstas. Neste último caso, as modificacións non poderán alterar as condicións esenciais da licitación. Como se sinalou¹¹, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre modificacións contractuais era ostensiblemente rixida. E é que, á hora de afrontar os distintos supostos, o Tribunal de Luxemburgo analizou de xeito preponderante os efectos do modificado, desdeñando as causas que poden conducir a el. Como noutras ocasións, utilízase un enfoque funcional, perspectiva que nesta ocasión está dirixida a determinar caso a caso cal é a incidencia de modificado no xogo da competencia previamente establecida. Trátase de evitar que o adjudicatario goce dunha vantaxe competitiva sobre o resto de licitadores, o que violaría o principio de igualdade de trato e menoscabaría a transparencia do procedemento. Por iso se proscriben totalmente as modificacións que poidan alterar as condicións esenciais do contrato¹².

No caso de que acaecese unha circunstancia imprevisible –entendida de forma obxectiva e restritiva–, poderían engadirse prestacións ao contrato orixinal a través da utilización do procedemento negociado sen publicidade¹³. E, máis alá deste mecanismo, non se entendía

11 GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, cit., p. 140.

12 Convén lembrar neste punto que limitacións ao *ius variandi* proceden do dereito orixinario e son aplicables a todos os contratos e non só aos que son obxecto de regulación polas directivas sobre contratación pública. Así, a STXUE do 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91/08, tivo ocasión de afirmar que as modificacións substanciais, introducidas nas disposicións esenciais dun contrato de concesión de servizos, poderían exixir, en determinados supostos, a adjudicación dun novo contrato de concesión cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato de concesión inicial.

13 *Vid.* artigo 31.2.b) e 31.4.a) Directiva 2014/18/UE, que permitían utilizar este procedemento para a adjudicación de obras, subministracións e servizos complementarios e inseparables do contrato inicial. Son coñecidas as dificultades que existen no dereito español para deslindar os conceptos de «contrato modificado» e «contrato complementario». Na xurisprudencia, esta distinción analizouse máis desde a óptica de evitar o enriquecemento inxusto da Administración que da necesidade de articular un procedemento de licitación [entre outras, STS do 7 de xullo de 1998 (rec. 6878/1992)]. Pola súa banda, o Consello de Estado recoñeceu que a diferenza entre obras complementarias e modificacións de obras «non aparece clara en todos os casos» (entre outros, DCE 1126/2007, do 21 de xuño), aínda que tratou de ensaiar criterios distintivos. Pero, en todo caso, como destacou HORGUÉ BAENA (*La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*, Marcial Pons, Valencia, 1997, pp. 205 a 211), en realidade o concepto de prestación complementaria prevista no dereito europeo abrangue determinados supostos que no dereito español se consideraban modificacións contractuais. A xurisprudencia europea

lexítima a invocación da imprevisibilidade como título suficiente para a modificación do contrato público. Aínda así, na miña opinión, cómpre destacar que o Tribunal Europeo non tivera oportunidade de afrontar de forma directa un suposto en que a alteración das condicións esenciais da licitación fose consecuencia inmediata dun feito obxectivamente imprevisible. No litixio ao que pon fin a sentenza *Succhi di Frutta*, a Comisión xustificou a súa controvertida decisión de modificar o contrato na indispoñibilidade de mazás que constituían o pagamento en especie do contrato en cuestión¹⁴. E, aínda que a sentenza en instancia nega que no momento de adopción da decisión se dese a circunstancia imprevisible alegada¹⁵, o TXUE considera irrelevante este feito, levando ata os seus últimos extremos a doutrina sobre a imposibilidade de modificar os elementos esenciais dun contrato público¹⁶. Pode dubidarse se este razoamento tería admitido máis matices, de ser certa a indispoñibilidade das célebres mazás¹⁷.

Non sorprende por iso que a propia Comisión Europea advertise que a rixida aplicación dos criterios xurisprudenciais sobre a modificación dos contratos podería presentar disfuncións cando se trata de contratos complexos e de longa duración¹⁸. E que no Libro verde sobre «A modernización da política de contratación pública da UE» de 2011¹⁹, a Comisión reconece que os cambios posteriores á licitación que teñen unha repercusión no propio contrato ou na súa execución constituían «unha cuestión particularmente complexa». Así, na proposta de directivas sobre contratación pública e concesións²⁰ a Comisión tratou de introducir certo grao de flexibilidade para adaptar o contrato a circunstancias externas imprevisibles sen necesidade dun novo procedemento de contratación.

posterior confirmou a certeza desta apreciación. As ampliacións do obxecto contractual teñen carácter de prestación complementaria (STXUE do 29 de abril de 2010). Tamén as alteracións no proxecto das obras para introducir servizos, subministracións e obras non previstos inicialmente (STXUE do 31 de xaneiro de 2013, España c. Comisión, T-235/11).

- 14 Como é sabido, a STXUE do 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99, que tivo a súa orixe nun contrato licitado pola Comisión Europea para a subministración de zumes de froitas e confeituras destinados ás poboacións de terceiros Estados. Segundo as condicións iniciais da contratación, o pagamento faríase en mazás ou laranxas dependendo do lote de que se tratase. Non obstante, unha vez adxudicados os contratos, a Comisión permitíulles ás empresas adxudicatarias que o desexasen aceptar en pagamento, en substitución das mazás e as laranxas, outros produtos retirados do mercado.
Para unha análise exhaustiva, *vid.* VÁZQUEZ MATILLA, F. J., “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, *cit.*
- 15 *Vid.* STPI do 14 de outubro de 1999, T-1991/96 (apartados 80 e 81): «Ademais, os datos proporcionados pola Comisión no procedemento (...) non proban que, no momento da adopción da decisión controvertida, existise unha indispoñibilidade de mazás nos almacéns de intervención que puidese impedir a execución das operacións a que se refería o anuncio de licitación. Mesmo supondo que na Comunidade existise tal indispoñibilidade de mazás que puidesen ser retiradas, correspondíalle á Comisión fixar no anuncio de licitación as condicións precisas dunha substitución das froitas previstas para o pagamento das subministracións de que se trata por outras, para respectar os principios de transparencia e de igualdade de trato. De non ser así, a Comisión estaba obrigada a iniciar outro procedemento de licitación».
- 16 *Vid.* apartados 130 e 131.
- 17 Sobre o acaecemento ou non desta circunstancia imprevisible, resulta sumamente expresivo o apartado 55 das conclusións do avogado xeral Albert: “a decisión de permitir a substitución de mazás por melocotóns foi adoptada inmediatamente despois da adxudicación e nun momento en que non existía unha escaseza apreciable de mazás. Por conseguinte, a verdadeira decisión de ofrecer a posibilidade de substitución, que constitúe a base e o contido da decisión obxecto de recurso, non se adoptou primordialmente en razón de circunstancias imprevisibles acaecidas con posterioridade á adxudicación do contrato”.
- 18 Libro verde sobre “A colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de concesións”, 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 (apartados 4 e 50).
- 19 Libro verde sobre “A modernización da política de contratación pública da UE. Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente”, Bruxelas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final.
- 20 *Vid.* artigo 42 da Proposta de Directiva relativa á adxudicación de contratos de concesión do 20 de decembro de 2011 [COM (2011) 897 final] e artigo 72 da Proposta de Directiva relativa á contratación pública COM (2011) 896 final, do 20 de decembro de 2011.

Sexa como for, o procedemento de elaboración das directivas sobre contratación pública e concesións tivo como resultado que a redacción dos preceptos relativos aos modificados contractuais sexa certamente tortuosa. Aínda así, a principal diferenza, ao meu xuízo, respecto ao dereito pretoriano precedente non é que se producise un cambio de enfoque, senón que a regulación é máis completa e exhaustiva porque aborda un suposto de feito que non fora tomado en consideración polo Tribunal de Xustiza: o risco imprevisible. E non parece en absoluto criticable a opción do lexislador da Unión Europea de afrontar a regulación das modificacións contractuais ante o cambio de circunstancias que rodearon a licitación. A tendencia a modular os efectos do contrato cando sucede un elemento imprevisible non é unha característica exclusiva da contratación administrativa. No ámbito do dereito privado recoñeceuse que a obrigatoriedade do contrato non debe estenderse máis alá do expresamente pactado e ao risco que debeu ser asumido polas partes²¹. E, aínda que a resposta que dan os distintos ordenamentos ante este tipo de supostos é diverxente, entre as dúas alternativas dispoñibles –modificación do contrato ou resolución–, o dereito europeo da contratación pública opta por imporlles límites aos dereitos nacionais cando se preveña a utilización da primeira.

Pois ben, e volvendo ao réxime establecido nas novas directivas, unha modificación substancial dun contrato durante a súa vixencia require unha nova adxudicación. Así se desprendía da xurisprudencia do TXUE, e este principio xeral foi puntualmente codificado nas novas directivas. A regra é inequívoca:

«será prescristivo iniciar un novo procedemento de contratación de conformidade con esta directiva para introducir nas disposicións dun contrato público ou un acordo marco, durante o seu período de vixencia, modificacións distintas das previstas nos apartados 1 e 2»²².

En todo caso, non se pode negar que a criticable ordenación sistemática dos artigos 72 da Directiva sobre contratación pública e do artigo 43 da Directiva sobre concesións pode propiciar lecturas distorsionadas. Non obstante, á marxe do contundente teor dos preceptos salientados, a chamada á xurisprudencia do TXUE que efectúan os considerandos de ambas as dúas directivas demostra que esta doutrina non perdeu nin un ápice de vixencia²³.

Toda modificación substancial das disposicións dun contrato público/concesión durante o seu período de vixencia será considerada unha nova adxudicación para os efectos do disposto nesta directiva e levará consigo un novo procedemento de adxudicación rexido por ela, salvo nos supostos taxados e de interpretación restritiva que as propias directivas establecen. Así, só será posible modificar un contrato sen necesidade de iniciar un procedemento de contratación cando:

21 Vid. CASTIÑEIRA JÉREZ, J., “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 29, 2012, pp. 71-106.

22 Artigo 72.5 da Directiva 2014/24/UE. Vid. igualmente o artigo 43.5 da Directiva 2014/23/UE.

23 Así, o considerando 107 da Directiva sobre contratación pública que encabeza o grupo de considerandos dedicados ás modificacións contractuais, literalmente afirma que «é preciso aclarar as condicións en que a modificación dun contrato durante a súa execución exige un novo procedemento de contratación, tendo en conta a correspondente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea» (cursiva nosa). Neste sentido, lémbrese que «é obrigatorio un novo procedemento de contratación cando se introducen no contrato inicial cambios fundamentais, en particular referidos ao ámbito de aplicación e ao contido dos dereitos e obrigas mutuos das partes [...]. Tales cambios demostran a intención das partes de renegociar as condicións esenciais do dito contrato». Idéntica dicción no considerando 75 da Directiva sobre concesións.

- a) As modificacións estivesen xa previstas nos pregos iniciais en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas.
- b) Se trate de prestacións adicionais técnica ou economicamente inseparables do contrato inicial que resulten «necesarias».
- c) Concorran circunstancias imprevisibles, obxectivamente definidas.
- d) Non se alcancen determinados limiares *de minimis*.
- e) A modificación non teña carácter substancial. O carácter substancial dunha modificación defínese en función dos criterios establecidos na sentenza *Pressetext*²⁴, que son obxecto de codificación na directiva.

Pode sorprender que da lectura literal das normas se desprenda que, en determinadas circunstancias, será posible introducir modificacións substanciais no contrato. Pero cómpre reparar en que a posibilidade de modificar as condicións esenciais do contrato non é en ningún caso ilimitada, porque as modificacións ou ben non deben alterar a natureza global do contrato [suposto a)], ou ben non deben superar determinados límites cuantitativos [suposto b)], ou ben deben respectar ambas as dúas limitacións simultaneamente [supostos c) e d)]. Desta forma, o principal reto que formulará a aplicación práctica das novas directivas sobre contratación pública é definir o concepto de «natureza global do contrato»²⁵. Neste caso, independentemente da causa que puidese motivar a alteración do contido obrigacional, a prohibición de modificar o contrato é absoluta²⁶. Polo tanto, debe subliñarse que a directiva introduce un novo concepto, o da “natureza global”, que non fora utilizado ata entón pola xurisprudencia²⁷. Así, como subliña Horgué Baena²⁸, pode deducirse que a DCP asume que existe un espazo en que, mesmo sendo substancial a modificación, non chega a alterar a natureza global do contrato.

En definitiva, en determinadas circunstancias permítese que sen mediar procedemento de adxudicación se introduzan modificacións esenciais do contrato, sempre que non alteren a súa «natureza global». En consecuencia, é posible sistematizar os distintos tipos de modificacións e os seus efectos atendendo á seguinte clasificación:

-
- 24 Segundo esta sentenza, «A modificación dun contrato en vigor pode considerarse substancial cando introduce condicións que, de ter figurado no procedemento de adxudicación inicial, terían permitido a participación doutros licitadores á parte dos inicialmente admitidos ou terían permitido seleccionar unha oferta distinta da inicialmente seleccionada». Ademais, «a modificación dun contrato inicial pode considerarse substancial cando amplía o contrato, en boa medida, a servizos inicialmente non previstos». Finalmente, «unha modificación tamén pode considerarse substancial cando cambia o equilibrio económico do contrato a favor do adxudicatario do contrato dun xeito que non estaba previsto nos termos do contrato inicial».
 - 25 Na versión en castelán da directiva de concesións, o límite é o «*carácter global da concesión*». Non obstante, desta diferenza de dicción, ao noso xulzo, non deben derivar consecuencias xurídicas, xa que o teor da versión inglesa de ambas as dúas directivas é idéntico: «*overall nature of the contract*» e «*overall nature of the concession*».
 - 26 As directivas non formulan expresamente este límite no caso de prestacións adicionais técnica ou economicamente inseparables da prestación. Non obstante, esta barreira infranqueable común está implícita na propia natureza da modificación e no límite cuantitativo previsto.
 - 27 Discrepamos neste punto con BAÑO LEÓN (“Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario de Derecho Local*, 2012, p. 144), para quen a alteración da natureza global é un concepto equivalente ao de modificación substancial do contrato.
 - 28 HORGUÉ BAENA, C., “Modificación de los contratos”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contrato del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 2277.

a) «modificacións que non teñen carácter de substanciais», modificacións ás que as directivas non lles impoñen límites expresos;

b) modificacións que afectan a condicións substanciais da licitación –sen afectar á natureza global do contrato–, que son admisibles sempre que: a') estean previstas na documentación contractual; b') obedezan a circunstancias imprevisibles; c') sexan necesarias e inseparables técnica ou economicamente do contrato inicial, ou d') non acaden determinada contía;

c) modificacións que alteran a natureza global do contrato, cuxa incorporación ao contrato require en todo caso o inicio dun novo procedemento de licitación.

As dúbidas interpretativas xurdirán, porque os parámetros para deslindar que condicións esenciais alteran a natureza global do contrato non son, nin moito menos, evidentes. Porque o concepto tanto de «condicións esenciais do contrato» como de «natureza global» teñen como referente un elemento común: a súa eventual «influencia no resultado do procedemento»²⁹. En todo caso, altérase a natureza global da contratación, «por exemplo, se se substitúen as obras, as subministracións ou os servizos que se van adquirir por outros diferentes ou se modifica de xeito fundamental o «tipo de contratación» ou «o tipo da concesión»³⁰.

Na miña opinión, cómpre ter en conta que o criterio da «natureza global» non fai referencia exactamente á natureza do contrato concluído, senón ás características esenciais do procedemento de contratación que se realizou previamente³¹. Noutros termos, alterarase a natureza global da contratación se se introducen variacións nos elementos que de xeito máis decisivo condicionaron o desenvolvemento do procedemento de contratación, desde a perspectiva tanto do número das ofertas recibidas como do seu contido. E iso sucederá xa sexa mediante a alteración do obxecto do contrato, xa sexa cando se superen determinados límites cuantitativos e, xa sexa, aínda que expresamente non se reflicta nas directivas, se se altera o equilibrio do contrato a favor do contratista, pois este equilibrio é un parámetro decisivo do desenvolvemento do procedemento de licitación. Aínda así, non pode negarse o carácter algo escorregadizo do concepto de “natureza global”, xa que a súa determinación deberá realizarse necesariamente caso a caso³².

Sexa o que for, só é posible introducir modificacións dos elementos esenciais do contrato cando concorran algunha das causas cualificadas que de forma taxada prevé o precepto. Desta maneira, o lexislador europeo, ante determinadas circunstancias sacrifica o principio de concorrencia a prol da consecución doutros intereses públicos. Por iso, a interpretación

29 En relación co concepto de «modificación non substancial», *vid.* artigo 72.5.a) da Directiva 2014/24/UE e considerando 107 da Directiva 2014/24/UE e artigo 41.5.a) e considerando 75 da Directiva 2014/23/UE. En relación coa caracterización da «natureza global do contrato», *vid.* considerando 109 da Directiva 2014/24/UE e considerando 76 da Directiva 2014/23/UE.

30 Considerando 109 da Directiva 2014/24/UE e considerando 76 da Directiva 2014/23/UE. Iso sucedería, como exemplifica a propia Comisión, se o poder adjudicador decide adquirir en propiedade a frota de vehículos en lugar de realizar a operación de arrendamento financeiro (*leasing*) inicialmente licitada ou se se renuncia á natureza orgánica dos alimentos que foron obxecto dun contrato de subministración (*Vid.* o documento do Consello 11266/12, do 14 de xuño de 2012, que inclúe nun anexo un documento elaborado pola Comisión).

31 A primeira acepción de «natureza» do Dicionario da Real Academia da Lengua Española é «esencia e propiedade característica de cada ser».

32 Para HORGUÉ BAENA, C., “Modificación de los contratos”, cit., p. 2277, o concepto de natureza global alude a un cambio que implica unha subversión do propio tipo de contrato do seu obxecto, ata o punto de facelo radicalmente distinto, ou poida entenderse que comporta a súa substitución.

dos supostos en que se permite este tipo de modificacións ha de ser necesariamente restrictiva, e as modificacións introducidas deben guiarse polo principio de proporcionalidade³³.

Neste sentido, advertiuse³⁴ que a valoración de se unha modificación é esencial ou non debe necesariamente depender do obxecto do contrato, do seu contido, do alcance da modificación proposta e de se esta se require por circunstancias externas. Non obstante, na miña opinión, as novas directivas permiten situar a discusión nun marco conceptual diverso. Para concluír se un modificado afecta ás condicións esenciais da licitación, cumprirá prescindir das causas que o motivan. Unha vez que se afirme que o modificado afecta ás condicións esenciais de licitación, aínda existirá marxe para consideralo axeitado ao dereito da Unión Europea se obedece a causas taxadas e cualificadas e non vulnera o límite infranqueable da natureza global do contrato. Por exemplo, a diminución do canon pactado suporá en principio a alteración dunha condición esencial. Non obstante, se con iso se pretende preservar a continuidade do contrato ante o acaecemento dunha circunstancia obxectivamente imprevisible, e non se altera a natureza global do contrato, a modificación pode resultar admisible³⁵.

A modo de recapitulación, polo tanto, as directivas examinadas parten da xurisprudencia anterior, no sentido de diferenciar os modificados previstos na documentación contractual –admisibles, se cumpren determinada prescrición– e dos modificados non previstos, en principio inadmisibles se alteran as condicións esenciais do contrato. Pero, a partir de aí, as directivas sobre contratación pública pretenden achar un delicado equilibrio entre as causas e os efectos dos modificados, de forma que a presenza de causas cualificadas permite transformar con máis intensidade o contrato inicial, modulando aspectos cuxa alteración estaría vedada cando é unha razón «ordinaria» de interese público a que o cambio reclama. A dificultade aplicativa radica en que o punto de equilibrio non pode establecerse en abstracto, senón que deberá atoparse en cada caso, tras un coidadoso labor de ponderación dos elementos concorrentes.

Regap



ESTUDIOS

33 Segundo reiterada xurisprudencia, o principio de proporcionalidade forma parte dos principios xerais do dereito europeo e exige que as medidas de que se trate non superen os límites do que resulta apropiado para o logro dos obxectivos perseguidos, entendéndose que, cando exista a posibilidade de optar por varias medidas axeitadas, deberá recorrerse á menos onerosa. Sobre as implicacións deste principio no ámbito da contratación pública, *vid.* MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2006, p. 66.

34 POULSEN, S.T., “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *Public Procurement Law Review*, n. 21, 2012, p. 187.

35 Sirva como exemplo o suposto que resolve a STS do 30 de xuño de 2014 (Sala do Civil, rec. n. 2250/2012), que outorga a rebaixa do canon solicitada pola demandante en aplicación da cláusula *rebus sic stantibus*. No suposto, tratábase dun contrato de explotación de publicidade incluída no transporte urbano e acredítase que o investimento en publicidade no sector do transporte sofre un descenso no ano 2009 dun 67,62 %.

Fronte a iso, IXCCA de Aragón 4/2012, do 1 de febreiro, sobre a posibilidade de modificar a forma de pagamento do contrato, considera improcedente a modificación. Así, pactándose unha parte do pagamento en especie, preténdese que esta pase a ser aboada en efectivo. Como conclúe a Xunta Consultiva, as propias circunstancias do contrato pactado revelan que a forma de pagamento foi un aspecto decisivo na licitación, xa que calquera empresario interesado nela debeu valorar que o financiamento dunha gran parte da obra a asumía directamente, quedando a expensas da transmisión do inmovible municipal por parte do Concello e á súa posterior venda ou posta en valor para resarcirse do investimento. Desta forma, ao meu xuízo, a modificación pretendida non só afectaba a un elemento esencial do contrato, senón tamén á súa natureza global.

2.2 Mecanismos de control das modificacións contractuais e dereito da Unión Europea

A aplicación das regras sobre modificación dos contratos pode en demasiadas ocasións prestarse a abusos, tal como a práctica, de forma teimuda, se encargou de demostrar. Por iso, é inaprazable instaurar os correspondentes mecanismos de control e transparencia³⁶.

Desde esta perspectiva, pode sorprender a timidez con que as novas directivas incorporan a obriga de publicar a modificación dos contratos, limitada aos supostos de inclusión de prestacións adicionais e de circunstancias imprevisibles. Probablemente pesaron certas inercias, pois estes dous casos de modificación contractual teñen como precedentes normativos determinados supostos de utilización do procedemento negociado sen publicidade. En consecuencia, a publicación da adxudicación da prestación «complementaria» derivaba automaticamente do artigo 35.2 da Directiva 2014/18/CE. O lexislador europeo non quixo que a recondución destas hipóteses ao seo das modificacións contractuais supoña un retroceso nas garantías de transparencia e publicidade, sen que probablemente reflexionase sobre a necesidade de estender estas garantías ao resto de supostos de modificación do contrato.

Desde o punto de vista das garantías, a decisión de modificar o contrato debe ademais incluírse como obxecto do recurso especial en materia de contratación³⁷. E é que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea tivo ocasión de reiterar que a Directiva 89/665/CEE (en diante «Directiva recursos») se aplica a todas as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras que estean suxeitas ás normas do dereito da Unión Europea en materia de contratos públicos, sen que se estableza ningunha restrición polo que se refire á natureza e ao contido das ditas decisións (entre outras, STXUE do 19 de xuño de 2003 C-315/01, GAT). A STXUE do 8 de maio de 2014, C-161/13, referente a unha modificación contractual –previa, debemos recoñecer, non obstante, á formalización do contrato– non fixo senón confirmar esta interpretación³⁸, interpretación que foi asumida polos tribunais de recursos contractuais³⁹.

Así, a efectividade das normas que limitan as modificacións contractuais só se consegue se se ofrece en libre concorrencia o novo contrato que é o resultado dunha modificación ilegal. Este é o obxectivo que perseguen as normas europeas sobre contratación pública, que resulta

36 Vid. RACCA, G.M., e CAVALLO PERIN, R., “Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption”, cit., pp. 208 e ss. Entre outros, *vid.* tamén HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, p. 507.

37 GALLEGO CÓRCOLES, I., “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 113, 2011. No mesmo sentido, entre outros, BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, cit., p. 150; MEILAN GIL, J.L., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, cit., p. 38; GIMENO FELIÚ, J.M., “Transparencia e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, *Observatorio de Contratos Públicos 2013*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 65 e ss.; BERNAL BLAY, M.A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, cit.

38 Literalmente afirma que: «*debe considerarse que a decisión pola que se autoriza a modificación da composición da unión adxudicataria entraña unha modificación da decisión de adxudicación que pode considerarse substancial se, tendo en conta as particularidades do procedemento do contrato de que se trata, se refire a un dos elementos esenciais que determinaron a adopción da decisión de adxudicación. No dito suposto, deberían aplicarse as medidas pertinentes previstas polo dereito nacional para remediar tal situación irregular, que poden chegar ata a organización dun novo procedemento de adxudicación*».

39 TRIBUNAL ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Os efectos xurídicos das directivas de contratación pública ante o vencemento do prazo de transposición sen nova lei de contratos do sector público*, documento de estudo presentado e aprobado na reunión de Madrid o 1 de marzo de 2016, p. 16.

mesmo máis evidente á vista dos novos artigos 73 da Directiva sobre contratación pública e 44 da Directiva sobre concesións. Estes preceptos obrigan os Estados a facer cesar os efectos («rescindir») dos contratos que tivesen sido obxecto dunha modificación substancial que tería exixido un novo procedemento de contratación.

3 A regulación dos modificados contractuais na LCSP

3.1 Consideracións xerais. Ámbito de aplicación das normas sobre modificados contractuais

Como se terá advertido, a regulación das novas directivas sobre contratación pública dos modificados contractuais supuña unha regulación moito máis posibilista que a establecida no noso dereito tras a aprobación da Lei de economía sustentable. Por iso, non debe sorprendere que un dos elementos máis debatidos durante o longo proceso de xestación da Lei 9/2017 é se a incorporación do dereito europeo debía facerse nos seus termos máis estritos, ou se, pola contra, resultaba conveniente introducir algún tipo de regulación adicional.

Sen entrar nunha análise detallada dos distintos traballos preparatorios, resulta expresivo que no anteproxecto de Lei de contratos do sector público que se publicou en abril de 2015 se afirmase que, “respecto da parte correspondente á execución dos contratos, hai que facer unha especial referencia á novidade que supón o réxime de modificación do contrato, *máis restritivo* que o que establecen as novas directivas comunitarias”. Fronte a iso, no proxecto de lei⁴⁰ refírese a que “hai que facer unha especial referencia á novidade que supón o réxime de modificación do contrato, *en liña co* establecido nas directivas comunitarias que por primeira vez regulan esta materia”. Esta frase é a que quedará finalmente no preámbulo da lei, aínda que durante a tramitación parlamentaria da norma a *liña* europea se matizase máis dunha vez en aspectos fundamentais.

Así, a principal limitación do proxecto de Lei de contratos do sector público neste punto refírese á non extensión destas normas aos contratos celebrados polos poderes adjudicadores non Administración pública que non tivesen carácter harmonizado, aspecto este que produciu gran perplexidade non xa porque este contido non estaba presente no anteproxecto, senón porque supuña unha rebaixa das garantías fronte á regulación hoxe vixente no TRLCSP. Como explica con precisión Gimeno Feliú, a decisión do proxecto de Lei de contratos do sector público de «facilitar» a modificación contractual en contratos non harmonizados de poderes adjudicadores non Administración pública supón un claro «retroceso» na lóxica da rexeneración democrática e a prevención da corrupción e «agrava» a disfunción das instrucións internas⁴¹. De feito, ao meu xuízo, resultaba tan evidente que a regulación proxectada

40 Proxecto de Lei de contratos do sector público pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro, BOCG, XII Lexislatura, serie A, 2 de decembro.

41 Vid. GIMENO FELIÚ J. M., «La debilidad del PLCSPP en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas», *Observatorio de Contratación Pública*, 2017 (www.obcp.es). Vid. igualmente Proposta de modificacións e mellora ao Proxecto de Lei de contratos do sector público, polo que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (publicado no *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso dos Deputados, 2 de decembro de 2016), realizada polo Observatorio de Contratos Públicos, onde se formulan pautas e redacción de articulado que pode servir para «reconducir» as debilidades do texto (www.obcp.es). Tamén o documento Propostas para a mellora do Proxecto de Lei de contratos do sector público formuladas por Transparencia Internacional España

podía constituír un estímulo para a utilización abusiva de personificacións instrumentais, que só é de esperar que se corrixa durante a tramitación parlamentaria.

Desta forma, o ámbito subxectivo de aplicación da disciplina sobre os modificados, cuxo réxime xeral se atopa nos artigos 203 a 207 LCSP 2017, como analizaremos a continuación, é a seguinte:

a) *Contratos asinados por administracións públicas.* As regras sobre modificación contractual aplícanse aos contratos administrativos, coa excepción de que aos contratos administrativos especiais lles serán de aplicación, en primeiro termo, as súas normas específicas (artigo 25.2 LCSP 2017).

Pola contra, no que respecta á súa modificación, os contratos privados que formalicen as administracións públicas rexeranse polo dereito privado (artigo 26.2 LCSP 2017).

b) *Contratos celebrados por poderes adxudicadores que non pertencen á categoría de administracións públicas.* Aplícanse as regras relativas aos supostos de modificación dos contratos establecidas na LCSP 2017 (artigos 26.3 e 319 LCSP 2017⁴²).

c) *Resto do sector público.* A modificación destes contratos será regulada polas normas de dereito privado que lles resulten de aplicación (artigos 26.4 e 323.1 LCSP 2017).

Pois ben, os artigos 203 a 207 LCSP 2017 regulan a «modificación dos contratos». Encabeza a subsección correspondente o artigo 203 LCSP 2017, titulado *potestade de modificación do contrato*. Este precepto establece como regra xeral que os contratos só poderán modificarse cando se dea algún dos seguintes supostos:

A. Cando así se previse no prego de cláusulas administrativas particulares.

B. Excepcionalmente, cando sexa necesario realizar unha modificación que non estea prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, sempre e cando se cumpran as condicións que establece o artigo 205.

Desta forma, o artigo 204 LCSP 2017 regula de forma detallada os que coñecemos tradicionalmente no noso dereito como «modificados convencionais», mentres que no artigo 205 se contén a disciplina dos «modificados legais».

En todo caso, merece unha crítica especialmente favorable o feito de que na nova lei se despexe calquera tipo de dúbidas tanto en relación co carácter excepcional dos modificados no previstos como coa necesidade de que calquera modificación se xustifique en motivos

a través da súa Comisión de Transparencia e Prevención da Corrupción en Licitacións e Contratos Públicos. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/ti-e_propuestas_mejora_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf.

42. Aínda que a remisión efectuada polo artigo 26.3 ten carácter moi xeral, dispón o artigo 319 que os efectos e a extinción dos contratos formalizados polos poderes adxudicadores que non pertencen á categoría de Administración pública se rexerán polo dereito privado. Non obstante, seralles aplicable o previsto nos artigos 203 a 205 sobre supostos de modificación de contratos. Ao meu xulzo, esta remisión en bloque aos dous preceptos citados impide distinguir, dentro do réxime alí establecido entre regras aplicables só a administracións públicas e regras aplicables a todos os poderes adxudicadores, en función da terminoloxía establecida nestes preceptos (que en ocasións utilizan o termo “contratos administrativos” ou “contratos das administracións públicas” e noutras só “órganos de contratación”). Ademais de en certo punto artificiosa, a mencionada distinción podería comprometer a axeitada transposición do dereito europeo, o que non parece que sexa de ningún xeito a vontade do lexislador. Polo tanto, discrepamos neste punto con CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “La modificación objetiva en los contratos del sector público en la nueva LCSP”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, 2018, p. 125.

de interese público, garantías estas que non se recoñeceron de xeito expreso no texto das directivas.

Polo demais, e pola súa incidencia práctica, interesa destacar que, en relación co contrato de obras, o artigo 242 LCSP 2017 dispón que non terán a consideración de modificacións: i. O exceso de medicións, entendendo por tal a variación que durante a correcta execución da obra se produza exclusivamente no número de unidades realmente executadas sobre as previstas nas medicións do proxecto, sempre que en global non representen un incremento do gasto superior ao 10 por cento do prezo do contrato inicial; ii. A inclusión de prezos novos, fixados contraditoriamente polos procedementos establecidos nesta lei e nas súas normas de desenvolvemento, sempre que non supoñan incremento do prezo global do contrato nin afecten a unidades de obra que no seu conxunto exceda o 3 por cento do seu orzamento primitivo. En relación coa regulación do exceso de medicións, interesa destacar que a nova lei aclara que as minoracións permiten compensar os incrementos⁴³. O segundo suposto, a inclusión de prezos novos, resulta novidoso.

Desta forma, se resulta imposible executar a prestación nos termos inicialmente pactados e non resulta posible modificar o contrato segundo o establecido nos artigos 204 e 205 LCSP 2017, concorrerá unha causa legal de resolución do contrato [artigo 211.1 g) LCSP 2017]. Cun carácter certamente ponderado, o contratista terá dereito nestes casos a unha indemnización do 3 por cento do importe da prestación deixada de realizar, salvo que a causa sexa imputable ao contratista.

Finalmente, en relación coa norma aplicable *ratione temporis*, a disposición transitoria primeira da Lei 9/2017 determina literalmente que “os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor desta lei se rexerán, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a súa modificación, duración e réxime de prórrogas, pola normativa anterior”. En definitiva, en principio, á modificación dos contratos aplícaselle a norma vixente no momento da súa adxudicación. Agora ben, aínda sendo iso así, a aplicación de cláusulas de modificación incorporadas de acordo coa lexislación precedente non é ilimitada, pois, como afirma o ATPC de Aragón do 21 de novembro de 2017, “todas as modificacións dun contrato deben respectar en todo caso as exixencias do dereito comunitario, pois pola contra atoparémonos en presenza dun novo contrato que obrigará á súa licitación e nova adxudicación mediante procedementos concorrentes [...]”.

Isto significa que as novas necesidades, ou un cambio do sistema de retribución ou de alteración importante do prezo en principio, deben ser, necesariamente, obxecto de licitación independente, dado que afectarán ao contido esencial do contrato⁴⁴.

43 Así o declarara, por exemplo, o Informe X.C.C.A. de Aragón 9/2011, do 6 de abril.

44 Por iso, conclúese que a modificación do contrato de instalación, xestión e mantemento dun sistema de transporte individualizado mediante bicicletas en réxime de alugueiro obxecto de impugnación “infrinxe de forma manifesta os límites da posibilidade da modificación do contrato e, por iso, encobre unha nova adxudicación directa que debe ser declarada ilegal xa que se incumpriron os principios de transparencia e igualdade de trato inherentes á contratación pública, outorgando unha posición de vantaxe competitiva á empresa actualmente prestadora de forma indebida”.

Polo demais, *vid.* igualmente a STXUE do 14 de outubro de 2004, Comisión/Francia, C-340/02, da que se desprende que a mera previsión de que o contrato poderá ser ampliado a unha prestación adicional non permite adxudicarlle directamente o segundo contrato ao adxudicatario do contrato orixinal. No suposto, o obxecto do contrato era o estudo de viabilidade dunha cadea de tratamento de auga, o que constituía a primeira fase dun proxecto que culminaba co deseño e a execución da obra e que se articulaba en tres etapas. No anuncio de licitación estableceuse que o gañador do concurso podería ser invitado a colaborar na asistencia ao titular da obra durante a segunda fase. Posteriormente, adxudicóuselle ao gañador do concurso contrato de asistencia na elaboración dun proxecto técnico detallado e na elaboración da avaliación de impacto ambiental á entidade titular da obra, obxecto da segunda fase. O TXUE conclúe que a posibilidade de

3.2 A modificación dos contratos administrativos

3.2.1 Modificacións previstas no prego de condicións

Tal como establece o primeiro apartado do artigo 72.1 da Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, non será preciso iniciar un novo procedemento de licitación cando as modificacións, con independencia do seu valor pecuniario, estivesen xa previstas nos pregos iniciais da contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre as que pode haber cláusulas de revisión de prezos ou opcións. Engade o precepto que as ditas cláusulas de revisión determinarán o alcance e a natureza das posibles modificacións ou opcións, así como as condicións en que poden utilizarse. Non se establecerán modificacións ou opcións que poidan alterar a natureza global do contrato.

Pois ben, a transposición desta norma realízase a través da regulación do réxime das modificacións previstas no prego de cláusulas administrativas particulares, regras que se conteñen no artigo 204 LCSP 2017. Respecto ao texto da directiva, destaca que o texto proposto non só exige que a cláusula de modificación estea formulada de forma clara, precisa e inequívoca, senón que se reforza o carácter fortemente restritivo da inclusión de «cláusulas de revisión», de forma que, en sentido técnico, só son admisibles aquelas cláusulas específicas, previsibles e obxectivamente xustificadas. Neste sentido, a norma dispón que “[...] a cláusula de modificación deberá precisar co detalle suficiente: o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que poderá facerse uso desta por referencia a circunstancias cuxa concorrencia se poida verificar de forma obxectiva; e o procedemento que se deba seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación establecerá, así mesmo, que a modificación non poderá supor o establecemento de novos prezos unitarios non previstos no contrato”.

Ademais, a formulación e o contido da cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso lles permita aos candidatos e licitadores comprender o seu alcance exacto e interpreta-la da mesma maneira e que, por outra parte, lle permita ao órgano de contratación comprobar efectivamente o cumprimento por parte dos primeiros das condicións de aptitude exixidas e valorar correctamente as ofertas presentadas por estes.

En todo caso, estes condicionantes xa estaban previstos no artigo 106 TRLCSP, polo que pode ser moi ilustrativa neste a doutrina dos tribunais administrativos de recursos contractuais. A validez dunha cláusula de modificación non depende exclusivamente do seu contido substantivo, senón tamén da forma en que é introducida na documentación contractual, xa que esta pode dotar a cláusula de escuridade. Así, non poden incluírse auténticas modificacións sen que se regulen como tales na documentación contractual⁴⁵. Polo demais, o intento de fixación dos parámetros da modificación do contrato no PPT constitúe un exemplo de «confusión» entre o contido do PCAP e do PPT, ao ser a súa localización axeitada o PCAP⁴⁶, tal como polo demais sinala expresamente a norma. Desde o punto de vista substantivo, son nulas as cláusulas que, pola súa indeterminación, impiden que os licitadores poidan

adjudicar o contrato correspondente á segunda fase de conformidade cos criterios establecidos para outro contrato, o relativo á primeira fase, non equivale á súa adjudicación segundo un dos procedementos previstos na directiva.

45 RTACRC do 24 de xullo de 2015.

46 TAPC de Aragón do 9 de outubro de 2012.

coñecer cal é o obxecto do contrato⁴⁷. Non reúnen os suficientes elementos de claridade e precisión as cláusulas que permiten a modificación en función da demanda existente⁴⁸ ou en criterios de eficiencia e calidade⁴⁹. Tampouco, no ámbito de contratos de servizo de mantemento, é suficiente a referencia á eventual modernización dos equipos para ampliar o obxecto do contrato⁵⁰.

Finalmente, como no texto da directiva, os modificados convencionais non poderán franquear o límite da natureza global do contrato inicial, pero introdúcese un límite cuantitativo que non estaba previsto no artigo 106 TRLCSP. Así, os contratos poderán modificarse durante a súa vixencia ata un máximo do 20 % do prezo inicial. Ademais, no artigo 204.2 LCSP 2017 introduciuse a precisión de que, en todo caso, se entenderá que se altera esta se se substitúen as obras, as subministracións ou os servizos que se van adquirir por outros diferentes ou se modifica o tipo de contrato. Porén, non se entenderá que se altera a natureza global do contrato cando se substitúa algunha unidade de obra, subministración ou servizo puntual. Este tipo de modificacións deslíganse do carácter substancial ou non da modificación. Sen recoñecer unha discrecionalidade ilimitada á hora de incorporar ao contrato cláusulas de revisión ou opcións, outórgaselle á Administración unha marxe de apreciación en principio máis ampla que o ámbito das modificacións non previstas. Ao meu parecer, esta opción non resulta criticable, xa que non se trata de modificacións do contrato, senón de modificacións derivadas do contrato, e se, como reclama a norma, as condicións en que pode operar a alteración do contido obrigacional do contrato se fixaron coa suficiente claridade, precisión e transparencia, o risco de distorsión da competencia non é significativo.

Destes dous aspectos, o máis importante é o relativo á interpretación que deba darse ao límite cualitativo, que, como xa sinalamos, supón unha importante novidade no noso dereito⁵¹. A predeterminación do contido da cláusula de revisión non é o único límite que

47 Neste punto, resulta paradigmático o ATAPC de Aragón do 9 de outubro de 2012, relativo ao contrato de xestión do Servizo Público de Saneamento e Depuración de augas residuais da cidade.

48 RTACRC do 23 de xaneiro de 2015.

49 RTACRC do 5 de marzo de 2013.

50 ROARC do País Vasco do 24 de outubro de 2014, RTACRC de abril de 2017, O ATACP de Aragón do 14 de xullo de 2016, no contexto dun contrato de servizos de xestión e animación do proxecto de integración de espazos escolares nos centros públicos de educación especial, analiza unha cláusula que permite ampliar os servizos contratados nos supostos de creación dun novo centro escolar. O tribunal considera plenamente xustificada a inclusión da apertura dun novo centro escolar como suposto de feito da modificación, xa que non parece que exista falta de dilixencia na motivación de que poida existir necesidade de modificación do contrato pola necesidade de establecer un P.I.E.E. nun novo centro educativo, pois non existen indicios de indevida planificación sobre esta cuestión e resulta suficiente o descoñecemento obxectivo da súa futura produción, o que habilitaría unha modificación. Pola súa banda, a RTACP de Madrid do 24 de xaneiro de 2018 analiza unha cláusula incluída no prego de cláusulas administrativas particulares relativas ao Servizo de actuacións non programadas e de actuación inmediata en materia de zonas verdes e arborado municipais que prevé que se poderá proceder a modificar o contrato cando o incremento de novo arborado alcance polo menos o 5 % sobre a cifra inicial que figura no PPTP. Alcanzado este incremento de novo arborado, o límite cuantitativo será de ata un importe máximo do 5 % do orzamento de licitación. O tribunal considera que “tanto os supostos como o alcance e límites das modificacións están debidamente detallados. Non debe esquecerse que nos atopamos ante actuacións non programadas e urxentes sobre zonas verdes e arborados, polo que exixir un cálculo do prezo da modificación tendo en conta diferentes variables en función do tipo de árbore parece unha fórmula excesivamente complicada, sen que por outra parte a recorrente achegase os cálculos precisos que permitisen comprobar o prexuízo que para os licitadores pode supor a consideración da porcentaxe establecida no PCAP”.

51 Na aplicación do artigo 107 TRLCSP formulouse a dúbida de se existe algún límite na previsión de modificacións «convencionais». O Informe da XCCA 43/2008, do 28 de xullo, mantivo que, se están previstas nos documentos contractuais, estas cláusulas poden afectar a condicións esenciais da contratación. Comparte esta interpretación RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El nuevo régimen de la modificación de los contratos del sector público tras la Ley de economía sostenible”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, 2011. En contra, GIMENO FELIÚ, J.M. (“El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 149, 2011, pp. 49 e 53), e Informe JCCA Aragón 3/2009, de 15 de abril. En todo caso, resultaba criticable a ausencia de previsión de límites cuantitativos. *Vid.* COLÁS TENA, J., “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012. GIMENO FELIÚ,

establecen as directivas sobre contratación pública. Por iso, aínda que o artigo considera en principio admisibles estas modificacións «con independencia do seu valor», na miña opinión superaríase o límite relativo á natureza global da contratación se se prevén cambios que alteren cuantitativamente de forma considerable o contrato⁵². Agora ben, ao introducir estes límites, ao meu xuízo, o lexislador foi excesivamente pouco xeneroso e probablemente non se asegura a coherencia interna do sistema de modificación establecido⁵³. Precisamente por iso, BAÑO LEÓN interpreta que o límite do 20 % debe entenderse que é un límite por modificado, non un límite para todos os modificados considerados conxuntamente⁵⁴, aínda que esta proposta hermenéutica, ao meu xuízo, atopa certos obstáculos.

Por último, o valor das eventuais modificacións previstas na documentación contractual terá unha influencia decisiva na configuración concreta da licitación. Neste sentido, cómpre ter en conta que á hora de calcular o valor estimado do contrato se deberá incluír «calquera tipo de opción» (artigo 5.1 Directiva sobre contratación pública).

3.2.2 Modificacións non previstas no prego de cláusulas administrativas particulares

Tal como establece o artigo 205 LCSP 2017, son tres os supostos en que, con carácter excepcional, poderán introducirse modificacións non previstas no prego de condicións particulares: prestacións adicionais, circunstancias imprevisibles e modificacións substanciais. Nestes casos, ademais, ha de respectarse o principio de proporcionalidade, xa que a modificación debe limitarse a «introducir as variacións estritamente indispensables para responder á causa obxectiva que a faga necesaria».

Polo demais, o artigo 206 LCSP 2017 establece a obrigatoriedade deste tipo de modificacións que sexan acordadas polo órgano de contratación, sempre que impliquen, illada ou conxuntamente, unha alteración na súa contía que non exceda o 20 % do prezo inicial do contrato, IVE excluído. En relación con iso, o artigo 242 LCSP 2017, respecto ao contrato de obra, establece que en caso de que a modificación supoña supresión ou redución de unidades de obra, o contratista non terá dereito a reclamar indemnización ningunha.

J.M., “El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, cit., p. 52. E é que, como sinalou BERNAL BLAY, M.A. (“Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, cit., p. 183), no caso da norma española tería sido desexable o sinalamento dun límite máximo de modificación, tal como prevé a Lei foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra. Nos tribunais administrativos de recursos contractuais, como ten ocasión de recordar a RTCatCSP do 6 de febreiro de 2015 e a ROARC do País Vasco do 20 de setembro de 2016, o límite do 10 por cento do prezo de adjudicación do contrato refírese ás modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación.

- 52 Pénlese nun contrato de subministracións de 10 unidades dun produto, no cal se inclúe unha opción que lle permite ao poder adjudicador solicitar 50 unidades adicionais. Neste sentido, ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2014, p. 291. Pola súa parte, TREUMER, S. (“Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission’s proposal of December 2011”, *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2012, p. 165), advirte que, dada a inexistencia de límites cuantitativos, se outorga unha marxe de discrecionalidade considerable á hora de introducir este tipo de cláusulas.
- 53 Como destaca HORGUÉ BAENA, C., “Modificación dos contratos”, cit., p. 2992, non se alcanza a entender que a porcentaxe do 20 % sexa menor que a que se introduce para as modificacións por causas imprevisibles ou para a introdución de prestacións adicionais, supostos que permiten a modificación do contrato mesmo cando nada se previse neste sentido nos pregos que presidiron a licitación.
- 54 BAÑO LEÓN, J.M., “El «modificado» de los contratos”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 1350. Para o citado autor, avalaría esta interpretación que o artigo 2052.a)2.º restrinxo o límite cualitativo ao 50 % illada ou conxuntamente. Non obstante, probablemente o teor literal do artigo, a xustificación da emenda 144 no Congreso, da que procede esta disposición, parece avalar a posición de que o 20 é total “se un contrato necesita unha modificación superior ao 20 % é que a súa definición foi defectuosa e producírase un cambio substancial nas condicións e no seu obxecto que precisaría dunha nova licitación para o seu desenvolvemento” (BOCG, Congreso dos Deputados, serie a, do 16 de marzo de 2017).

Nos casos en que se supere o 20 % do prezo inicial do contrato, IVE excluído, e o contratista non acceda á modificación do contrato, resolverase este (artigo 206.2 LCSP 2017).

i) Prestacións adicionais

Segundo o artigo 205.2.a) LCSP 2017, eventualmente poderíase xustificar unha modificación non prevista «Cando deviñese necesario engadir obras, subministracións ou servizos adicionais aos inicialmente contratados, sempre e cando se dean os dous requisitos seguintes:

1.º Que o cambio de contratista non fose posible por razóns de tipo económico ou técnico, por exemplo que obrigase o órgano de contratación a adquirir obras, servizos ou subministracións con características técnicas diferentes dos inicialmente contratados, cando estas diferenzas dean lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso ou de mantemento que resulten desproporcionadas, e, así mesmo, que o cambio de contratista xerara inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación.

2.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído».

Este precepto reproduce de xeito bastante fiel o artigo 72.1.b) da Directiva sobre contratación pública. Este suposto de modificación contractual está concibido para facilitar as entregas adicionais que constitúan ben unha substitución parcial, ben unha ampliación dos servizos ou das subministracións ou das instalacións existentes, cando un cambio de provedor obrigue ao poder adjudicador a adquirir material, obras ou servizos con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso e de mantemento desproporcionadas.

En relación co suposto de feito, é preciso ter en conta que o concepto de «razóns técnicas ou económicas» debe ser obxecto de interpretación estrita, seguindo o enfoque restritivo que empregou o TXUE á hora de axuizar a posibilidade de empregar o procedemento negociado en supostos similares⁵⁵. En todo caso, a incompatibilidade técnica ou económica debe predicarse con carácter obxectivo, xa que en ningún caso se pode razoara na incapacidade do poder adjudicador de coñecer o mercado⁵⁶.

Ademais, poderase modificar o contrato para incorporar prestacións adicionais cando o cambio de contratista poida xerar «inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación». Pode sorprender a redacción do precepto, pois esta circunstancia tería certo carácter redundante respecto á relativa ás «incompatibilidades ou dificultades técnicas». Pero, na miña opinión, a principal virtude da referencia a «inconvenientes significativos» ou a un «aumento substancial de custos» é aclarar que o incremento

⁵⁵ Por exemplo, non poderían engadirse novas prestacións aludindo á necesidade de preservar a homoxeneidade na frota de helicópteros dun determinado Estado (STXUE do 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337/05), nin no obxectivo de garantir a continuidade dunhas obras relativas a proxectos complexos (STXUE do 14-9-2004, Comisión/Italia, As. C-385/02), nin, finalmente, no de evitar as eventuais interferencias técnicas entre distintas obras en curso, cando se pretende a ampliación do trazado inicial dunha estrada (STXUE do 18-5-1995, Comisión/Italia, C-57/94).

⁵⁶ Así, a utilización deste suposto legal exige a constatación e a acreditación clara e irrefutable de que concorre aquela incompatibilidade. *Mutatis mutandi*, RTARC do 12 de xullo de 2012.

do prezo ha de ser «substancial», polo que, se o custo da adaptación dos novos equipos doutro provedor non é manifesto, non se poderá modificar o contrato⁵⁷.

Con bo criterio⁵⁸, a LCSP 2017 introduce límites cuantitativos máis estritos que os previstos na directiva, xa que a modificación do contrato implica unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído⁵⁹.

En todo caso, ao meu xuízo, existe certo grao de solapamento entre este suposto e o relativo a «circunstancias imprevistas»⁶⁰, porque, para poder modificar o contrato en virtude deste precepto, cómpre que a prestación adicional «deviñese necesari[a]». E dificilmente poderá considerarse «nova» unha necesidade que, sen ser actual, desde o inicio da licitación é previsible que xurda durante o prazo de execución do contrato⁶¹. Probablemente a introdución nas directivas do suposto que vimos glosando con carácter autónomo obedece unicamente á vontade de preservar certo continuísmo coa regulación anterior⁶².

ii) Circunstancias imprevisibles

A LCSP 2017 prevé igualmente que poida alterarse o contido obrigacional:

«Cando a necesidade de modificar un contrato vixente derive de circunstancias sobrevidas e que fosen imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación do contrato, sempre e cando se cumpran as tres condicións seguintes:

1.º Que a necesidade da modificación derive de circunstancias que unha Administración dilixente non puidese prever.

2.º Que a modificación non altere a natureza global do contrato.

3.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído».

De novo, o LCSP 2017 é bastante fiel ao texto que se pretende traspor, aínda que corrixe un dos aspectos máis cuestionables da directiva. Nesta, no caso de que se introduzan varias modificacións sucesivas, a limitación do 50 por cento do prezo inicial aplicarase ao valor de cada unha das modificacións. A xenerosa regulación dos límites cuantitativos contida no

57 Vid. ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., p. 623.

58 En contra desta opinión, BAÑO LEÓN, J.M., “El «modificado» de los contratos”, cit., p. 1346 entre outras.

59 Na directiva, desde un punto de vista cuantitativo, o incremento do prezo resultante da modificación do contrato non excederá o 50 % do valor do contrato inicial. En caso de que se introduzan varias modificacións sucesivas, a dita limitación aplicarase ao valor de cada unha das modificacións, ben que, engade a directiva, esas modificacións consecutivas non deberán ter por obxecto eludir as disposicións desta directiva.

60 Vid. *infra*.

61 En definitiva, este novo precepto non debe servir para dar cobertura a certos supostos en que se negou que exista unha causa imprevisible que lexitime a modificación do contrato. Vid., por exemplo, IXCCA de Aragón 10/2012, do 11 de abril, relativo á celebración por parte dunha bisbarra dun contrato para a prestación do Servizo de Recollida de Residuos Sólidos Urbanos, que se pretendía estender a novos municipios na medida en que estes fosen finalizando os seus contratos en vigor.

62 Cómpre lembrar que, como solución puntual aos casos de necesidades imprevistas, o artigo 31.2.b) da Directiva 2004/18/CE permitía a utilización do procedemento negociado sen publicidade para realizar entregas complementarias, nos casos de incompatibilidade técnica e sempre que a duración dos contratos non superase os tres anos.

dereito europeo é certamente criticable, pois ao meu xuízo modificacións tan significativas chegarán a desvirtuar a natureza do licitado⁶³. Ademais diso, a Directiva 2014/18/UE supón un retroceso respecto ás garantías contidas na Directiva 2014/18/CE en relación coa utilización do procedemento negociado sen publicidade en supostos análogos⁶⁴.

O suposto habilitante para modificar o contrato é o acaecemento de circunstancias que unha Administración dilixente non tería podido prever. Para determinar o carácter previsible ou non da circunstancia, é preciso ter en conta os medios á disposición do poder adxudicador, a natureza e as características do proxecto concreto, as boas prácticas no ámbito de que se trate e a necesidade de garantir unha relación axeitada entre os recursos empregados na preparación da adxudicación e o seu valor previsible⁶⁵. Imponse, en todo caso, unha aproximación fortemente restritiva do concepto de imprevisibilidade. Nese sentido, debe ser unha pauta orientativa a xurisprudencia do TXUE elaborada arredor da aplicación do artigo 31.1.c) da Directiva 2004/18 CE e preceptos concordantes⁶⁶. En todo caso, este enfoque estrito é xa predominante na nosa xurisprudencia⁶⁷.

De todos os xeitos, convén aclarar que no dereito español *ius variandi* e risco imprevisible se consideraron dúas técnicas netamente distintas. Non obstante, o dereito da Unión Europea regula ambas as dúas baixo un concepto amplo de modificación do contrato, encontrándose, no precepto que agora glosamos, a regulación do risco imprevisible no dereito europeo. Ao meu xuízo, a doutrina da imprevisión manexada no dereito español non require ser sometida a unha nova revisión para que poida resultar conforme coa disciplina contida nas directivas⁶⁸. E é que os límites que introducen de xeito explícito as novas directivas sobre contratación pública non son completamente estraños á xurisprudencia española, que realizara un esforzo loable para dotar de obxectividade o concepto de imprevisibilidade. Deste xeito, o parámetro para determinar se a circunstancia é previsible será atender a se as partes cumpriron os estándares de dilixencia que lles son exixibles. Tratarase polo tanto dun xuízo que se deberá realizar caso a caso, tendo en conta, non obstante, que o alcance da modificación ha de respectar a natureza global do contrato.

Aínda así, debemos recoñecer que o “mantemento do equilibrio económico” se segue regulando na LCSP 2017 en sede dos contratos de concesión de obras e de concesión de servizos (artigo 290), partíndose dunha distinción agora quizais artificial entre modificación nos termos establecidos na LCSP 2017 por un lado e actuacións da Administración precedente que determinen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato e forza maior por outro⁶⁹, algo que considero artificial porque probablemente estes dous últimos

63 En contra desta opinión, BAÑO LEÓN, J.M., “El «modificado» de los contratos”, cit., p. 1346, entre outras.

64 No artigo 31.4 da Directiva 2004/18/CE, o importe acumulado dos contratos adxudicados para obras ou servizos complementarios non podía ser superior ao 50 % do contrato inicial. Esta mesma regulación é a que se continúa na proposta de Directiva sobre contratación pública.

65 Vid. considerando 109 da Directiva sobre contratación pública e considerando 76 da Directiva sobre concesións.

66 Vid. artigo 7, apartado 3, letra c) da Directiva 93/37/CEE; artigo 6, apartado 3, letra d) da Directiva 93/36/CEE e artigo 11, apartado 3, letra d) da Directiva 92/50/CEE. Sobre esta xurisprudencia, vid. *supra* epígrafe I, apartado 3.

67 Vid., entre outros, FERNÁNDEZ, T.-R., “Los riesgos imprevistos en el contrato de obras”, *Revista de Administración Pública*, n. 201, 2016.

68 GALLEGO CÓRCOLES, I., “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público: ¿nuevas perspectivas?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, xaneiro-xuño de 2016.

69 Que o mantemento do equilibrio económico do contrato é inherente a todo tipo de contratos é unha conclusión á que chegara xa a nosa xurisprudencia, mesmo carecendo de apoio normativo. Deste xeito, as SSTs do 16 de setembro de 1988 e do 17 de decembro de 1997 recoñeceron no contrato administrativo un fondo institucional, que non é outro que o equilibrio económico do contratista.

supostos poidan encadrarse no artigo 205.2.b LCSP 2017. Ademais, esgázanse como causas que permiten a desistencia do contrato cando este resulte excesivamente oneroso para o contratista tanto a aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato como a incorporación de avances técnicos⁷⁰.

Finalmente, tamén en sede dos contratos de concesión de obras e de concesión de servizos se establece legalmente que non se considera unha circunstancia imprevisible (ou, dito nos termos da norma, “non existirá dereito ao restablecemento do equilibrio económico do contrato”) o incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou no estudo que puidese realizar o concesionario, codificándose así a xurisprudencia maioritaria ditada sobre esta cuestión con tanta transcendencia práctica nos últimos anos.

iii) Modificacións non substanciais

Partindo da reprodución bastante fiel ás directivas, o artigo 205.2.c) LCSP 2017 define o suposto de modificacións non substanciais, ben é verdade que establecendo algúns límites adicionais e aclaracións non previstos no dereito europeo. Desta forma, unha modificación dun contrato considerárase substancial cando teña como resultado un contrato de natureza materialmente diferente do celebrado nun principio. En calquera caso, unha modificación considerárase substancial cando se cumpra unha ou varias das condicións seguintes:

1.º Que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta da aceptada inicialmente ou terían atraído máis participantes no procedemento de contratación. Aclara neste punto a norma española que en todo caso se considerará que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando a obra ou o servizo resultantes do proxecto orixinal ou do prego, respectivamente, e mais a modificación que se pretenda, requiran dunha clasificación do contratista diferente da que, se é o caso, se exixiu no procedemento de licitación orixinal.

2.º Que a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista dun xeito que non estaba previsto no contrato inicial. Neste sentido, dispónse que en todo caso se considerará que se dá o suposto previsto no parágrafo anterior cando, como consecuencia da modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra novas cuxo importe representaría máis do 50 por cento do orzamento inicial do contrato.

70 Na medida en que, como veremos inmediatamente despois, a resolución anticipada dun contrato é un suposto de modificación substancial na xurisprudencia europea, podería formularse a adecuación desta regulación ao dereito europeo. Pero o certo é que do *factum principis* en esquema conceptual derivado das directivas sobre contratación pública presenta algunhas dúbidas. Porque os cambios no marco regulatorio ou derivados do control daqueles riscos que se sitúan na órbita da Administración teñen difícil cabida dentro da regulación europea do risco imprevisible, xa que sempre se poderá argumentar que o poder adjudicador non foi o suficientemente dilixente á hora de prevelos. En todo caso, o confuso último inciso do considerando 75 da Directiva de concesións que alude a certos supostos de modificacións normativas como elementos do risco imprevisible permitiría, na miña opinión, unha conclusión diferente, polo menos en determinadas circunstancias.

Polo demais, a admisibilidade do *factum principis* pode fundamentarse no feito de que o artigo que glosamos non exige que a circunstancia imprevisible sexa «externa», e na escasa xurisprudencia europea, xa que a STXUE do 31 de xaneiro de 2013, España c. Comisión, T-235/11, considera que o cambio do planeamento urbanístico non é un feito imprevisible principalmente porque a Administración estatal, que foi a adjudicadora da obra, non tomou ningunha iniciativa para tratar de coordinarse coa Administración competente na aprobación do planeamento. Noutros termos, o feito de que a «nova circunstancia» tivese a súa orixe nunha decisión administrativa non a descartaba, por si mesma, como feito imprevisible.

Máis alá de todo iso, a previsión relativa á ausencia de indemnización nestes casos de desistencia suscita as dúbidas que BAÑO LEÓN, J.M., “El modificado de los contratos”, cit., p. 1357, tivo ocasión de resaltar.

Este límite é un límite adicional que analizaremos inmediatamente despois, de forma que opera nos casos de substitución de unidades de obra (de non ser así, carecería de sentido).

3.º Que a modificación amplíe de maneira importante o ámbito do contrato. En todo caso, considerarase que se amplía de xeito importante o ámbito do contrato cando as modificacións supoñan unha alteración na súa contía que exceda, illada ou conxuntamente, o 15 por cento do prezo inicial deste, IVE excluído, se se trata do contrato de obras, ou un 10 por cento, IVE excluído, ou cando se refira aos demais contratos que supere o limiar que en función do tipo de contrato resulte de aplicación de entre os sinalados nos artigos 20 a 23. Ademais, o modificado considerarase tamén substancial –e neste punto introdúcese de novo un límite non previsto na directiva– cando as obras, servizos ou subministracións obxecto de modificación estean dentro do ámbito doutro contrato, actual ou futuro, sempre que se iniciase a tramitación do expediente de contratación.

Como adiantamos, a LCSP reproduce o apartado cuarto do artigo 72 da Directiva sobre contratación pública, segundo o cal unha modificación se considerará substancial cando teña como resultado un contrato «de natureza materialmente diferente». Non obstante, esta referencia á natureza do contrato pode enturbar a comprensión do concepto de modificación substancial. A Directiva concesións alude a unha concesión «materialmente diferente, en canto ao seu carácter». En ningún dos dous casos a nosa versión lingüística é especialmente afortunada⁷¹, pois unha lectura atenta da xurisprudencia do TXUE demostra que o carácter substancial da modificación se define máis en función da alteración profunda dos elementos do contrato que da súa propia natureza.

De todos os xeitos, a LCSP 2017 mellora a sistemática da propia directiva, na cal os limiares de *minimis* se regulan nun apartado diferente. Neste aspecto, facilitará a aplicación da norma.

En relación co concepto de modificación substancial, interesa traer a colación a STXUE do 7 de setembro de 2016, Frogne, C-549/14, posterior á aprobación das directivas de 2014. A transcendencia desta sentenza non debe pasar desapercibida. Como se resaltou⁷², das referencias que se fan na sentenza *Presstext* á hora de definir o que é unha modificación substancial á «ampliación considerable do obxecto do contrato»⁷³ –referencia codificada agora na norma española– podería deducirse que a redución deste non constituiría unha modificación substancial, xa que a redución do obxecto do contrato pode resultar menos nociva ao non favorecer o adxudicatario e permitir que o obxecto contractual sexa ofrecido de novo aos operadores económicos en competencia⁷⁴. Non obstante, a sentenza sinalada despexa todas as dúbidas suscitadas, pois o alto tribunal europeo considera que unha modificación á baixa dun contrato público pode supor unha modificación substancial contraria ao dereito da Unión. E insiste en que a cualificación do carácter substancial da modificación debe analizarse desde un punto de vista obxectivo.

71 Na versión inglesa, unha modificación é substancial «*where it renders the contract [...] materially different in character from the one initially concluded*», o que supón unha reprodución practicamente literal do apartado 34 da sentenza *Presstext* («*amendments to the provisions of a public contract during the currency of the contract constitute a new award of a contract within the meaning of Directive 92/50 when they are materially different in character from the original contract*»).

72 BROWN, A., “Whether a New Tendering Procedure is Required when a Public Contract is Amended under a Settlement Agreement: The EU Court of Justice ruling in Case C-549/14, Finn Frogne”, *Public Procurement Law Review*, n. 1, 2017, NA 9.

73 *Vid.* artigo 43.4.C) Directiva de concesións e artigo 72.4.c) Directiva de contratos públicos.

74 *Vid.* entre outros, GALLEGO CÓRCOLES, I., “Modificación «a la baja» del contrato público”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 121, 2012.

Finalmente, resulta especialmente salientable o esforzo por intentar acoutar o uso do *ius variandi* que se plasma na LCSP 2017, introducindo unha cautela –ausente na directiva– totalmente congruente coa proxección dos principios de transparencia, igualdade e concorrencia na fase de execución dos contratos públicos. E é que cando as modificacións non sexan substanciais «terá que xustificarse especialmente a súa necesidade, indicando as razóns polas que esas prestacións non se incluíron no contrato inicial». De xeito acertado ao noso xuízo, a prerrogativa do *ius variandi* recoñece como mera unha técnica de incorporación de adaptacións menores do contrato cando concorran causas de interese público.

3.3.3 Procedemento de modificación

En relación co procedemento de modificación, a lei distingue entre modificacións contractuais previstas na documentación contractual e modificacións non previstas. No primeiro caso, as modificacións contractuais acordaranse na forma que se especificase nos pregos de cláusulas administrativas particulares.

O procedemento de modificación do contrato por causas non previstas no prego de cláusulas administrativas particulares réxese polo disposto nos artigos 191 e 207 LCSP 2017, dos que resultan as regras que a seguir enumeramos:

En primeiro lugar, antes de proceder á modificación do contrato, deberáselle dar audiencia ao redactor do proxecto ou das especificacións técnicas, se estes os preparase un terceiro alleo ao órgano de contratación en virtude dun contrato de servizos, para que, nun prazo non inferior a tres días, formule as consideracións que teña por conveniente⁷⁵.

En segundo lugar, deberáselle dar audiencia ao contratista. Cando a alteración na contía do contrato exceda o 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, a modificación non é obrigatoria para o contratista, como xa sinalamos. Por iso, nestes casos, a modificación só será acordada polo órgano de contratación logo de conformidade por escrito do contratista, resolvéndose o contrato, no caso contrario, sen que neste caso teña dereito a ser indemnizado pola prestación deixada de realizar [artigo 213.4 LCSP].

En terceiro lugar, na Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social e demais administracións públicas integrantes do sector público estatal, os acordos de modificación deberán ser adoptados co informe previo do servizo xurídico correspondente.

Finalmente, será preceptivo o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva nos casos e respecto dos contratos que se indican a continuación cando a contía da modificación, illada ou conxuntamente, sexa superior a un 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, e o seu prezo sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros.

Os acordos que adopte o órgano de contratación porán fin á vía administrativa e serán inmediatamente executivos. Finalmente, os órganos de contratación que tivesen modificado un contrato que estea suxeito a regulación harmonizada, a excepción dos contratos de servizos

75 En relación con iso, cómpre ter en conta que o artigo 315 LCSP 2017 regula con detalle as indemnizacións por desviacións na execución de obras e responsabilidade por defectos ou erros do proxecto.

e de concesión de servizos enumerados no anexo IV, nos casos previstos nas letras a) e b) do apartado 2 do artigo 205 deberán publicar no *Diario Oficial da Unión Europea* o correspondente anuncio de modificación conforme o establecido nesta lei. Como xa sinalamos, as directivas foron algo tímidas á hora de dotar de transparencia as modificacións contractuais, xa que a publicación destas só é necesaria nos casos de modificados non previstos no prego cando se fundamenten ben na necesidade de incorporar prestacións adicionais, ben ante o acacemento de circunstancias non previstas.

En calquera caso, seguindo a liña da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, a LCSP 2017 é ostensiblemente máis garantista que o texto europeo. Así, os órganos de contratación que modificasen un contrato durante a súa vixencia, con independencia de se este está ou non suxeito a regulación harmonizada e da causa que xustifique a modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación no perfil de contratante do órgano de contratación no prazo de 5 días desde a súa aprobación, que deberá ir acompañado das alegacións do contratista e de todos os informes que, se é o caso, se solicitasen con carácter previo á súa aprobación, incluídos aqueles achegados polo adxudicatario ou os emitidos polo propio órgano de contratación.

3.3 Especialidades na modificación dos contratos dos poderes adxudicadores que non pertencen á categoría de administracións públicas

Como xa sinalamos, os supostos de modificación contractual aplícanse tanto a administracións públicas como a poderes adxudicadores que non pertencen á dita categoría. Non obstante, existen algunhas diferenzas no réxime xurídico das modificacións dos contratos dos poderes adxudicadores non Administración pública.

En primeiro lugar, os poderes adxudicadores non Administración pública non gozan da potestade de modificación dos contratos⁷⁶, xa que a lei non reconece en ningún caso que as modificacións nestes casos poidan ser obrigatorias para o contratista. De todos os xeitos, a través da documentación contractual, os poderes adxudicadores non Administración pública poderán impor cláusulas similares⁷⁷.

En segundo lugar, en relación co procedemento aplicable, o artigo 319 LCSP, que exclúe da remisión efectuada ao réxime de modificación dos contratos o artigo 207, relativo ao procedemento de modificación, limítase a establecer que, cando a modificación do contrato non estivese prevista no prego de cláusulas administrativas particulares, sempre que o seu importe sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros e a contía da modificación, illada ou conxuntamente, fose superior a un 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, será necesaria a autorización do departamento ministerial ou órgano da Administración autonómica ou local ao que estea adscrita ou corresponda a tutela da entidade contratante, logo de ditame preceptivo de Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma. Agora ben, como se sinalou⁷⁸, a estrita interpretación da remisión que efectúa o artigo 207 presenta problemas de compatibilidade co dereito europeo, xa

76 En relación co *ius variandi* como potestade pública, HORGUÉ BAENA, C., "Modificación de los contratos", cit., p. 2283.

77 DCE 1.116/2015, p. 261.

78 HORGUÉ BAENA, C., "Modificación de los contratos", cit., p. 2307.

que non se previu expresamente a publicidade dos modificados nos casos que vimos que existían as directivas.

3.4 Mecanismos de control

O artigo 40.2 c) TRLCSP dispúña que “non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa preciso realizar unha vez adxudicados os contratos tanto se acordan como se non a resolución e a celebración de nova licitación”⁷⁹. Fronte a iso, desde o punto de vista das garantías, como xa defendemos noutro lugar, a decisión de modificar o contrato debe ademais incluírse como obxecto do recurso especial en materia de contratación⁸⁰. E é que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea tivo ocasión de reiterar que a Directiva 89/665/CEE (en diante «Directiva recursos») se aplica a todas as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras que estean suxeitas ás normas do dereito da Unión Europea en materia de contratos públicos, sen que se estableza ningunha restrición polo que se refire á natureza e ao contido das ditas decisións (entre outras, STXUE de 19 de xuño de 2003 C-315/01, GAT). A STXUE do 8 de maio de 2014, C-161/13, referente a unha modificación contractual –previa, debemos recoñecer, non obstante, á formalización do contrato–, non fixo senón confirmar esta interpretación⁸¹, interpretación que foi asumida polos tribunais de recursos contractuais⁸².

Pois ben, o artigo 44.2 c) LCSP 2017 dispón que poderán ser obxecto de recurso especial as modificacións baseadas no incumprimento do establecido nos artigos 204 e 205 desta lei, por entender que tal modificación debeu ser obxecto dunha nova adxudicación. Dito noutros termos, os órganos de recurso só son competentes para axuizar se concorre o suposto habilitante da modificación, pero non calquera outra cuestión de validez relativa a esta. O recurso, polo demais, non se limita aos supostos de contratos sometidos a regulación harmonizada senón, en virtude do establecido no artigo 44.1, cando se trate de contratos de obras e concesións de obras ou servizos cuxo valor estimado sexa superior a tres millóns de euros, ou cando se trate de contratos de subministracións e servizos que teñan un valor considerado superior a cen mil euros⁸³. E, en todo caso, adivíñase que un dos principais aspectos que poderán resultar máis controvertidos é o da lexitimación⁸⁴.

79 En relación coa admisibilidade do recurso especial no caso dos modificados convencionais, *vid.* TACRC, Resolución 112/2015 do 6 feb. 2015, Rec. 1017/2014.

80 *Vid. supra* nota 37.

81 Literalmente afirma que: «debe considerarse que a decisión pola que se autoriza a modificación da composición da unión adxudicataria entraña unha modificación da decisión de adxudicación que pode considerarse substancial se, tendo en conta as particularidades do procedemento do contrato de que se trata, se refire a un dos elementos esenciais que determinaron a adopción da decisión de adxudicación. No dito suposto, deberían aplicarse as medidas pertinentes previstas polo dereito nacional para remediar tal situación *irregular, que poden chegar ata a organización dun novo procedemento de adxudicación*».

82 *Vid.* TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Os efectos xurídicos das directivas de contratación pública ante o vencemento do prazo de transposición sen nova Lei de contratos do sector público*, cit., p. 16. *Vid.* Acordo TACP de Aragón 117/2017, do 21 de novembro de 2017.

83 Como resalta SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J., “Recurso especial en materia de contratación”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contrato del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 877, poderá darse o caso de que contratos cuxo valor estimado é inferior ao previsto no artigo 44, non obstante, coa modificación que se pretende facer, o seu valor supere os ditos limiares e, neste caso, podería quedar á marxe o modificado do recurso especial se se interpreta de xeito literal a norma, que deba ser máis explícita.

84 HERNÁIZ SALGUERO, E., “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 657. En todo caso, o Acordo TACP de Aragón 3/2013, do 16 de xaneiro

Á marxe de todo iso, outro acerto da nova norma é atribuírle á xurisdición contencioso-administrativa as modificacións baseadas no incumprimento do establecido nos artigos 204 e 205, por entender que a modificación debeu ser obxecto dunha nova adxudicación, tanto no caso dos contratos privados da Administración do artigo 25.1.a) LCSP 2017 como dos contratos celebrados polos poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública. E é que, dado que as normas a aplicar pertencen ao dereito público, a sede natural para a resolución destas controversias é a xurisdición contencioso-administrativa. Agora ben, cómpre insistir en que á xurisdición civil lle corresponde axuizar os aspectos do modificado que van máis alá da verificación dos supostos habilitantes, tales como eventuais indemnizacións, etc., aínda que nestes supostos non é de estrañar que se utilicen como parámetros de interpretación do dereito privado normas xurídico-públicas⁸⁵.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.
- ARROWSMITH S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2014.
- BAÑO LEÓN, J.M., "Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos", *Anuario de Derecho Local*, 2012.
- BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011.
- BOQUERA OLIVER, J. M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela de Administración Pública, Madrid, 1970.
- BROWN, A., "When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of EU Procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06", *Public Procurement Law Review*, n. 6, 2008.
- BROWN, A., "Whether a New Tendering Procedure is Required when a Public Contract is Amended under a Settlemente Agreement: The EU Court of Justice ruling in Case C-549/14, Finn Frogne", *Public Procurement Law Review*, n. 1, 2017.
- CASTIÑEIRA JÉREZ, J., "*Acta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 29, 2012.

de 2013, tivo ocasión de declarar que o adxudicatario, pola súa propia condición, non poderá utilizar este recurso especial, pois para el a decisión de *ius variandi* da Administración é inherente ás propias regras do contrato suscrito.

85 En relación con iso, *vid.* STS do 4 de abril de 2016, en relación cun suposto de indemnización por resolución do contrato, ou a STS do 7 de xullo de 2016, en relación cun caso de revisión de prezos, ambas as dúas da sala do civil.

- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "La modificación objetiva en los contratos del sector público en la nueva LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, 2018.
- COLÁS TENA, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012.
- COZZIO, M., "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ, T.-R., "Los riesgos imprevistos en el contrato de obras", *Revista de Administración Pública*, n. 201, 2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación que la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 113, 2011.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Modificación «a la baja» del contrato público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 121, 2012.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público: ¿nuevas perspectivas?", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, xaneiro-xuño de 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 149, 2011.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Transparencia e integridad e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", *Observatorio de Contratos Públicos 2013*, Civitas, Madrid, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- GIMENO FELIÚ J. M., «La debilidad del PLCSP en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas», *Observatorio de Contratación Pública*, 2017 (www.obcp.es).
- HERNAIZ SALGUERO, E., "El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá", *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014,

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La modificación de los contratos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", Hernández Corchete, J. A. (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*, Marcial Pons, Valencia, 1997.
- HORGUÉ BAENA, C., "Modificación de los contratos", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contrato del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MEILAN GIL, J. L., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", *Revista de Administración Pública*, n. 191, 2013.
- MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2006.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2009.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", Cano Campos, T., y Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013.
- POULSEN, S. T., "The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law", *Public Procurement Law Review*, n. 21, 2012.
- RACCA, G. M., y CAVALLO PERIN, R., "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4, 2013.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "El nuevo régimen de la modificación de los contratos del sector público tras la Ley de economía sostenible", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, 2011.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J., "Recurso especial en materia de contratación", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contrato del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- TREUMER, S., "Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's proposal of December 2011", *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2012.
- TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, documento de estudio presentado e aprobado na reunión de Madrid, 1 de marzo de 2016.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J., "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 143, 2009.

regap



ESTUDIOS

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “Nuevo régimen jurídicos para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de economía sostenible”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 37, 2010.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Análise das modificacións obxectivas no contrato de concesión na LCSP á luz da Directiva 2014/23/UE de concesións

Análisis de las modificaciones objetivas en el contrato de concesión en la LCSP a la luz de la Directiva 2014/23/UE de concesiones

The modifications of a concession contracts during its performance in the LCSP. The violation of the Directive 2014/23/EU of concession contracts

55 Regap

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO CALATAYUD PRATS

Doutor en Dereito. Profesor de Dereito Administrativo CUNEF (Centro adscrito á Universidade Complutense). Avogado icrats@cunef.edu

Recibido: 27/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Resumo: A Directiva de concesións regulou de forma clara e incondicionada a modificación das concesións tendo como obxectivo introducir unha importante flexibilidade á hora de permitir a modificación destas. A LCSP, non obstante, ao regular as modificacións non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que, ademais, é moito máis restritiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións, o cal non só é un incumprimento do dereito comunitario, senón que, ademais, o dito carácter restritivo vai traer consecuencias prexudiciais para o interese público.

Palabras clave: Concesión de obra, concesión de servizo, modificación, circunstancia imprevisible, Directiva de concesións, incorrecta transposición.

Resumen: La Directiva de concesiones ha regulado de forma clara e incondicionada la modificación de las concesiones teniendo como objetivo introducir una importante flexibilidad a la hora de permitir la modificación de estas. La LCSP, sin embargo, al regular las modificaciones no sólo modula y matiza los conceptos comunitarios, sino que, además, es mucho más restrictiva que la directiva a la hora de permitir las modificaciones objetivas de las concesiones, lo cual no sólo es un incumplimiento del derecho comunitario, sino que, además, dicho carácter restrictivo va a traer consecuencias perjudiciales para el interés público.

Palabras clave: Concesión de obra, concesión de servicio, modificación, circunstancia imprevisible, Directiva de concesiones, incorrecta transposición.

Abstract: The Directive of Concession Contracts has regulated in an unconditional and sufficiently precise way the modifications of a concession during its performance and the purpose of this aid measure is to introduce greater flexibility in the possible of modification without the need to carry out a new concession procedure. The Spanish Law

is much more restrictive than the Directive in allowing the modification of a concession during its performance, which is not only a breach of Community law, but also, this restrictive nature will have harmful consequences for the public interest.

Key words: Works concession, services concession, modifications of a concession during its performance, external circumstances that they could not foresee, Directive of Concession Contracts, Incomplete incorrect transposition of the Directive.

Sumario: 1 Introducción. 2 A mutabilidade do obxecto da concesión como principio inherente a esta. 2.1 A mutabilidade da concesión derivada da súa natureza. 2.2 As características esenciais da concesión e a necesidade da súa mutabilidade. 2.3 Concesións, seguridade xurídica e necesidade de investimentos privados. 3 Libre concorrência e limitación das modificacións nas concesións. 4 As modificacións obxectivas na Directiva 2014/23/UE de concesións. 4.1 Causas de modificación obxectiva. 4.2 Algunhas ideas que se desprenden da regulación da Directiva de concesións. 5 As modificacións obxectivas das concesións na LCSP 2017. 5.1 Causas de modificación na LCSP 2017. 6 Incorrecta transposición da Directiva de concesións. 7 Consecuencias prexudiciais para o interese público derivadas do carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións.

1 Introducción

A Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión (Directiva de concesións) estableceu unha regulación das modificacións obxectivas que ten como obxectivo preservar os principios de mutabilidade e interese público, por un lado, e o de garantía da igualdade e libre concorrência entre os operadores económicos, por outro.

Non obstante, a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (LCPS), non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que, ademais, é moito máis restritiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións, o cal non só é un incumprimento do dereito comunitario, senón que, ademais, o dito carácter restritivo vai traer consecuencias prexudiciais para o interese público.

Pois ben, para acometer o estudo imos analizar, en primeiro lugar, cales son as razóns que levaron a que as concesións estivesen presididas polo principio de mutabilidade, razóns que, sen ningunha dúbida, aínda perduran e foron tidas en conta prioritariamente pola directiva na súa regulación. A seguir imos estudar cales foron as razóns que deron lugar a que o devandito principio perdese vixencia fronte ao seu oposto, isto é, o principio de libre concorrência. Unha vez expostos os referidos principios, cómpre analizar de forma detallada os supostos regulados na directiva que habilitan a modificación e iso para comprobar como a LCSP non os traspón axeitadamente, desnaturalizando os conceptos empregados pola directiva e desvirtuando os fins queridos por ela. Por último, exporemos as consecuencias prexudiciais que vai xerar no interese público o carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións.

2 A mutabilidade do obxecto da concesión como principio inherente a esta

Desde un primeiro momento, a natureza e o obxecto sobre o que recaen as concesións, unidos ás características esenciais destas, en concreto o seu carácter incompleto e complexo, a necesidade de realizar importantes investimentos e a súa longa duración, tiveron como

consecuencia que, por razóns de interese público, necesidades do servizo ou por circunstancias que non se puideron prever, se aplique o principio de mutabilidade contractual¹.

2.1 A mutabilidade da concesión derivada da súa natureza

En efecto, era inherente á natureza da obra ou servizo sobre o que recaía a concesión, concretamente servizos públicos e obras públicas, a posibilidade atribuída á Administración de modificar estas sen limitacións.

A técnica concesional, xa sexa para levar a cabo a xestión dun servizo público, xa sexa para explotar unha obra pública en que se lles dá un servizo público aos cidadáns, atopábase inserta dentro da formulación máis clásica e intensa do servizo público, isto é, aquela que presupuña a reserva global –*publicatio*– dunha actividade económica concreta de cariz prestacional para asegurar a súa efectiva accesibilidade a todos os cidadáns en consideración ao seu especial interese para a colectividade².

Toda declaración de servizo público significaba que tal actividade quedaba desde ese momento incorporada ás tarefas do Estado e excluída da esfera de acción libre dos particulares³. É o que se chamou exclusividade regalística ou titularidade pública sobre a actividade en que o servizo público consiste. Pola súa particular vinculación ao interese público (ao ben da colectividade), entendiáanse tales sectores como reservados, encomendados, en principio, aos poderes públicos, que exercían sobre eles unha dirección unitaria e exclusiva.

Precisamente, unha vez declarados servizos públicos, só con concesión previa quedaba aberto tal campo de actuación aos particulares. Deste xeito, cando o servizo público ou a obra pública era xestionada indirectamente por un privado mediante concesión, a dirección unitaria da actividade conseguíase conservando o Estado uns poderes internos de dirección, modalización e control sobre as formas e os medios de levar a cabo a prestación e incluso sobre a propia organización mesma que a realiza; isto é, a Administración seguía sendo titular e por iso seguía tendo a dirección e a responsabilidade da prestación, mesmo cando unhas veces esta fose levada a cabo por delegación dun concesionario interposto, de aí que conserve o poder de ordenar, de alterar unilateralmente as condicións da prestación.

A lóxica da titularidade pública do servizo ou da obra en que se presta o servizo revélase de forma nida nas concesións, a partir da cal se habilita o privado a prestar o servizo ou explotar a obra, aínda que baixo estritas condicións fixadas pola Administración, quen, como titular do servizo ou da obra sobre a que se presta o servizo, impón o seu criterio sobre o que e o como da prestación do servizo, para o cal posúe todas as potestades, entre elas o

1 Tal como expresa HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico”, Hernández González, F.L. (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 212, “O contrato de concesión, polas súas características, resulta máis permeable á modificación, o que fai do principio de mutabilidade ou adaptación un elemento esencial desta modalidade contractual. Iso levou o Tribunal Supremo a defender unha pretendida diferenciación entre o contrato administrativo e a concesión, sobre a base de que esta última resulta máis vulnerable ao mantemento do equilibrio económico financeiro, o que se traduce na necesidade de compartir a maior onerosidade sobrevida entre as partes contratantes”.

2 Vid. CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, 2010 (Fundamentos e institucións de la regulación), pp. 464 a 467.

3 As liñas mestras que definen o réxime xurídico básico común ás actividades rexidas a través da técnica do servizo público son definidas por ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 636 a 645.

ius variandi, demostrando que o concesionario está subordinado en todo momento ás ordes da Administración.

Como ben expresou Jeze, dicir que en determinadas hipóteses existe o servizo público equivale a afirmar que os axentes públicos, para dar satisfacción regular e continua a certa categoría de necesidades de interese xeral, poden aplicar os procedementos de dereito público, é dicir, un réxime xurídico especial, e que as leis e os regulamentos poden modificar en calquera momento a organización do servizo, sen que se poida opor a iso ningún obstáculo insuperable de orde xurídica. En definitiva, “a organización dun servizo público propiamente dito é modificable en calquera momento, sen que ningún obstáculo xurídico poida impedir esa modificación. Iso deriva da propia idea da inalienabilidade da soberanía”.⁴ A idea de servizo público estaba ligada á noción de soberanía.

Polo tanto, eran consubstanciais á xestión dun servizo público ou á explotación dunha obra pública dúas ideas: 1.º) potestade e intervención administrativas como único camiño para prestar o servizo; 2.º) existencia dun control –e consecuentemente un *ius variandi*– da Administración pública⁵.

Deste xeito, fronte ao *pacta sunt servanda* e ao principio de inmutabilidade propio dos contratos privados, o contrato de concesión presentaba unha natureza dinámica, permitíndose discrecionalmente e por razóns de interese público a modificación unilateral do contrato, modificación á que se encontraba obrigado o concesionario. A potestade de modificación xustificábase desta forma no elemento finalista de consecución do interese público⁶.

2.2 As características esenciais da concesión e a necesidade da súa mutabilidade

Da mesma maneira, as características esenciais da concesión, en concreto o seu carácter incompleto e complexo, unidas á necesidade de realizar importantes investimentos por parte dos privados, coa consecuente necesidade dunha longa duración da concesión co obxecto de permitir a recuperación destas, teñen como consecuencia a posibilidade de que xurdan novas necesidades ou feitos imprevisibles que non puideron ser tidos en conta no momento inicial do contrato, o que debe dar lugar á necesaria modificación da concesión coa conseguinte restauración do seu equilibrio económico.

En efecto, o contrato de concesión de obra ou servizo público é un contrato en virtude do cal a Administración lle adxudica a un determinado contratista a realización dunha obra pública ou a xestión dun servizo competencia desta, para cuxa implantación ou mantemento vai ser necesario un importante investimento e cuxa contrapartida ou remuneración, destinada a recuperar os investimentos previstos para a execución da concesión e a obter ademais un beneficio sobre o capital investido, vai ser ben o dereito a explotar as obras ou os servizos obxecto do contrato mediante o cobramento aos usuarios dunha tarifa polo uso do servizo, ou ben este mesmo dereito en conxunción cun pagamento realizado pola propia Administración.

4 Cfr. JEZE, G., *Principios generales del Derecho administrativo*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, 1949, pp. 7 e ss.

5 VILLAR PALASÍA, J.L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950, p. 64.

6 Agora ben, resulta obvio que, se como consecuencia do exercicio do *ius variandi* ou modificación unilateral do contrato por parte da Administración se producía unha ruptura do equilibrio económico da concesión, era necesario o restablecemento deste mediante un aumento dos prezos a cobrar polo concesionario ou un aumento do prazo.

Así, mediante a explotación da obra ou servizo, o contratista tratará de recuperar os investimentos realizados e obter un beneficio; é dicir, mediante o cobramento da tarifa ao usuario do servizo, o concesionario vai tratar de amortizar e rendibilizar o investimento realizado. En definitiva, a través da concesión, o contratista adiantalle á Administración un capital que vai tratar de recuperar mediante a explotación económica do servizo⁷.

Neste sentido, dado que a concesión e a remuneración do concesionario teñen como obxectivo recuperar o investimento realizado e obter un beneficio razoable, resulta obvio que o prazo de duración deste dependerá e estará vinculado ao tempo necesario para permitir a dita recuperación. Por este motivo, dado que con carácter xeral os investimentos que se lle requiren ao privado son cuantiosos, a duración da concesión debe ser longa, xa que se require o tempo necesario para que o concesionario poida recuperar os investimentos realizados para explotar as obras e os servizos, máis un beneficio sobre o capital investido en condicións normais de explotación, tendo en conta os obxectivos contractuais específicos que asumise o concesionario co fin de satisfacer exixencias tales como a calidade ou o prezo para os usuarios.

Pois ben, a longa duración da concesión ten como consecuencia natural a posibilidade de que, durante o tempo en que esta se estea a executar, xurdan necesidades ou feitos imprevisibles que requiran a adecuación da concesión á nova realidade.

Tal como, de forma expresiva, sinala Sosa Wagner, “as concesións de servizo público tiñan –e teñen– prazos dilatados de vida, comparables ás veces coa vida dun home. E, da mesma forma que resulta aventurado facer predicións sobre os acontecementos que van marcar a vida dun neonato, igualmente resulta difícil facelas sobre o ciclo dunha relación xurídica, por máis que se queira encapsular en pregos, cláusulas ou artigos: o home propón e Deus dispón, resume a sabedoría popular (...) Do principio de risco e ventura pásase pois ao de cobertura suficiente e mutabilidade contractual”⁸.

Precisamente, debido á natureza da concesión e ás súas características, as leis⁹ e a xurisprudencia consideraban que o principio de mutabilidade era un principio, a diferenza do resto

7 O mecanismo financeiro da concesión exprésao de forma clara BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234, ao indicar que: “O establecemento inicial ou posta en marcha do servizo público e a posterior prestación do servizo nas condicións de regularidade e continuidade pactadas exige a realización de importantes investimentos polo concesionario. Pois ben, para rendibilizar e amortizar eses investimentos privados, fai falta un prolongado espazo de tempo, e de aí a longa duración das concesións de servizo público; en termos financeiros cabe dicir que, para que a Administración lle poida devolver ao concesionario o préstamo realizado, cómpre que a concesión teña unha vixencia suficientemente prolongada”.

8 Cfr. SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, consultado en Westlaw Insignis en abril de 2018.
En termos similares exprésase BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutaços e segurana jurídica”, Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 521, ao indicar que: “Pois nos contratos públicos de longo prazo os tempos –financeiros, económico, global– são inclementes em seus efeitos. Caso o Direito Administrativo pretenda ignorá-los, fingir que não existem, será certamente vergado por eles. (...) Nos contratos públicos de longo prazo é errado carregar na subjetividades, supondo-se viável existir, para sociedades complexas como as que vivemos, coisas como a previsão e a imprevisão. A pergunta o qué el previsível? É pior do que um pecado, é um erro (...) situação agravada pela certeza de que não vivemos num mundo onde as partes podem efetivamente prever o que se pasará daqui a 10, 20 ou 35 anos”.

9 O mellor reflexo normativo da natureza do contrato de concesión e do principio de mutabilidade destas como principio inspirador constitúeo o Decreto do 17 de xuño de 1955, polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais. En concreto, tal como sinalaba o seu artigo 127, as corporacións concedentes tiñan a potestade de “ordenar discrecionalmente como podería dispor se xestionase directamente o servizo, as modificacións na condición que aconsellase o interese público, e, entre outras: a) a variación na calidade, cantidade, tempo ou lugar das prestacións en que o servizo consista; e b) a alteración das tarifas a cargo do público e na forma de retribución do concesionario”. Non obstante e en compensación á modificación imposta pola Corporación, esta estaba obrigada a manter o equilibrio financeiro da concesión, para o cal podía: a) compensar economicamente ao concesionario por razón das modificacións que lle ordenase

de contratos, inherente á concesión e que tiña como corolario a posibilidade de modificar o obxecto da concesión a prol das necesidades públicas¹⁰.

2.3 Concesións, seguridade xurídica e necesidade de investimentos privados

Finalmente, as exixencias de saneamento das finanzas públicas, consistente na diminución da cifra de déficit, así como do recurso ao endebedamento mediante as sucesivas emisións de débeda pública, en parte por obrigas de carácter macroeconómico, en parte polos condicionamentos comunitarios, unidas á necesidade de completar os obxectivos de infraestruturas xerais, demandan acudir a mecanismos de participación e financiamento das obras públicas eminentemente privados, como é a concesión, que é probablemente o máis eficiente para captar a participación privada e para repercutirlle o custo ao usuario mediante a correspondente tarifa, canon ou peaxe¹¹.

Como vimos, unha das características fundamentais e esenciais da concesión estriba en que, para a realización da obra ou a posta en marcha do servizo e a súa posterior explotación, vai ser necesaria a realización de cuantiosos investimentos polo concesionario, que adianta, deste xeito, o capital necesario que debería investir a Administración para a realización da obra ou o establecemento inicial e posta en marcha do servizo¹².

En definitiva, a concesión é un contrato, se non financeiro, si cun importantísimo compoñente financeiro, en virtude do cal un privado lle adianta á Administración un capital do cal espera obter unha rendibilidade. E sabemos que, cando de investimentos se trata, a maior risco, a maior inseguridade, maior rendibilidade exige o capital investido e prestado. E sen dúbida ningunha é un risco para o investidor a posibilidade de que, como consecuencia de novos acontecementos e circunstancias, en vez de proceder á modificación e actualización do contrato, haxa que resolver o contrato que deu lugar ao investimento, cunha indemnización inferior á TIR esperada.

introducir no servizo e que incrementasen os custos ou diminuísen a retribución; e b) revisar as tarifas e subvención cando, mesmo sen mediar modificacións no servizo, circunstancias sobrevidas e imprevisibles determinasen, en calquera sentido, a ruptura da economía da concesión.

10 Así, a Sentenza do 14 de febreiro de 1986 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso Administrativo), indicaba que: “*aínda que é certo que (...) o outorgamento dunha concesión reviste os caracteres externos dun contrato administrativo, non todas as normas destes son aplicables no ámbito das concesións e así, mentres os contratos responden ao principio de risco e ventura, que recolle expresamente o artigo 57 do segundo dos regulamentos citados, tal principio non é aplicable á esfera das concesións, xa que para estas o principio aplicable é o do equilibrio financeiro da concesión, concretamente recollido polos artigos 126 e 127 do Regulamento de servizos*”.

Do mesmo xeito, a Sentenza do 2 de xullo de 1982 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), sinalaba que: “*un dos elementos permanentes da concesión dun servizo que se subministra ao público é a remuneración consecuenta ao concesionario exixindo dos usuarios do servizo dereitos ou taxas proporcionais á utilización individual dese, fixando a súa contía mediante unhas tarifas (...) cuxa aprobación lle corresponde á Administración como así mesmo a alteración ou modificación das tarifas, revisión necesaria ao estar presidido o contrato concesional polos principios da mutabilidade e do equilibrio financeiro, o primeiro permítelle á Administración concedente modificar unilateralmente os contratos e o segundo manter en todo momento de vixencia do contrato de concesión o equilibrio financeiro e comercial das vantaxes e cargas referidas á situación ou momento de establecerse a concesión, é dicir, para manter o sistema contractual aceptado no momento inicial do contrato, co alcance ou límites sinalados nos arts. 127-2, 148 e 151 e seguintes do Regulamento de servizos, que só deixan á marxe da protección outorgada ao concesionario a alza normal ou eventos ordinarios que constitúen o risco normal do contrato (...), pero, ademais, fixa unha revisión extraordinaria sempre que o desequilibrio teña por causa unha actuación unilateral da Administración ou a circunstancias imprevisibles independentes da boa xestión do concesionario, que se dará sempre que se produza unha orde da Administración que determine incremento de custos ou diminución da retribución*”.

11 Vid. Ditame do Consello de Estado, do 5 de decembro de 2001, sobre o Anteproxecto de Lei reguladora das concesións de obras públicas.

12 Tal como indica SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 56, 2004, p. 15, “*A concesión é, economicamente, un capital privado adiantado que se pon á disposición da colectividade, con carácter temporal e cun réxime de amortización financeira ou de capital ao longo dos anos de xestión*”.

Pois ben, se se queren atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo importante volume exige a necesaria participación do sector privado, nun contrato de longa duración por natureza, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, faise totalmente necesario permitir a modificación do obxecto do contrato para acoller as novas necesidades e os novos feitos na concesión.

Pódese afirmar, polo tanto, que nos contratos de longa duración a seguridade xurídica deriva da certeza de poder modificar o contrato, de xeito que a rixidez e a falta de flexibilidade xeran inseguridade xurídica para o investidor privado¹³ e, á súa vez, a inseguridade xurídica espanta os investimentos e, en todo caso, encaráceos¹⁴.

3 Libre concorrancia e limitación das modificacións nas concesións

A diferenza dos contratos de obra, de servizos e de subministracións, a concesión de obra e a concesión de servizo non foron, inicialmente, reguladas pola Unión Europea.

A primeira regulación tivo lugar na Directiva 93/37/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos, que estableceu un réxime particular para a concesión de obras¹⁵.

Pola contra, as concesións de servizo público quedaron fóra da regulación comunitaria¹⁶.

Non obstante, a pesar da inexistencia dunha directiva, as concesións de servizos e, en concreto, a súa adxudicación estaban suxeitas ás disposicións dos tratados e os principios sentados pola xurisprudencia do TXUE, en particular os principios de non discriminación, igualdade de trato, transparencia, libre concorrancia, publicidade, recoñecemento mutuo e proporcionalidade¹⁷.

13 Tal como sinalou a exposición de motivos da Lei 13/2003, do 23 de maio, reguladora do contrato de concesión de obras públicas, “Se se queren atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo importante volume exige a necesaria participación do sector privado, nun contrato de longa duración por natureza, a asunción do risco, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, non se pode transformar nun negocio aleatorio, polo que en coherencia imponse moderar axeitadamente os límites do risco ante o cambio imprevisible das circunstancias”.

14 En termos similares exprésase BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurancia xurídica”, cit., p. 523, al sinalar que: “nestes tempos pos-modernos, é adecuado afirmar que a segurancia contractual advém da certeza de mudançā. A estabilidade dos contratos de longo prazo ño decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/platicidade contractaul. Este aparente contrassenso é esencial nos contratos públicos de longo prazo”.

15 Un estudo sobre a evolución normativa das concesións na lexislación comunitaria pode verse en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea”, Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016.

16 As razóns polas cales a Unión Europea nin puido aprobar unha directiva de concesións nin introducir normas sobre concesións de servizos na directiva que regulaba os contratos de servizos foron debidas ao rexeitamento de Francia, que pretendía manter o seu tradicional modelo de “service public” cuxos dogmas centrais estaban sendo desafiados polo proceso de integración europea e a liberalización que este levaba consigo, pois as concesións, na adxudicación das cales a Administración gozaba dunha ampla discrecionalidade, eran vistas, por parte da Unión Europea, como mecanismos proteccionistas fronte á competencia e faltos da necesaria transparencia. Cfr. SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, cit., pp. 12, 29 y 30.

17 Tal como sinalaba a Comunicación interpretativa da Comisión sobre as concesións no dereito comunitario, DO C 121 do 29 de abril de 2000, “como todo acto do Estado polo que se fixen as condicións que debe cumprir unha prestación de actividades económicas, as concesións están suxeitas ás disposicións dos artigos 28 a 30 (antigos artigos 30 a 36) e 43 a 55 (antigos artigos 52 a 66) do tratado, así como aos principios sentados pola xurisprudencia do tribunal. Trátase, en particular dos principios de non discriminación, igualdade de trato, transparencia, recoñecemento mutuo e proporcionalidade. O tratado non limita a liberdade dun Estado membro para facer uso das concesións sempre e cando as modalidades de adxudicación sexan compatibles co ordenamento xurídico comunitario”.

A aplicación das disposicións do tratado e dos referidos principios ás concesións obrigaba a entidade adjudicataria a garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permitise abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación¹⁸.

En calquera caso, en España, dado que os contratos de obra, servizo e subministración se regulaban xunto coas concesións de servizos (contrato de xestión de servizo público) e coas concesións de obra nun mesmo corpo normativo (as sucesivas leis de contratación pública), ao trasporse no dito corpo normativo as directivas comunitarias de contratación, as regras destas, en concreto os procedementos de adjudicación, aplicábanse ás concesións sen facer distincións entre uns contratos e outros¹⁹.

En definitiva, o dereito da Unión, as directivas, que regulaban a preparación e adjudicación dos contratos públicos de obras, servizos e subministracións, e que se xustificaba na adopción de medidas encamiñadas a garantir a competencia entre os operadores económicos, aplicábanse en España sen matices ás concesións²⁰.

É precisamente neste contexto de garantía da libre concorrència na adjudicación dos contratos públicos en que debemos incardinar a limitación que se produciu no principio de mutabilidade das concesións²¹.

18 Así o expresou, entre moitas outras, a Sentenza do TXUE do 7 de decembro de 2000, asunto C-324/98, Telaustria, ao indicar: “57. Dado que os contratos de concesión de servizos públicos non están incluídos no ámbito de aplicación da Directiva 93/38, procede concluír que, contrariamente á interpretación proposta por Telaustria, tales contratos non están comprendidos no concepto de «contratos a título oneroso asinados por escrito» que figura no artigo 1, punto 4, da dita Directiva. 59. Non obstante, o feito de que un contrato deste tipo non estea comprendido no ámbito de aplicación da Directiva 93/38 non impide que este Tribunal de Xustiza achegue unha resposta útil ao órgano xurisdiccional nacional que lle formulou unha serie de cuestións prejudiciais. Para iso, o Tribunal de Xustiza pode tomar en consideración outros criterios interpretativos que poidan resultar útiles para a solución do litixio principal. 60. A este respecto procede sinalar que, malia que, no estado actual do dereito comunitario, tales contratos se atopan excluídos do ámbito de aplicación da Directiva 93/38, as entidades contratantes que os celebren están obrigadas non obstante a respectar, en xeral, as normas fundamentais do tratado e, en especial, o principio de non discriminación por razón da nacionalidade. 61. En efecto, tal como declarou o Tribunal de Xustiza na Sentenza do 18 de novembro de 1999, *Unitron Scandinavia* e *3-S* (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31, o dito principio implica, en particular, unha obriga de transparencia que permite que a entidade adjudicadora se asegure de que o mencionado principio é respectado. 62. A obriga de transparencia que recae sobre a entidade adjudicadora consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación”.

Do mesmo xeito, tal como sinalou o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, apartado 30, “o réxime que deriva das disposicións pertinentes do tratado pode resumirse nas obrigas seguintes para os Estados membros: fixación das normas aplicables á selección do socio privado, publicidade axeitada relativa á intención de outorgar unha concesión e ás normas que rexen a selección para permitir un control da imparcialidade ao longo de todo o procedemento, convocatoria real dos operadores potencialmente interesados ou con capacidade para garantir o cumprimento das tarefas en cuestión, respecto do principio de igualdade de trato da totalidade dos participantes ao longo de todo o procedemento e adjudicación conforme criterios obxectivos e non discriminatorios”.

19 Tal como indicaba o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, “moi poucos Estados membros quixeron dotarse de lexislación interna destinada a regular de xeito xeral e detallado a etapa de adjudicación de concesións de obras e servizos”, pero en nota ao pé de páxina cita España como un dos que si o fixeran.

20 Tal como expresa HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015, pp. 225 e 226, “nos últimos anos, as modificacións contractuais situáronse no punto de mira da loita contra a fraude e a corrupción en materia de contratación. Sen dúbida ningunha, esta circunstancia puido influír en que o réxime de modificación dos contratos non recibise un tratamento singular en materia de concesións. Toda a flexibilidade que se reclama pola súa condición de “contrato incompleto” e o seu distanciamento dos contratos públicos clásicos se esvaece á hora de regular esta materia. Así, a diferenza do que sucede co procedemento de adjudicación, o réxime das modificacións é practicamente común nas tres directivas sobre contratación, malia a diferente natureza, complexidade técnica ou maior duración das concesións”.

21 Como explica BAÑO LEÓN, J.M. “Del *ius variandi* a la libre concorrència: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012 (Ejemplar dedicado a: Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?), p. 143, “A irrupción progresiva do dereito da Unión modifica profundamente a óptica. Como o que preocupa á Unión é a apertura real á libre competencia dos mercados públicos, tradicionalmente proteccionistas, toda medida que coadruce ao mantemento

En efecto, en principio as normas e a xurisprudencia comunitarias centráronse no procedemento de adjudicación dos contratos, como medio natural para a consecución do mercado interior e o respecto aos principios de libre concorrència, transparencia e adjudicación á mellor oferta. Nada se dicía sobre a modificación dos contratos; non obstante, as institucións comunitarias constataron que na fase de execución do contrato público tamén se poden producir distorsións no funcionamento do mercado interior, e que de nada servían os rigorosos e detallados procedementos de adjudicación para seleccionar o contratista se posteriormente, unha vez adjudicado o contrato, na fase de execución e a través dun modificado, se poden introducir novas condicións no obxecto do contrato²² que, de teren figurado no procedemento inicial de adjudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta e mellor que a aceptada inicialmente, ou terían atraído máis participantes no procedemento de adjudicación da concesión. As institucións europeas, regulando e limitando o uso das modificacións, pretenden evitar que se vulnere a libre concorrència.

Deste xeito, a xurisprudencia comunitaria concluíu que, agás que a posibilidade de modificación estivese prevista de forma expresa, clara e inequívoca no contrato, ou cando se debese a acontecementos imprevisibles, toda modificación substancial dun contrato público implica a necesidade de iniciar un procedemento de adjudicación²³.

do proteccionismo é vista con enorme sospeita. Inicialmente as directivas de contratos apenas se preocupaban deste problema, enfocadas como estaban ao procedemento de selección do contratista e adjudicación do contrato”.

- 22 Para GALLEGU CÓRDOLES, I., “Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales”, Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 53, “o desenvolvemento da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza de Unión Europea tivo ocasión de demostrar que a fase de execución do contrato público tamén pode producir distorsións no funcionamento do mercado interior, na medida en que pode resultar idónea para favorecer un competidor fronte ao resto, contravindo así os principios de igualdade de trato e transparencia sobre os que descansa o sistema de contratación pública europeo. De nada serve o respecto escrupuloso destes principios na fase de selección do adjudicatario se, unha vez elixido este, pode alterarse o contido do licitado no seu beneficio”. Igualmente se expresa DIEZ SASTRE, S., “El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del «ius variandi» y la autonomía de la voluntad”, Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 e 14 de novembro de 2014, Toledo, 2015, p. 48, ao indicar que “a especial atención do dereito europeo cara á modificación dos contratos públicos –canalizada a través da Comisión Europea– se produciu como reacción a unha realidade común a todos os Estados membros: con independencia da aplicación de regras administrativas ou civís de execución dos contratos públicos, foi e é unha práctica habitual modificar os contratos despois do seu perfeccionamento. Esta novación contractual pode ser froito dunha necesidade real, xustificada nun interese público lexítimo, pode tratar de articular a contratación de novas prestacións cuxa necesidade sobreveu, ou encubrir unha violación ex post das regras orixinais de adjudicación do contrato co fin de beneficiar o contratista ou de emendar erros contidos nos documentos que rexían a licitación e imputables ao ente adjudicador. O dereito europeo pretende evitar que se vulnere a competencia en calquera das fases da vida do contrato”.

En similares termos exprésase VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 63 a 65, ao sinalar que: “A concepción do contrato como algo dinámico –frente ao carácter estático orixinario– fixo que as institucións europeas vexan nas modificacións un risco para a recta aplicación dos principios reitores da contratación pública. Tres xeracións de directivas precederon as actuais directivas (...) nada se dicía nelas sobre a modificación do contrato. Non obstante, finalmente, a Unión Europea albiscou que de nada serven os rigorosos procedementos de adjudicación con moitos requisitos e burocracia para seleccionar a oferta máis vantaxosa se na fase máis relevante do contrato, a súa propia execución, se desvirtúa todo. Pola contra, a xurisprudencia europea puxo serios límites á modificación contractual na necesidade de evitar unha violación ex post das regras orixinais da adjudicación do contrato e con iso dos principios de integridade e o de boa administración que debe rexer a actuación dos poderes públicos (...) O papel da xurisprudencia do TXUE foi fundamental para a construción dun dereito sobre as modificacións contractuais. A súa principal conclusión é que unha modificación do contrato é unha nova adjudicación. Por iso, a posibilidade de adjudicación directa ao adjudicatario ou a un terceiro sen publicidade é excepcional. E iso porque a modificación comporta o risco de desnaturalizar os principios reitores da contratación pública, que son o pilar que garante unha verdadeira contratación libre de trabas á competencia e á circulación de bens e servizos”.

- 23 A Sentenza do TXUE do 31 de xaneiro de 2013 asunto T-540/10, Reino de España contra a Comisión Europea, realiza un resumo da xurisprudencia comunitaria con cita das sentenzas máis importantes e definindo o que se considera unha modificación substancial. Así, indica que: “60 En efecto, procede recordar que, como puxo de manifesto o Tribunal de Xustiza na Sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 44 supra (apartados 116, 118 e 125), prohibeselle á entidade adjudicadora modificar, en calquera fase do procedemento, as condicións de licitación, so pena de vulnerar o principio de igualdade de trato entre todos os licitadores e o principio de transparencia, ou alterar o sistema xeral da licitación modificando unilateralmente máis tarde unha das súas condicións esenciais. Se a entidade adjudicadora desexa que, por determinadas razóns, poidan modificarse certas condicións da licitación tras ter seleccionado o adjudicatario, está

Esta preponderancia na Unión Europea do principio de libre concorrència nos contratos públicos, unida á consideración dos modificados como unha das principais causas de corrupción²⁴ e ao feito de que, como indicamos, en España as concesións tanto de obra pública como de servizo público se regularon na mesma lei que o resto de contratos, deu lugar a que se pasase dunha normativa que consideraba as modificacións como unha prerrogativa da Administración non sometida a límites a unha normativa española (anterior á vixente LCSP) moi restritiva con respecto á posibilidade de modificación de calquera tipo de contrato, sen distinguir entre os contratos de obras, servizos e subministración (sometidos ás directivas) e os contratos de concesión, en principio, excluídos das directivas²⁵.

obrigada a prever expresamente esta posibilidade de adaptación, así como as súas modalidades de aplicación, no anuncio de licitación elaborado por ela e que establece o marco en que debe desenvolverse o procedemento, de forma que todas as empresas interesadas en participar na licitación teñan coñecemento diso desde o principio e se atopen así en condicións de igualdade no momento de propor a súa oferta. 62 Por outro lado, tampouco pode acollerse a alegación do Reino de España segundo a cal alterou as prestacións contratadas nalgúns dos seus elementos caracterizadores, pero manténdose o mesmo contrato inicialmente celebrado, de modo que a modificación do contrato inicial non pode considerarse substancial. Como se desprende da xurisprudencia, co obxecto de garantir a transparencia dos procedementos e a igualdade de trato dos licitadores, as modificacións das disposicións dun contrato público efectuadas durante a validez deste constitúen unha nova adjudicación do contrato cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de relevo a vontade das partes de volver negociar os aspectos esenciais do contrato (véxase, neste sentido, a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 5 de outubro de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 e 46; véxase, por analogía, a Sentenza Presstetext Nachrichtenagentur, citada no apartado 57 supra, apartado 34). 63 A modificación dun contrato público en vigor pode considerarse substancial cando introduce condicións que, de teren figurado no procedemento de adjudicación inicial, terían permitido a participación doutros licitadores á parte dos inicialmente admitidos ou terían permitido seleccionar unha oferta distinta da inicialmente seleccionada. Así mesmo, unha modificación dun contrato inicial pode considerarse substancial cando amplía o contrato, en boa medida, a obras inicialmente non previstas. Unha modificación tamén pode considerarse substancial cando cambia o equilibrio económico do contrato en favor do adjudicatario do contrato dun xeito que non estaba previsto nos termos do contrato inicial (véxase, por analogía, a sentenza Presstetext Nachrichtenagentur, citada no apartado 57 supra, apartados 35 a 37).

- 24 O Informe da Comisión sobre a loita contra a corrupción na Unión Europea de 2014 sinala expresamente os modificados dos contratos como unha das prácticas ilegais máis estendidas nos procedementos de contratación pública (Bruxelas, 3.2.2014, COM [2014] 38, en particular, pp. 23 e 27). Faise eco da influencia que a corrupción tivo na actual regulación HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico”, cit., pp. 192 e 193, cando sinala que: “A modificación dos contratos públicos non foi tradicionalmente un problema para o lexislador nacional nin europeo. Non obstante, nos últimos tempos púxose no punto de mira dos analistas do dereito. O motivo é a publicación de diferentes estudos que sitúan esta práctica na orixe de presuntos casos de fraude e de corrupción. Así se recolle nos informes de anticorrupción elaborados pola OCDE (2009 e 2013) e pola Comisión Europea (2014). A impresión que queda despois de ler estes documentos é que a modificación é a culpable de todos ou de gran parte dos males que afectan á contratación pública e, polo tanto, hai que evitar custe o que custe (...).”
- 25 Tradicionalmente a regulación contractual foi non xa permisiva coa posibilidade de modificar os contratos, senón que era unha prerrogativa da Administración en favor do interese público non sometida a límites. Desta forma pretendíase evitar que a excesiva rixidez na aplicación do pactado no contrato puidese dar lugar á frustración do interese público que acompañaba a contratación. A Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, considerou con carácter xeral a posibilidade de modificar os contratos administrativos. En tal sentido, o artigo 102.1 prevía que, “unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación poderá introducir modificacións por razón do interese público” nos elementos que o integran, sempre que sexan debidas a necesidades novas ou causas imprevistas, xustificándose debidamente no expediente”. Tamén o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, recoñeceu entre as prerrogativas da Administración a de modificar os contratos, por razón de interese público, sempre que a modificación viñese precisada por necesidades novas ou causas imprevistas (artigos 59 e 101). Segundo estas normas citadas, a modificación dos contratos podía impoñer unilateralmente a Administración sempre que non comportase unha variación, en máis ou en menos, do 20 % da contía do contrato. Se superaba o 20 %, era unha causa potestativa de resolución por ambas as dúas partes. Deste xeito, nos supostos en que a modificación fose consentida e consensuada, esta non daba lugar á extinción do contrato nin a unha nova licitación (salvo que afectase ás condicións esenciais do contrato, de maneira que a modificación era de tal magnitude que implicaba un novo contrato). Igualmente, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, no seu artigo 202, dispuxo que, “unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións neste por razóns de interese público e para atender causas imprevistas, xustificándose debidamente a súa necesidade no expediente. Estas modificacións non poderán afectar ás condicións esenciais do contrato”. En decembro de 2008 a Comisión Europea inicia procedemento por incumprimento contra España por considerar que a regulación dos modificados incumpria a libre concorrència e a igualdade de trato. Como consecuencia do requirimento e en resposta e cumprimento das recomendacións da Unión, realiza na Lei 2/2011 de economía sustentable un cambio profundo e un novo réxime xurídico sumamente restritivo das modificacións. Esta norma, de acordo cos mandatos comunitarios, cerna a prerrogativa de modificación de tal xeito que o interese público que se salvagarda non reside xa na prevalencia do fin, das necesidades públicas, sobre o obxecto do contrato, senón que prevalece o principio de libre concorrència, os dereitos e garantías dos licitadores, fronte á prerrogativa de modificación unilateral. A lei distinguía, desta maneira (artigos 105 a 107), entre modificacións convencionais e modificacións non convencionais.

Agora ben, si é preciso manifestar que a Unión Europea sempre foi consciente de que, no caso das concesións, dada a súa natureza e as súas características, se debía ser máis flexible á hora de posibilitar a súa modificación. Así se expresaba o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, ao indicar que *“As relacións de CPP, ao referirse a unha prestación duradeira, deben poder evolucionar para adaptarse aos cambios do ámbito macroeconómico ou tecnolóxico, así como ás necesidades do interese xeral. O dereito comunitario en materia de contratación pública non se opón, en xeral, á posibilidade de ter en conta as ditas evolucións, sempre e cando se respecten os principios de transparencia e igualdade de trato”*.

Da mesma forma, considerouse que as modificacións non previstas nos pregos de maneira clara e precisa son aceptables cando un acontecemento imprevisible as fai necesarias²⁶.

4 As modificacións obxectivas na Directiva 2014/23/UE de concesións

Froito da tensión entre os principios de mutabilidade e interese público, por un lado, e garantía da igualdade e libre concorrència entre os operadores económicos, por outro, que analizamos anteriormente, a Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, de concesións, consciente da natureza das concesións, estableceu unha regulación que ten como obxectivo preservar ambos os dous principios²⁷.

Regap



ESTUDIOS

Polo que se refire ás modificacións convencionais, estas eran lícitas sempre que nos pregos ou no anuncio de licitación se advertise expresamente desta posibilidade e se detallasen de forma clara, precisa e inequívoca as condicións en que podía facerse uso desta, así como o alcance e os límites das modificacións que puidesen acordarse con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo podía afectar, e o procedemento que se deba seguir para iso.

Pola contra, as modificacións non previstas nos pregos só podían efectuarse por causas taxadas; en concreto, cando se xustificase suficientemente a concorrència dalgunha das seguintes circunstancias:

- Inadecuación da prestación contratada para satisfacer as necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.
- Inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, ambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.
- Forza maior ou caso fortuíto que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.
- Conveniencia de incorporar á prestación avances técnicos que a melloren notoriamente, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producese con posterioridade á adxudicación do contrato.
- Necesidade de axustar a prestación a especificacións técnicas, ambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade aprobadas con posterioridade á adxudicación do contrato.

Pero é que, ademais, mesmo concorrendo algunha destas causas taxadas, era necesaria a concorrència doutros requisitos; en concreto:

1. Que a modificación non alterase as condicións esenciais da licitación (e considerábase que se alteraban se variaban substancialmente a función e as características esenciais da prestación inicialmente contratada e cando a modificación alteraba a relación entre a prestación contratada e o prezo, tal como esa relación quedou definida polas condicións da adxudicación).

2. Que as modificacións non excedesen o 10 por cento do prezo de adxudicación do contrato; no caso de modificacións sucesivas, o conxunto delas non poderá superar este límite.

En definitiva, un réxime de modificación sumamente estrito e que dificultaba moito a modificación do contrato por causas realmente necesarias.

No caso de que non coubese a modificación e o contrato non puidese executarse nos termos pactados só cabía a resolución e unha nova contratación.

26 Así o expresa o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións 30.4.2004 COM (2004) 327 final, no seu apartado 49, ao indicar que: *“En xeral, as modificacións que teñen lugar durante a execución dunha CPP, cando non se recollen nos documentos contractuais, adoitan dar como resultado que se poña en dúbida o principio de igualdade de trato dos operadores económicos. As ditas modificacións non contempladas só son aceptables cando un acontecemento imprevisible as fai necesarias ou cando están xustificadas por razóns de orde pública, seguridade ou saúde públicas”*.

27 Tal como sinala o Consello de Estado no seu Ditame 116/2015 ao Anteproxecto de LCSP en materia de modificacións, *“resulta certamente complicado atopar un equilibrio entre a necesidade de controlar que as modificacións que se produzan non sexan máis das estritamente*

Podemos mesmo sinalar que o réxime de modificación das concesións influíu, flexibilizándoo, no réxime xurídico do resto de contratos regulado na Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, de contratación pública, ata tal punto que, malia as claras diferenzas e necesidades duns e outros, son idénticos²⁸.

Deste modo, tal como indica o considerando 75 da directiva, os contratos de concesión adoitán incluír réximes técnicos e financeiros duradeiros e complexos que, con frecuencia, están suxeitos a vaivéns das circunstancias. Sen ningunha dúbida, a Unión Europea, coñecedora da natureza e das peculiaridades das concesións, era consciente da necesidade de introducir unha importante flexibilidade á hora de permitir a modificación destas.

Precisamente, dado que a directiva é consciente das características e dos elementos da concesión, establece como regra xeral a posibilidade de modificar a concesión por debaixo de certos limiares e sen ningún tipo de límite e condicionante.

Da mesma forma e como regra xeral, permite a modificación da concesión salvo que a modificación sexa considerada substancial, isto é, excepto que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adjudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados. En definitiva, a regra é a modificación agás que esta sexa substancial²⁹.

Igualmente, sabedora de que nos contratos de longa duración poden suceder circunstancias imprevisibles de toda indole que exixan a adecuación do obxecto do contrato ás ditas novas circunstancias, inclúe nestes supostos a posibilidade de modificación.

indispensables, evitando desta forma abusos derivados da vontade de non resolver un contrato e acudir a un novo procedemento de licitación e a certeza de que, en ocasións por distintas circunstancias, resulta verdadeiramente necesario modificar un contrato, non podendo regularse un sistema tan excesivamente ríxido que non permita facelo en favor da correcta execución dun contrato que, non debe esquecerse, está chamado a satisfacer intereses públicos”.

Para DÍEZ SASTRE, S., “El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del «ius variandi» y la autonomía de la voluntad”, cit., p. 51, “as incursións do dereito europeo na fase de execución dos contratos xustificáanse aínda no reforzamento das garantías fronte á adjudicación no momento en que o contrato se perfeccionou e está a executarse (...) No plano xurídico-europeo, as modificacións dos contratos públicos son relevantes exclusivamente na medida en que poden supor unha vulneración das normas de selección do contratista e, polo tanto, da competencia no seo do mercado interior. A forma en que o dereito nacional configure a posibilidade de modificar os contratos –como un privilexio da Administración ou como mero exercicio da autonomía da vontade das partes– non interfere nos medios que se dispoñen para a consecución dese obxectivo. Prodúcese así unha tensión clara entre o interese na eficiencia económica do contrato e a garantía da igualdade e a competencia entre os operadores económicos. Cómpre ter en conta que o réxime de modificación dos contratos a nivel nacional está deseñado para protexer os licitadores pero, fundamentalmente, o contratista. O dereito europeo, pola súa banda, protexe principalmente os licitadores, obrigando a que as condicións que rexían a licitación sigan vixentes durante a execución do contrato, de modo que non se altere a competencia de forma sobrevida”.

28 Crítica que a regulación das modificacións sexa igual, sen presentar matices e modulacións, entre contratos de servizos, obras e subministración, por un lado, e concesións, por outro, a pesar das notables diferenzas entre uns e outros, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones: un largo viaje con final esperado”, cit., pp. 225 e 226, ao indicar que “nos últimos anos, as modificacións contractuais se situaron no punto de mira da loita contra a fraude e a corrupción en materia de contratación 115. Sen ningunha dúbida, esta circunstancia puido influír en que o réxime de modificación dos contratos non recibise un tratamento singular en materia de concesións. Toda a flexibilidade que se reclama pola súa condición de contrato incompleto e o seu distanciamento dos contratos públicos clásicos se esvaece á hora de regular esta materia”. Así, a diferenza do que sucede co procedemento de adjudicación, o réxime das modificacións é practicamente común nas tres directivas sobre contratación, malia a diferente natureza, complexidade técnica ou maior duración das concesións”.

29 En contra pronúnciase GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015, p. 132, para quen “a regra xeral, baixo o meu punto de vista, segue sendo que a modificación dos contratos públicos, en canto pode comprometer o efecto útil dos obxectivos da normativa sobre contratación pública, debe admitirse só con carácter excepcional”.

Podemos, polo tanto, afirmar que o réxime de modificación obxectiva da Directiva de concesións é máis flexible que o réxime existente ata a súa aprobación e, polo tanto, vailles permitir unha maior marxe de discreción aos poderes adxudicadores³⁰.

Por este motivo, a directiva, no seu artigo 43, establece de forma clara, precisa e incondicionada os supostos en que a modificación dunha concesión efectuada durante a súa execución é viable e que, polo tanto, non dan lugar á obriga de iniciar un novo procedemento de concesión, e distínguemos daqueloutros supostos en que, *a contrario sensu*, se considera que non cabe a modificación.

4.1 Causas de modificación obxectiva

a) Modificacións previstas nos pregos

En primeiro lugar, cabe a modificación do contrato cando as modificacións, con independencia do seu valor pecuniario, estivesen xa previstas na documentación inicial da concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Agora ben, as ditas modificacións non poderán alterar o carácter global da concesión.

A razón pola cal a directiva non establece límites cuantitativos para poder levar a cabo os modificados previstos nos pregos é lóxica, pois, ao estaren estes descritos nos pregos, foron coñecidos polos posibles licitadores que realizaron as súas ofertas, respectándose en consecuencia o principio de libre concorrència.

Do mesmo xeito, permítese que os modificados previstos nos pregos supoñan un cambio substancial do contrato, sempre que non alteren o carácter global da concesión, e iso porque, ao estaren descritos no condicionado, eran coñecidos polos licitadores, co que a súa aplicación en fase de execución non vulnera a libre concorrència, pois xa figuraban inicialmente e eran coñecidos por todos á hora de preparar a oferta³¹.

Non obstante, establécese un límite cualitativo á posibilidade de modificación, e este é que non se produza unha alteración da natureza da contratación global. Introduce, deste modo, a Directiva de concesións un concepto xurídico indeterminado, diverso a alteración substancial do contrato, e que non define, o que implica que deberán ser os órganos xurisdiccionais e, fundamentalmente, o TXUE o que lle dea contido a este, determinando cando unha modificación dá lugar a unha alteración da natureza da contratación global³².

30 En termos similares pronúnciase CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 297 e 298.

31 *Vid.* VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 173.

32 Cabe indicar, non obstante, que a Directiva 2014/24/UE, si fai unha aproximación ao significado de alteración substancial no seu considerando 76 ao indicar que unha modificación implica unha alteración da natureza do conxunto da concesión, por exemplo se se substitúen as obras que deban ser executadas ou os servizos que deban ser prestados por outros diferentes ou se se modifica de forma fundamental o tipo da concesión, xa que, nese caso, pode presumirse unha hipotética influencia nos resultados.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 176, identifica a alteración da natureza da contratación global coa alteración da causa ou fin do contrato.

En contra, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", cit., p. 61, quen, ao noso xuízo, asimila a alteración da natureza coa modificación substancial, que "*se alterará a natureza global da contratación se se introducen variacións naqueles elementos que de modo máis decisivo condicionaron o desenvolvemento do procedemento de contratación, desde a perspectiva tanto do número das ofertas recibidas como do seu contido. E iso sucederá, entende a autora, xa sexa mediante a alteración do obxecto do contrato, xa sexa cando se superen determinados límites cuantitativos e, xa sexa,*

b) Obras ou servizos adicionais

Será posible modificar a concesión e adxudicarlle de forma directa ao concesionario orixinal sen necesidade dun novo concurso as obras ou servizos que teñan a consideración de adicionais, isto é, que resulten necesarias e que non estivesen incluídas na concesión orixinal, cando un cambio de concesionario: i) non sexa factible por razóns económicas ou técnicas tales como requisitos de intercambiabilidade ou interoperatividade co equipo existente, servizos ou instalacións adquiridos no marco da concesión inicial, e ii) xere inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora.

En calquera caso, o posible aumento de valor non poderá superar o 50 % do valor da concesión orixinal. En caso de que se apliquen varias modificacións sucesivas, esta limitación aplicarase ao valor de cada unha delas.

c) Circunstancias imprevisibles

Tal como sinala a directiva, será factible unha modificación do obxecto da concesión, sen necesidade de levar a cabo unha nova licitación cando a necesidade de modificación derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever, sempre e cando a modificación, por un lado, non altere o carácter global da concesión e, por outro, o posible aumento de valor non supere o 50 % do valor da concesión orixinal. En caso de que se apliquen varias modificacións sucesivas, esta limitación aplicarase ao valor de cada unha delas.

A directiva establece pois dous límites, un cualitativo, como é a non alteración do carácter global da concesión, e outro cuantitativo, que o aumento de valor non supere o 50 % do valor da concesión orixinal.

En calquera caso, da directiva despréndese que, cando sucedan circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever, será posible realizar unha modificación substancial da concesión, sempre, claro está, que non altere o carácter global da concesión, concepto diverso ao de modificación substancial e que parece permitir unha maior mutabilidade³³.

A xustificación desta causa de modificación exprésaa con claridade o considerando 76 da directiva cando sinala que os poderes adxudicadores e as entidades adxudicadoras se poden atopar con circunstancias exteriores que non podían prever cando adxudicaron a concesión, en particular se a execución de concesión se estende durante un longo período de tempo. Neste caso, necesítase certo grao de flexibilidade para adaptar a concesión ás novas circunstancias sen necesidade dun novo procedemento de adxudicación. O concepto de circunstancias imprevisibles fai referencia ás circunstancias que non se poderían ter previsto aínda que o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora preparase con razoable dilixencia a adxudicación inicial, tendo en conta os medios á súa disposición, a natureza

aínda que expresamente non se reflicta nas directivas, se se altera o equilibrio do contrato a favor do contratista, pois este equilibrio é un parámetro decisivo do desenvolvemento do procedemento de licitación.

33 Como sinala GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificaciones contractuales", cit., p. 61, "As dúbidas interpretativas xurdirán porque os parámetros para delimitar que condicións esenciais alteran a natureza global do contrato non son nin moito menos evidentes".

e as características do proxecto concreto, as boas prácticas no ámbito de que se trate e a necesidade de garantir unha relación axeitada entre os recursos empregados na preparación da adxudicación e o seu valor previsible.

Como se pode comprobar, a directiva establece un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado, isto é, “que a necesidade de modificación derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever”, na que teñen cabida toda unha serie de supostos³⁴, que haberá que analizar caso por caso, e entre os que se poden incluír os erros imprevisibles³⁵, a necesidade de incorporar avances técnicos que excedan o normal³⁶, o caso fortuito e a forza maior, o *factum principis*³⁷ e, desde logo, supostos cualificados de risco imprevisible³⁸.

d) Modificacións non substanciais

A directiva permite a modificación obxectiva da concesión cando as modificacións, con independencia do seu valor, non sexan substanciais.

En concreto, considérase que unha modificación é substancial cando teña como resultado unha concesión materialmente diferente, en canto ao seu carácter, da celebrada nun principio.

34 Para VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 122, á vista da regulación da directiva, “*Non hai que acudir a un listado de causas xenéricas (...), senón examinar caso a caso se existe unha verdadeira imprevisión para un poder adxudicador dilixente. É dicir, se se puido prever normalmente a causa con que agora se pretende xustificar a modificación, ou se se puxeron os medios suficientes e proporcionados á importancia do contrato*”.

35 Erros imprevisibles son os derivados de circunstancias que non se poderían ter previsto aínda que o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora tivese preparado con razoable dilixencia a adxudicación inicial, tendo en conta os medios á súa disposición, a natureza e as características do proxecto concreto, as boas prácticas no ámbito de que se trate e a necesidade de garantir unha relación axeitada entre os recursos empregados na preparación da adxudicación e o seu valor previsible. Así, por exemplo, a inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, ambiental.

36 Avances técnicos que melloren notoriamente a concesión, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á adxudicación do contrato e sempre que non entren dentro da cláusula de progreso.

37 O *factum principis* consiste na alteración indirecta da prestación contratada debido a medidas administrativas xerais que, aínda que non modifican directamente o obxecto do contrato, nin o pretenden, incidan ou repercutan sobre el, facéndoo máis oneroso para o contratista sen culpa deste.

38 O risco imprevisible supón a aparición dunha circunstancia sobrevida, extraordinaria e razoablemente imprevisible, non imputable a unha deficiente xestión do concesionario, que provoca unha subversión grave na economía da concesión, de maneira que o seu cumprimento se torna extraordinariamente gravoso ou mesmo imposible en termos económicos, e, en consecuencia, xorde para a Administración concedente o deber de restaurar o equilibrio económico financeiro do contrato, considerando as bases que se tiveron en conta para a súa adxudicación.

Cfr. ARIMANY LAMOGLIA, E., “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo «autopista Madrid-Toledo (ap-41)»”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. extra, 2011, p. 96. Como indica o Consello de Estado no seu Ditame 54.700 aprobado o 5/12/1990: “*Tal como sostivo ininterrompidamente este Consello, non pode confundirse o risco ou alea que normalmente corre a cargo do contratista, e o fenómeno de novos elementos de feito, estraños ao contrato, que afectan á relación contractual e alteran o seu curso normal. Neste último caso o risco non debe pesar sobre o contratista a todo evento, estando previstos os supostos de rescisión, indemnización e exoneración de responsabilidade que, sen mingua do interese público, restablecen o equilibrio do contrato*”. “*É doutrina común, avalada por xurisprudencia constante, que, nos contratos de tracto sucesivo e de carácter sinalagmático, a alteración das circunstancias existentes no momento da súa conclusión pode dar lugar a unha revisión do contido das prestacións pactadas, sen ruptura do vínculo contractual, sempre e cando esa alteración fose imprevista e imprevisible no momento da celebración do contrato, e sexa o suficientemente importante como para determinar a ruptura do equilibrio económico establecido entre as recíprocas prestacións, que deberá xustificarse no expediente*”. “*Son varias, e moi coñecidas, as doutrinas que se viñeron aplicando, desde o Digesto ata os nosos días, para corrixir estas anomalías contractuais, a prol dun indiscutible principio de xustiza conmutativa. A cláusula rebus sic stantibus; a teoría da «presuposición» (Voraussetzung) de Windscheid, completada e desenvolvida por Oertmann sobre a «base do negocio» (Grundgeschäft); o «enriquecemento inxusto»; e as máis actualizadas doutrinas do factum principis e do «risco imprevisible»; todas elas derivadas, basicamente, do principio da bona fides contractual*”. “*Trátase, en definitiva, de evitar que un contrato que foi concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestacións recíprocas, non quede transformado, por virtude de circunstancias sobrevidas, non queridas nin previstas polas partes, nun contrato puramente aleatorio, cuxo resultado económico dependa decisivamente da sorte ou do azar, con desproporcionado prexuízo para unha das partes en beneficio da outra*”.

En calquera caso, unha modificación considerarase substancial cando se cumpra unha das condicións seguintes: a) que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adxudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta diferente da aceptada inicialmente, ou terían atraído máis participantes no procedemento de adxudicación da concesión; b) que a modificación altere o equilibrio económico da concesión a favor do concesionario nun modo que non estaba previsto na concesión inicial; c) que a modificación amplíe considerablemente o ámbito da concesión.

e) Modificacións viables por non superaren certos limiares

Finalmente, será viable toda modificación dunha concesión, sen necesidade de verificar, se é ou non substancial, se o valor da modificación é inferior aos dous valores seguintes: i) o limiar indicado no artigo 8 da directiva, e ii) o 10 % do valor inicial da concesión.

En calquera caso, a modificación non poderá alterar a natureza global da concesión.

Para a directiva, en todo momento debe ser posible introducir modificacións da concesión que dean lugar a unha pequena modificación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión.

Para iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, a directiva prevé limiares *de minimis*, por debaixo dos cales non se exixirá un novo procedemento de adxudicación.

Estes son, polo tanto, os supostos taxados en que é posible a modificación dunha concesión.

4.2 Algunhas ideas que se desprenden da regulación da Directiva de concesións

Da lectura da directiva podemos extraer as seguintes conclusións:

En primeiro lugar, a directiva leva a cabo unha harmonización completa das normas relativas á modificación das concesións, establecendo e definindo os supostos en que as ditas modificacións son viables.

En segundo lugar, a directiva é precisa, clara e incondicional, de tal xeito que, dado o seu detalle e a súa precisión, sería posible a súa aplicación sen necesidade dunha norma de transposición que a concrete.

En terceiro lugar, a directiva emprega os seus propios conceptos e definicións para determinar cando é posible unha modificación. Así, por exemplo, usa conceptos xurídicos indeterminados como “alterar a natureza global da concesión”, “modificación substancial”, “circunstancias que un poder dilixente non podía prever”, “obra adicional”, etc., que son conceptos autónomos do dereito comunitario.

En cuarto lugar, a directiva establece como regra xeral a posibilidade de modificar a concesión por debaixo de certos limiares e sen ningún tipo de límite e condicionante. Da mesma forma e como regra xeral, permítese a modificación da concesión salvo que a modificación sexa considerada substancial.

En quinto lugar, a Directiva de concesións é máis flexible e máis posibilista á hora de permitir a modificación obxectiva das concesións que a xurisprudencia do TXUE³⁹ anterior á directiva.

Pois ben, vista a regulación que realiza a directiva das modificacións obxectivas das concesións, a pregunta que debemos facernos é se a norma española realizou unha transposición axeitada dela ou se, pola contra, a transposición foi incorrecta.

5 As modificacións obxectivas das concesións na LCSP 2017

Igual que a directiva, a LCSP 2017, nos artigos 204 a 205, establece os supostos en que cabe a modificación dunha concesión durante a súa execución e que, polo tanto, non dan lugar á obriga de iniciar un novo procedemento. Cabe indicar que a modificación das concesións se regula de forma conxunta coa modificación do resto de contratos.

Non obstante, nos artigos 270 e 290 da LCSP establécense algunhas singularidades na regulación das modificacións das concesións e no equilibrio económico do contrato.

Pois ben, debemos adiantar que a regulación que realiza a LCSP non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que ademais é moito máis restritiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións.

Vexamos cales son os supostos⁴⁰.

5.1 Causas de modificación na LCSP 2017

a) *Modificacións previstas nos pregos*

De conformidade co establecido no artigo 2014 da LCSP, as concesións poderán modificarse ata un máximo do 20 % do prezo inicial cando nos pregos de cláusulas administrativas particulares se tivese advertido expresamente desta posibilidade, na forma e co contido seguintes: a) A cláusula de modificación deberá estar formulada de xeito claro, preciso e inequívoco; b) Así mesmo, no que respecta ao seu contido, a cláusula de modificación deberá precisar co detalle suficiente: o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que poderá facerse uso dela por referencia a circunstancias cuxa concorrencia se poida verificar de forma obxectiva; e o procedemento que cumpra seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación establecerá, así mesmo, que a modificación non poderá supor o establecemento de novos prezos unitarios non previstos no contrato.

Do mesmo xeito, indicase, igual que na directiva, que en ningún caso os órganos de contratación poderán prever no prego de cláusulas administrativas particulares modificacións que poidan alterar a natureza global do contrato inicial.

39 Para GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", cit., p. 109, "o estudo das modificacións contractuais nas novas directivas resulta ineludible porque, a priori, introduce certa innovación sobre a doutrina do TXUE na materia".

40 Unha análise detallada dos distintos supostos que permiten a modificación na nova LCSP pode verse en LOZANO CUTANDA, B., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 187.

Como se pode comprobar, a LCSP é máis restritiva que a directiva, pois, mentres que esta última permite a modificación con independencia do seu valor pecuniario, a primeira establece un límite de ata un máximo do 20 %.

Que sentido económico ou xurídico ten limitar a posibilidade de modificación ata un máximo do 20 % do prezo inicial ao 20 % cando a directiva non impón límite cuantitativo ningún? Coincidimos con BAÑO LEÓN cando afirma que ten sentido que a nosa Administración Pública teña menos marxe de actuación que a Administración francesa, alemá ou belga, cando os problemas dos mercados públicos son substancialmente os mesmos⁴¹.

Desde o noso punto de vista, esta restrición cualitativa non ten ningún sentido, máxime cando se respecta o principio de libre concorrència ao estaren os posibles modificados descritos nos pregos, de maneira que estes foron coñecidos polos licitadores, que puideron realizar as súas ofertas atendendo a eles.

Sen dúbida ningunha, unha restrición deste tipo impide prever necesidades futuras e ampliación de investimentos, e iso sen ningunha xustificación.

b) Obras ou servizos adicionais

O artigo 205 sinala que é posible a modificación e adxudicar de forma directa ao concesionario orixinal sen necesidade dun novo concurso cando devíñese necesario engadir obras, subministracións ou servizos adicionais aos inicialmente contratados, sempre e cando se dean os dous requisitos seguintes:

1.º Que o cambio de contratista non fose posible por razóns de tipo económico ou técnico; por exemplo, que obrigase ao órgano de contratación a adquirir obras, servizos ou subministracións con características técnicas diferentes dos inicialmente contratados cando estas diferenzas dean lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso ou de mantemento que resulten desproporcionadas. E, así mesmo, que o cambio de contratista xerese inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo a necesidade de celebrar unha nova licitación para permitir o cambio de contratista.

2.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Novamente, o artigo 205 da LCSP é máis restritivo que o artigo 43 da Directiva 2014/23/UE, pois establece que o límite do 50 % se aplicará ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

c) Circunstancias imprevisibles

41 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", Gimeno Feliú, J.M. (dir.) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1350 e 1351, quen engade que non se pode pór como xustificación que con iso se reforza a libre competencia ou se loita contra a corrupción, pois é patente que o límite cuantitativo previsto no contrato en nada afecta á defensa dos fins públicos que están suficientemente atendidos coas garantías de fondo e coa publicidade e os controis.

Para a LCSP, de conformidade co artigo 205, é posible modificar a concesión cando a necesidade de modificala derive de circunstancias sobrevidas e que fosen imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación, sempre e cando se cumpran as tres condicións seguintes:

- 1.º Que a necesidade da modificación derive de circunstancias que unha Administración dilixente non tería podido prever.
- 2.º Que a modificación non altere a natureza global do contrato.
- 3.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Nun principio, a LCSP, igual que a Directiva de concesións, permite a modificación cando a necesidade desta derive de circunstancias que un poder adjudicador ou entidade adjudicadora dilixente non podía prever. Atopámonos, pois, ante un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado que pode e debe englobar calquera suposto imprevisible que haberá que analizar caso por caso, e entre os que se poden incluír os erros imprevisibles, a necesidade de incorporar avances técnicos que excedan o normal, o caso fortuíto e a forza maior, o *factum principis* e, por suposto, acontecementos cualificados de risco imprevisible.

Unicamente o artigo 205 da LCSP é máis restritivo que o artigo 43 da Directiva 2014/23/UE, pois establece que o límite do 50 % se aplicará ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

Non obstante, o artigo 205 da LCSP debe ser complementado co regulado nos artigos 262⁴², 270 e 290⁴³ da LCSP que regulan o dereito ao reequilibrio do contrato e a conseguinte modificación.

42 De conformidade co artigo 262 da LCSP “1. O órgano de contratación poderá acordar, cando o interese público o exixa e se concorren as circunstancias previstas nesta lei, a modificación das obras, así como a súa ampliación, procedéndose, se é o caso, á revisión do plan económico-financiero co fin de acomodalo ás novas circunstancias. 2. Toda modificación que afecte ao equilibrio económico da concesión rexerese polas normas xerais de modificación e polo disposto no artigo 270 desta lei”.

43 De conformidade co artigo 290 relativo á modificación do contrato e o seu reequilibrio:
 “1. A Administración poderá modificar as características do servizo contratado e as tarifas que deben ser aboadas polos usuarios, unicamente por razóns de interese público e se concorren as circunstancias previstas na subsección 4.ª da sección 3.ª do capítulo I do título I do libro segundo desta lei.
 2. Cando as modificacións afecten ao réxime financeiro do contrato, deberase compensar á parte correspondente de maneira que se manteña o equilibrio dos supostos económicos que foron considerados como básicos na adjudicación do contrato.
 3. No caso de que os acordos que dite a Administración respecto ao desenvolvemento do servizo carezan de transcendencia económica, o concesionario non terá dereito a indemnización por razón destes.
 4. Deberase restablecer o equilibrio económico do contrato, en beneficio da parte que corresponda, nos seguintes supostos:
 a) Cando a Administración realice unha modificación das sinaladas no apartado 1 deste artigo concorrendo as circunstancias alí establecidas.
 b) Cando actuacións da Administración pública concedente, polo seu carácter obrigatorio para o concesionario, determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato.
 Fóra dos casos previstos nas letras anteriores, unicamente procederá o restablecemento do equilibrio económico do contrato cando causas de forza maior determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. Para estes efectos, entenderase por causas de forza maior as enumeradas no artigo 239 desta lei.
 En todo caso, non existirá dereito ao restablecemento do equilibrio económico financeiro por incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou no estudo que puidese realizar o concesionario.
 5. Nos supostos previstos no apartado anterior, o restablecemento do equilibrio económico do contrato realizarase mediante a adopción das medidas que en cada caso procedan. Estas medidas poderán consistir na modificación das tarifas a aboar polos usuarios, a modificación da retribución a aboar pola Administración concedente, a redución do prazo da concesión e, en xeral, en calquera modificación das cláusulas de contido económico incluídas no contrato. Así mesmo, nos casos previstos na letra b) e no último parágrafo do apartado

En primeiro lugar e polo que respecta ás concesións de obra, o artigo 270 indica que o concesionario ten dereito ao reequilibrio da concesión e, polo tanto, á súa modificación cando a Administración realice unha modificación das sinaladas no artigo 262, isto é, a modificación das obras, así como a súa ampliación, procedéndose, se é o caso, á revisión do plan económico-financieiro co fin de acomodalo ás novas circunstancias.

Do dito precepto parece desprenderse que só cabe o dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación da concesión nos supostos en que a circunstancia imprevisible afecte á obra, pero non nos supostos en que a circunstancia imprevisible afecte á explotación desta. Esa restrición choca frontalmente coa vontade da directiva, que non exclúe ningún suposto.

En segundo lugar, a LCSP establece nos artigos 270 e 290 un suposto que, aínda que puidese derivar de circunstancias que unha Administración dilixente non tivese podido prever, nunca pode dar lugar ao dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación do contrato; en concreto, o incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou no estudo que puidese realizar o concesionario.

Desta maneira, aínda que o incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración puidese ser consecuencia de circunstancias imprevisibles, non pode dar lugar ao restablecemento do equilibrio do contrato nin, consecuentemente, á modificación.

En terceiro lugar, os artigos 270 e 290 recollen dous supostos que, a pesar de se poderen incardinar dentro do concepto "circunstancias que unha Administración dilixente non tivese podido prever", non obstante o seu acaecemento non dá lugar ao dereito do concesionario ao reequilibrio e, en consecuencia, á modificación. Referímonos a circunstancias imprevisibles derivadas do *factum principis* dunha Administración non concedente e de avances técnicos; en concreto: a) a aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato⁴⁴; b) Cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Nestes supostos, o único que cabe é a desistencia do concesionario e a conseguinte resolución do contrato sen indemnización para ningunha das partes.

anterior, poderá ampliarse o prazo do contrato por un período que non exceda un 15 por cento da súa duración inicial, respectando os límites máximos de duración previstos legalmente.

6. O contratista terá dereito a desistir do contrato cando este resulte extraordinariamente oneroso para el, como consecuencia dunha das seguintes circunstancias:

a) A aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato.

b) Cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Entenderase que o cumprimento do contrato devén extraordinariamente oneroso para o concesionario cando a incidencia das disposicións das administracións ou o importe das melloras técnicas que deban incorporarse supoñan un incremento neto anualizado dos custos de, polo menos, o 5 por cento do importe neto da cifra de negocios da concesión polo período que reste ata a súa conclusión. Para o cálculo do incremento deducíranse, se é o caso, os posibles ingresos adicionais que a medida puidese xerar.

Cando o contratista desistise do contrato como consecuencia do establecido neste apartado, a resolución non dará dereito a indemnización ningunha para ningunha das partes".

44 Pola contra, si se ten dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación cando actuacións da Administración pública concedente, polo seu carácter obrigatorio para o concesionario, determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. Isto é, en supostos de *factum principis* causados pola Administración concedente.

Da lectura e análise dos preceptos analizados, podería pensarse que non cabe, en ningún caso, a modificación das concesións en supostos de incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou a modificación en supostos derivados da aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato ou cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Esta interpretación é, desde o noso punto de vista, totalmente inviable, pois chocaría co disposto no artigo 43 da directiva, que permite a modificación cando derive de circunstancias que un poder adjudicador ou entidade adjudicadora dilixente non podía prever, e dentro deste suposto da directiva poderíanse incardinar, sen dúbida ningunha, os conceptos patrios de erro imprevisible, avances técnicos, forza maior, *factum principis* e de risco imprevisible, ou calquera outro que sexa así interpretado polo TXUE, sen que caiba á norma nacional restrinxir ou matizar un concepto europeo.

Precisamente, dado que a Directiva de concesións establece un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado que pode e debe englobar calquera suposto imprevisible, que haberá que analizar caso por caso, sería contraria a ela a fixación polo lexislador nacional de supostos que, podendo derivar de circunstancias imprevisibles, están excluídos *a priori*.

Por este motivo, a única interpretación plausible e conforme co dereito comunitario é que o que regulan os artigos 270 e 290 son aqueles supostos en que o concesionario ten dereito a exixir o reequilibrio da concesión e, en consecuencia, a obriga da Administración de modificar o contrato sempre que se respecten os límites cualitativos da modificación.

É dicir, na nova LCSP o acontecemento dun suposto considerado como risco imprevisible ou un *factum principis* xerado por unha Administración non concedente non habilita ou non lle atribúe un dereito ao concesionario para solicitar o equilibrio e unha correlativa obriga da Administración a aceptalo, senón que, pola contra, estes supostos se tornan nunha prerrogativa da Administración que poderá exercer, ou non, discrecionalmente, en caso de que acontezan, a modificación que, en caso de que se exerza, xerará un reequilibrio do contrato.

En definitiva, a Administración poderá modificar o contrato nos supostos en que sucedan circunstancias imprevisibles como, por exemplo, avances técnicos, *factum principis* xerados por unha Administración non concedente e supostos de risco imprevisible, caso en que, e só se se modifica o contrato, nace o dereito do concesionario ao reequilibrio. O que, pola contra, desaparece é o dereito do concesionario a exixir o reequilibrio, coa conseguinte obriga da Administración de modificar o contrato, en supostos de avances técnicos, *factum principis* xerados por unha Administración non concedente e supostos de risco imprevisible⁴⁵.

45 Como indica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", cit., p. 215, "De acordo con esta configuración legal, o restablecemento do equilibrio económico é a consecuencia e non a causa da modificación do contrato. Isto significa que, ben que a maior onerosidade derivada dunha novación obxectiva ten como contrapartida a obriga da Administración de compensar o contratista, non cabe modificar o obxecto do contrato co fin de equilibrar a súa economía. Convén subliñar que isto non sempre se entendeu así, sendo motivo de interpretacións diversas. Non obstante, na actualidade a lexislación exclúe esa posibilidade (arts. 258.2 e 282.4 TRLCSP), o que obriga a constatar se a modificación do contrato trae causa no seu desequilibrio económico ou ao revés".

Estes supostos pasaron de ser un dereito do concesionario a converterse nunha prerrogativa discrecional da Administración que poderá exercer se o considera conveniente. O reequilibrio deixa de ser a causa da modificación para ser a súa consecuencia⁴⁶.

Esta é a única interpretación plausible e que non choca coa Directiva de concesións.

d) Modificacións non substanciais e modificacións viables por non superaren certos limiares

Sen ningunha dúbida, é nas modificacións *de minimis* e nas modificacións non substanciais onde se produce unha regulación máis restritiva⁴⁷ que, ao noso xuízo, desnaturaliza o obxectivo da Directiva de concesións.

Así, para o artigo 205 da LCSP, en calquera caso, unha modificación considerárase substancial cando se cumpra unha ou varias das condicións seguintes:

1.º Que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta da aceptada inicialmente ou terían atraído máis participantes no procedemento de contratación⁴⁸.

2.º Que a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista dun xeito que non estaba previsto no contrato inicial⁴⁹.

3.º Que a modificación amplíe de forma importante o ámbito do contrato.

En todo caso, considerárase que se amplía de forma importante o ámbito do contrato cando: (i) O valor da modificación supoña unha alteración na contía do contrato que exceda, illada ou conxuntamente, o 15 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído, se se trata do contrato de obras, ou un 10 por cento, IVE excluído, cando se refira aos demais contratos, ou ben que supere o limiar que en función do tipo de contrato resulte de aplicación de entre os sinalados nos artigos 20 a 23. (ii) As obras, servizos ou subministracións obxecto de modificación se atopen dentro do ámbito doutro contrato, actual ou futuro, sempre que se iniciase a tramitación do expediente de contratación.

Como se pode comprobar, a norma española suprime as modificacións *de minimis*, isto é, suprime a posibilidade de modificar a concesión, sen necesidade de verificar, se é ou non substancial, se a modificación é inferior ao 10 % do valor inicial da concesión.

46 Cfr. CALATAYUD PRATS, I., "Contrato de concesión de obras y concesión de servicios", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 187.

47 Tal como manifesta GIMENO FELLÚ, J.M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Jornada sobre el Impacto de las nuevas Directivas contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, Facultade de Dereito. Universidade da Coruña, 2 de maio de 2016 (www.obcp.es), p. 73, "do exposto, compróbase que o réxime de modificación do contrato é máis restritivo que o que establecen as novas directivas comunitarias (artigo 72 da directiva). Introdúcese o adverbio "só", coa finalidade de advertir o carácter excepcional da opción de modificar e limitanse posibilidades. Non hai modificados de minimis".

48 En todo caso, considerárase que introduce condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos, cando a obra ou o servizo resultantes do proxecto orixinal ou do prego, respectivamente, máis a modificación que se pretenda, requiran dunha clasificación do contratista diferente da que, se é o caso, se exixiu no procedemento de licitación orixinal.

49 En todo caso, considerárase que a modificación altera o equilibrio económico cando, como consecuencia da modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra novas cuxo importe representaría máis do 50 por cento do orzamento inicial do contrato.

Do mesmo xeito, o artigo 205 da LCSP amplía os supostos en que a directiva considera que unha modificación é substancial ao incluír como modificación substancial calquera modificación por enriba do 10 % ou de 5.186.000 euros, e iso aínda que a modificación non se incardine dentro dos supostos que a directiva considera como modificacións substanciais.

É dicir, aínda que a modificación non introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adxudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente aínda que a modificación non altere o equilibrio económico da concesión a favor do concesionario e aínda que a modificación non amplíe considerablemente o ámbito da concesión; non obstante, se a modificación supera o 10 %, sempre vai ter a consideración de modificación substancial e, polo tanto, non vai poder ser posible esta, sendo obrigada a resolución contractual, coas consecuencias que iso ten.

Pois ben, unha vez cotexada a Directiva 2014/23/UE coa LCSP e unha vez constatado o carácter máis restritivo da norma estatal e a inclusión e variación dos conceptos de dereito comunitario, a pregunta que debemos tratar de resolver é se a dita restrición e modulación dos conceptos comunitarios é conforme a dereito.

6 Incorrecta transposición da Directiva de concesións

Tal como comprobamos, os artigos da LCSP que regulan a modificación obxectiva das concesións son máis restritivos e engaden condicións e requisitos que van máis alá do disposto pola directiva e que, en certo modo, dificultan a consecución dos obxectivos que persegue a directiva; no noso caso, permitir as modificacións cando non afecten substancialmente á concesión.

Así, comprobamos como a norma española suprime as modificacións *de minimis*, isto é, suprime a posibilidade de modificar a concesión, sen necesidade de verificar se é ou non substancial, nos supostos en que a modificación é inferior ao 10 % do valor inicial da concesión.

Do mesmo xeito, vimos como o artigo 205 da LCSP amplía os supostos en que a directiva considera que unha modificación é substancial ao incluír como tal calquera modificación por enriba do 10 % ou de 5.186.000 euros.

Tamén comprobamos como, nas modificacións fixadas nos pregos, mentres a directiva permite a modificación con independencia do seu valor pecuniario, a LCSP establece un límite de ata un máximo do 20 % do valor do contrato inicial.

Igualmente, podería pensarse que a norma estatal, a diferenza da directiva, exclúe como circunstancia imprevisible os supostos de incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración; ou supostos derivados da aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato; ou supostos en que o concesionario deba incorporar ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Esta interpretación, como indicamos, é totalmente inviable, pois chocaría co disposto no artigo 43 da directiva, que permite a modificación cando esta derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever.



Finalmente, é máis restritiva a normativa estatal ao indicar, nos supostos de obras adicionais e circunstancias imprevisibles, que o límite do 50 % se aplica ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

Pois ben, á vista do exposto, é un dato certo que a maior parte dos problemas de mala aplicación e de execución do dereito comunitario proceden, precisamente, de defectos na transposición das directivas.

A transposición das directivas debe ser, cando estas son detalladas e incondicionais, o máis fidedigna posible, debendo ser traspostas do xeito máis literal posible, co fin de garantir o respecto da unidade de interpretación e aplicación do dereito comunitario⁵⁰.

Precisamente, os Estados membros deben evitar engadir á lexislación nacional de aplicación condicións e requisitos que non sexan necesarios para traspasar a directiva en cuestión, en caso de que as ditas condicións ou requisitos poidan dificultar a consecución dos obxectivos que persegue a directiva⁵¹.

No noso caso, a Directiva de concesións e en concreto a regulación que realiza o artigo 43 dos supostos en que cabe a modificación das concesións é unha regulación clara, detallada e incondicional, na cal se establecen as definicións e se fixan con precisión os límites, sen deixar marxe de actuación ao Estado membro⁵², o cal deba dar lugar á súa transcripción literal⁵³.

Sen dúbida ningunha, nos casos de directivas detalladas e incondicionais, a súa transcripción facilita a incorporación e limita as interpretacións desviadas da directiva, debendo lembrar que, no caso das disposicións preceptivas ou incondicionais, a Comisión e o Tribunal poñen máis atención na redacción das medidas nacionais, que deben ser idénticas ás disposicións da directiva⁵⁴.

50 Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión –Unha Europa de resultados– A aplicación do dereito comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 2 a 4.

51 Recomendación da Comisión do 12 de xullo de 2004 relativa á transposición ao dereito nacional das directivas que afectan ao mercado interior (texto pertinente para os efectos do EEE) (2005/309/CE, apartado 6).

52 Sobre o carácter incondicional da regulación das modificacións que realiza a Directiva de concesións pronúnciase GIMENO FELIÚ, J.M., “El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, n. 52, 2016, pp. 297 e 302.

53 Tal como indica o Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión –Unha Europa de resultados– A aplicación do dereito comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 4.1), “a Comisión é favorable a este procedemento de transposición literal e pon particularmente atención a que as definicións recollidas nas directivas sexan fielmente reproducidas no texto de transposición, co fin de evitar toda diverxencia semántica ou conceptual que prexudicaría a aplicación uniforme do dereito comunitario nos Estados membros e a súa eficacia”.

En termos similares pronúnciase o Informe do Consello de Estado sobre a inserción do dereito europeo no ordenamento español, do 14 de febreiro de 2008, pp. 176 e 177, ao estudar a transposición das directivas, cando indica que “se o artigo 249 TCE a configura como unha norma de contidos xerais e cun claro obxectivo a alcanzar, que deixa unha marxe de actuación considerable aos Estados membros, na práctica o contido das directivas foise facendo cada vez máis complexo –tamén pola influencia da técnica anglosaxoa– ata convertelas nunha regulación minuciosa da materia. Esta característica dalgunhas directivas fomenta a práctica da transcripción literal do seu contido; mesmo se formulou se a escasa marxe de actuación de que en tales casos dispoñen os Estados membros non xustificaría a incorporación da directiva ao dereito interno como norma regulamentaria, prescindindo do chanzo intermedio constituído pola decisión estatal”.

54 En palabras do Informe do Consello de Estado sobre a inserción do dereito europeo no ordenamento español, do 14 de febreiro de 2008, pp. 180 e 181, “A transcripción literal facilita a incorporación e quizais limita as interpretacións desviadas da directiva, (...) cando a redacción da directiva sexa moi detallada, óptase pola transcripción literal para evitar que a utilización doutra terminoloxía sexa viveiro de conflitos e eventual fundamento dalgunha imputación de infracción do dereito comunitario. Cómpre lembrar que a Comisión vixía de preto que se recollan coa maior fidelidade posible os preceptos comunitarios que se incorporan e, aínda que esa vixilancia non impón a súa copia literal, o certo é que na práctica se tende a ela”.

Resulta que a regulación clara e incondicionada que realiza a Directiva de concesións das modificacións obxectivas non deixa marxe de apreciación ou discrecionalidade aos Estados membros, os cales, pola contra, se ven obrigados a transcribila sen posibilidade de establecer un réxime máis rigoroso, so pena de desnaturalizar e quebrar os obxectivos da Unión Europea⁵⁵.

No noso caso, a directiva, consciente de que os contratos de concesión adoitan incluír réximes técnicos e financeiros duradeiros e complexos, que con frecuencia están suxeitos a vaivéns das circunstancias, introduce a necesaria flexibilidade para adaptar a concesión ás circunstancias cambiantes e, igualmente, fixa a posibilidade de introducir modificacións na concesión que dean lugar a unha pequena variación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión. Para iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, a directiva prevé límites *de minimis*, por debaixo dos cales non exige un novo procedemento de adxudicación e establece conceptos abertos como “circunstancias que un poder dilixente non podía prever” ou “altere a natureza global do contrato” que permiten adaptar o obxecto da concesión aos acontecementos.

Precisamente, con este obxectivo, a directiva comunitaria emprega unha serie de conceptos xurídicos que, sen dúbida, son autónomos do dereito comunitario, para determinar cando é posible unha modificación e con que requisitos. Así, por exemplo, os conceptos “altere a natureza global do contrato”, “modificación substancial”, “circunstancias que un poder dilixente non podía prever”, “obra adicional”, etc.

Neste sentido, as exigencias tanto da aplicación uniforme do dereito comunitario como do principio de igualdade implican que o teor dunha disposición de dereito comunitario que non conteña unha remisión expresa ao dereito dos Estados membros para determinar o seu sentido e o seu alcance debe normalmente ser obxecto dunha interpretación autónoma e uniforme en toda a Comunidade, que debe realizarse tendo en conta o contexto da disposición e o obxectivo perseguido pola normativa de que se trate.

Así, tal como indicou o TXUE na Sentenza do 15 de maio de 2003, asunto C-214/00, apartado 30: “*ao adaptar o seu ordenamento xurídico interno ás directivas comunitarias, os Estados*

55 En contra pronúnciase o Consello de Estado no Ditame 116/2015 ao Anteproxecto de LCSP cando indica que: “*unha vez decidida polo lexislador europeo a positivización do réxime de modificación dos contratos públicos (que ata a Directiva 2014/24/UE era simplemente obxecto de interpretación xurisprudencial), calquera endurecemento deste réxime debe articularse coa máxima cautela, na medida en que supón limitar as posibilidades de reformas contractuais de que noutros países membros si disporán os seus poderes adxudicadores. Con todo, este xuízo será sempre de oportunidade, xa que ese endurecemento non suscita dúbida ningunha respecto á súa viabilidade xurídica. Noutras palabras, sendo a directiva un instrumento que obriga o Estado membro destinatario en canto ao resultado que deba conseguirse, deixándolles, non obstante, ás autoridades nacionais a elección da forma e dos medios (artigo 288 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), ten cabida dentro da marxe de discrecionalidade de que goza o lexislador a incorporación de condicións máis estritas para a modificación dos contratos públicos, tendo en conta que non encerran risco ningún para o principio de igualdade de trato dos licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, a relaxación das condicións da Directiva 2014/24/UE si debe entenderse prohibida polo dereito europeo (...). A xuízo do Consello de Estado, non resulta reprochable, en termos de oportunidade, o endurecemento que o anteproxecto supón nos dous aspectos antes diseccionados. Dunha banda, porque a fixación de límites porcentuais que operen de forma tanto illada como conxunta é tradicional no noso dereito e evita un difícil xuízo acerca de se as modificacións sucesivas obedecen ou non a unha mesma circunstancia ou necesidade. Doutra banda, porque a conversión dun dos límites de minimis (o porcentual) nun límite máximo impide modificacións contractuais por enriba deste que non estean previstas nos pregos nin respondan a necesidades adicionais ou circunstancias imprevistas, a partir dunha sempre comprometida valoración de se tales modificacións teñen ou non como resultado un contrato de natureza materialmente diferente ao celebrado nun principio*”. Non obstante, fronte á dita argumentación, cabe responder que non nos atopamos ante unha directiva que enuncia obxectivos xerais e que lles deixan unha ampla marxe de manobra e elección aos Estados membros, senón que, pola contra, estamos ante unha directiva cun contido claro e incondicional que non lle deixa marxe de elección ao lexislador e, igualmente, que a directiva ten como finalidade flexibilizar o réxime da modificación de tal xeito que unha regulación máis restritiva rompe e desnaturaliza o obxectivo querido e deseñado pola Unión Europea.

*membros están obrigados a respectar o sentido dos termos e conceptos empregados nestas, co fin de garantir a uniformidade da interpretación e a aplicación dos textos comunitarios nos distintos Estados membros*⁵⁶”.

A nosa norma, pola contra, desnaturaliza os conceptos xurídicos abertos da directiva; así, nalgúns supostos como as circunstancias imprevisibles, restrínxeos e elimina a posibilidade de interpretación dos órganos xurisdicionais, incluído o TXUE; noutras ocasións elimina supostos, como a modificación *de minimis*, que permite a modificación sen limitación; e, igualmente, noutros, como nas modificacións substanciais, engade supostos non considerados na norma que desnaturaliza o concepto e a finalidade da directiva.

Ao noso xuízo, a Directiva de concesións leva a cabo unha harmonización das normas relativas á modificación das concesións, e os Estados membros non poden modificar o contido dos conceptos definidos pola directiva, nin sequera para garantir un grao máis elevado de protección dos participantes no proceso selectivo. De feito, establécese un réxime completo que pretende garantir a seguridade xurídica dos investimentos e do concesionario⁵⁷.

Polo exposto podemos afirmar que a LCSP, polo que respecta á modificación das concesións, é contraria á directiva comunitaria.

Agora ben, a norma nacional non só é, ao noso xuízo, contraria á directiva comunitaria, senón que, ademais, a súa aplicación pode e vaille causar importantes prexuízos ao interese público.

56 Igualmente, a Sentenza TXUE do 18 de xaneiro de 1984, Ekro, C-327/82, apartado 11 e STUE do 19 de setembro de 2000, asunto C-287/98, apartado 43.

57 A Directiva de concesións, no seu considerando 75, é clara ao expresar o mandato de que debe ser posible introducir modificacións da concesión que dean lugar a unha pequena modificación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión, e por iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, prevense limiares *de minimis*, por debaixo dos cales non se exixirá un novo procedemento de adjudicación. Sinala, utilizando o imperativo, que deben ser posibles as modificacións da concesión por enriba deses limiares sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de adjudicación na medida en que esas modificacións se axusten a algúns requisitos.

Cabe recordar a Sentenza do TXUE do 19 de outubro de 2017, asunto C-295/16, na cal se analiza a normativa española sobre prácticas comerciais desleais das empresas nas súas relacións cos consumidores, normativa que era máis restritiva que a regulada na directiva comunitaria. En concreto analizábase o artigo 14 da [LOCM], que tiña un carácter máis estrito que a directiva, ao prohibir en todo caso e sen proba en contrario a venda con perda –mesmo aos almacenistas–. Para o Tribunal de Xustiza, e cito literalmente: “38 No que atinxe, en segundo lugar, ao extremo de dilucidar se a prohibición de vender con perda controvertida no litixio principal ten carácter xeral no sentido da xurisprudencia ou se as excepcións a tal prohibición lles permiten aos tribunais nacionais determinar, tendo en conta o contexto fáctico de cada caso, se a venda con perda en cuestión presenta carácter «desleal» á luz dos criterios enunciados nos artigos 5 a 9 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais, é preciso recordar que o artigo 5 da dita directiva enuncia os criterios que permiten determinar as circunstancias en que unha práctica comercial debe considerarse desleal e, por conseguinte, prohibida (auto do 7 de marzo de 2013, Euro-nics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154, apartado 25). 39 A este respecto, o Tribunal de Xustiza declarou que a Directiva sobre as prácticas comerciais desleais leva a cabo unha harmonización completa das normas relativas ás prácticas comerciais desleais das empresas nas súas relacións cos consumidores e que, polo tanto, como prevé expresamente o seu artigo 4, os Estados membros non poden adoptar medidas máis restritivas que as definidas na referida directiva, nin sequera para garantir un grao máis elevado de protección dos consumidores (véxanse, neste sentido, a Sentenza do 14 de xaneiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, EU:C:2010:12, apartado 41, e o auto do 30 de xuño de 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, apartado 33). 40 Neste caso, por un lado, consta que, por aplicación da disposición nacional controvertida no litixio principal, a venda con perda se considera en si mesma unha práctica comercial desleal e que non incumbe aos tribunais nacionais determinar, tendo en conta o contexto fáctico de cada caso, se tal venda presenta carácter desleal á luz dos criterios enunciados nos artigos 5 a 9 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais. Por outro lado, tamén consta sen discusión que as dúas excepcións á prohibición das vendas con perda que se consideran no artigo 14 da LOCM obedecen a criterios que non se prevíron na dita directiva.

41 Pois ben, conforme a xurisprudencia recordada no apartado 39 desta sentenza, os Estados membros non poden, ao estableceren criterios distintos dos enunciados no artigo 5 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais, adoptar medidas máis restritivas que as definidas nesa mesma directiva”.

7 Consecuencias prexudiciais para o interese público derivadas do carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións

A excesiva rixidez coa que a LCSP regulou a modificación das concesións non só é, ao noso xuízo, contraria á Directiva de concesións, senón que a súa aplicación lle vai xerar prexuízos notables ao interese público.

En efecto, tal como reconece a Directiva de concesións no seu artigo 44 e igualmente a LCSP no seu artigo 211.1 letra g), a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados, cando non sexa posible modificar o contrato conforme os artigos 204 e 205, dará lugar á resolución da concesión. Do mesmo xeito e como consecuencia da resolución, o artigo 213.4 da LCSP establece o dereito do concesionario a unha indemnización do 3 por cento do importe da prestación deixada de realizar, salvo que a causa sexa imputable ao contratista.

Desta maneira, a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados, coa conseguinte obriga de resolver o contrato, vai supor, dada a procedencia de extinguir o pacto primixenio e tramitar unha nova licitación, non só un atraso na satisfacción do interese público a que responde a concesión, senón ademais un custo económico ao erario público, ao gañar o adjudicatario orixinal o dereito a unha indemnización do 3 % do importe da prestación deixada de realizar.

Coincidimos, polo tanto, cos autores que consideran que a ponderación entre liberdade de concorrencia e boa administración dos recursos públicos debера ter conducido a non endurecer os requisitos das directivas, pois en nada vai beneficiar o interese público representado pola pronta execución da obra, nin ás arcas públicas, que a nosa lei sexa moito máis rixida que as directivas mesmas e que a esa rixidez poida levar consigo o pagamento de cuantiosas indemnizacións⁵⁸, máxime cando o principio de libre concorrencia se reforzou cos límites procedementais e substantivos regulados na nova lei.

Pero é máis, non cabe dúbida de que unha maior rixidez na modificación obxectiva dos contratos, unha menor flexibilidade á hora posibilitar a adaptación da concesión a novas circunstancias, en definitiva un maior risco para o empresario privado, van ter como consecuencia un incremento da exigencia de rendibilidade do capital investido, pois, como é por todos sabido, a maior risco, exíxese maior rendibilidade, o cal vai ter como consecuencia un maior custo do investimento, o que necesariamente vai conducir a unha maior duración dos contratos e a un encarecemento das tarifas que deben satisfacer os usuarios.

Precisamente, a longa duración dos contratos de concesión e a conseguinte incerteza que o transcurso dun dilatado prazo de tempo implica teñen como consecuencia a necesidade de posibilitar a modificación do contrato para adaptalo ás necesidades que xurdan, e unha

58 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", cit., p. 1352, para quen, "tendo en conta que no que nos consta os países membros máis poderosos economicamente optaron por utilizar toda a flexibilidade da directiva, non debía o lexislador terlle ofrecido á nosa Administración o mesmo marco? E sobre todo, coas garantías de publicidade e control xurisdiccional das directivas reforzadas, como logo veremos polo lexislador estatal, non se debería ter ponderado o dano á facenda pública que causan estas restricións? Ao meu xuízo a ponderación entre liberdade de competencia e boa administración dos recursos públicos debера conducir a non endurecer os requisitos das directivas, o que tería suposto unha ganancia neta nada desprezable para a facenda pública e o interese público representado pola pronta execución da obra, sen mingua apreciable do principio de libre competencia, que está suficientemente atendido cos límites procedementais e substantivos, nada desprezables, que impón a mesma lei".

restrición a esa necesidade de modificación vai repercutir nun encarecemento dos investimentos e do prezo que se paga polo uso destas.

Bibliografía

- ARIMANY LAMOGLIA, E., "El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo «autopista Madrid-Toledo (ap-41)»", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. extra, 2011,
- ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, lustel, Madrid, 2011.
- BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BAÑO LEÓN, J. M. "Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos", *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012 (Ejemplar dedicado a: Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?).
- BAÑO LEÓN, J. M., "El «modificado» de los contratos", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- BOCKMANN MOREIRA, E., "Contratos públicos de longo prazo, mutaços e seguranga jurídica", Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- CALATAYUD PRATS, I., "Contrato de concesión de obras y concesión de servicios", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018,
- CARLÓN RUIZ, M., "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal", Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, 2010 (Fundamentos e instituciones de la regulación).
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- DÍEZ SASTRE, S., "El régimen de modificación de los contratos públicos los nuevos límites del «*ius variandi*» y la autonomía de la voluntad", Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 e 14 de novembro de 2014, Toledo, 2015.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", *Las nuevas directivas de contratación*

pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Jornada sobre el impacto de las nuevas Directivas contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, Facultad de Derecho. Universidade da Coruña, 2 de maio de 2016 (www.obcp.es).

GIMENO FELIÚ, J. M., "El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España", *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, n. 52, 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado", *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", Hernández González, F.L. (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea", Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016.

JEZE, G., *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, 1949.

LOZANO CUTANDA, B., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

SALA ARQUER, J.M., "Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 56, 2004.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

VAZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Madrid, 2015.

VILLAR PALASÍA, J.L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950.

regap



ESTUDIOS

O sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública*

El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública

Spanish administrative system of internal control and supervision of public procurement



DOLORS CANALS AMETLLER

Profesora Titular de Dereito Administrativo
Departamento de Dereito Público-Universidade de Girona
dolores.canals@udg.edu

Recibido: 01/06/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este artigo describe o sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública española, especialmente a partir do exame das unidades administrativas creadas pola Lei de contratos do sector público de 2017 e, en particular, da Oficina de Regulación e Supervisión da Contratación Pública. Alúdese tamén aos órganos de control externo, como o Tribunal de Contas, que exercen á súa vez o control económico e financeiro do sector público contratante. Así mesmo, trátanse as funcións de control e supervisión da aplicación e cumprimentos efectivos do dereito europeo da contratación pública, que son responsabilidade dos órganos administrativos que configuran o sistema, orientado á prevención e á loita contra a corrupción.

Palabras clave: Contratación pública, corrupción, cumprimento normativo, control xurídico e financeiro, supervisión administrativa.

Resumen: Este artículo describe el sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública española, especialmente a partir del examen de las unidades administrativas creadas por la Ley de contratos del sector público de 2017 y, en particular, de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. Se alude también a los órganos de control externo, como el Tribunal de Cuentas, que ejercen a su vez el control económico y financiero del sector público contratante. Asimismo, se tratan las funciones de control y supervisión de la aplicación y cumplimientos efectivos del derecho europeo de la contratación pública, que son responsabilidad de los órganos administrativos que configuran el sistema, orientado a la prevención y a la lucha contra la corrupción.

Palabras clave: Contratación pública, corrupción, cumplimiento normativo, control jurídico y financiero, supervisión administrativa.

Abstract: This paper describes the administrative system of internal control and supervision of Spanish public procurement, mainly by examining the administrative units created by the Public Sector Contracts Act of 2017, and especially the Public Procurement Regulation and Supervision Office. It also refers to the external control bodies, such

* Este traballo enmárcase no proxecto de investigación "Avaliación do proceso normativo na Unión Europea e en España ante os novos retos sociais do Estado de Dereito" (DER2016-76325-R), financiado polo Ministerio de Economía, Industria e Competitividade, do que son IP.

as the Court of Auditors, which in their turn exert economic and financial control over the contracting public sector. In addition, it addresses control and supervision functions of implementing and effectively complying with European public procurement law. These functions are the responsibility of the administrative bodies that make up the system, aimed at preventing and fighting against corruption.

Key words: Public procurement, corruption, compliance, legal and financial control, administrative supervision.

Sumario: 1 Consideracións previas. Control vs. supervisión no dereito público económico. 1.1 Os elementos do sistema: órganos administrativos e funcións públicas. 1.2 Control administrativo vs. supervisión pública. 2 O sistema administrativo de control interno e supervisión da contratación pública: o seu fundamento. 2.1 A mellora do dereito europeo da contratación pública. 2.2 A prevención e a loita contra a corrupción. 3 Autocontrol privado, control social e supervisión pública. 3.1 A extensión das medidas de autocontrol (*compliance*) e de autocorrección (*self-cleaning*) á contratación pública. 3.2 A apertura ao auxilio do control social. 4 A arquitectura institucional para o control interno e a supervisión da contratación pública. 4.1 A organización administrativa específica. 4.1.1 Os órganos de contratación e a prevención ante os conflitos de intereses. 4.1.2 A Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado: punto de referencia único para as obrigas europeas de información. 4.1.3 O Comité de Cooperación en materia de contratación pública: a cooperación interadministrativa ante a complexidade normativa. 4.1.4 A Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública. 4.1.5 A Intervención Xeral da Administración Xeral do Estado. 4.2 O control externo da contratación pública: o Tribunal de Contas e a Comisión Mixta Congreso-Senado. 5 A Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública. 5.1 Composición e organización: oficina independente? 5.2 Funcións xenéricas de regulación e supervisión. 5.2.1 Funcións de regulación. A Estratexia Nacional de Contratación Pública. 5.2.1.a A Estratexia Nacional: dúbidas de constitucionalidade, de xuridicidade e de vinculatoriedade. 5.2.1.b Instrucións e recomendacións xerais e particulares. 5.2.2 Funcións de supervisión do cumprimento normativo e a aplicación efectiva. 5.2.3 Funcións de información periódica. A supervisión a través da información documentada. 5.3 A Oficina Nacional de Avaliación: o control da sustentabilidade financeira dos contratos de concesión. 6 Oficina de Supervisión da Contratación Pública vs. Autoridade Independente de Anticorrupción.

1 Consideracións previas. Control vs. supervisión no dereito público económico

1.1 Os elementos do sistema: órganos administrativos e funcións públicas

O título deste traballo obriga a realizar algunhas consideracións previas co fin de concretar, desde un inicio, a que aludo cando me refiro ao “sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública”, un sistema que, malia a extensa regulación da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público¹ (LCSP a partir deste momento), non se identifica como tal nin na súa estrutura nin no seu denso contido normativo. E, a pesar de ser incentivado polas directivas europeas de 2014 que a LCSP incorpora ao ordenamento interno, en realidade só parte do sistema se debe ao dereito europeo, como se exporá no texto que segue a continuación.

É máis, aínda que nun primeiro momento puidese parecer o contrario, o sistema administrativo de control interno –ou de control preventivo²– da contratación pública española

1 Pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

Téñase en conta o recurso de inconstitucionalidade n. 739-2018, interposto contra o artigo 289.2 (relativo ás prestacións económicas), disposición adicional 43.^a e as disposicións derradeiras 9.^a, 11.^a e 12.^a da LCSP, polo Grupo Parlamentario Unidos Podemos-Podemos-En Comú Podem-Podem-En Mareas, admitido a trámite polo Pleno do Tribunal Constitucional por providencia do 6 de marzo de 2018 (BOE n. 65, 15.03.2018).

2 Cualificación de “preventivo” GIMENO FELLIÚ, J.M.^a, en varios dos seus traballos e en “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 240 a 318.

sufriu poucos cambios coa aprobación da LCSP, se se compara co establecido na lexislación anterior, incluídas as súas modificacións máis recentes³. A única innovación é a creación de dúas unidades administrativas específicas: o Comité de Cooperación en materia de contratación pública –que se integra na Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado (Xunta Consultiva, en diante)– e a Oficina Independente de Regulación e de Supervisión da Contratación Pública (Oficina de Supervisión, a partir deste momento), ás que se lles recoñecen, respectivamente, unha serie de funcións de coordinación e de supervisión, ata certo punto novas.

En efecto, o libro IV da LCSP, baixo o título “Organización administrativa para a xestión da contratación”, regula os órganos competentes en materia de contratación (arts. 323 a 325); os órganos de asistencia (arts. 326 e 327); e os órganos consultivos, entre os que inclúe o Comité de Cooperación e a Oficina de Supervisión (arts. 328 a 334)⁴. No mesmo libro IV inclúense os rexistros oficiais (arts. 337 a 346) e a Plataforma de Contratación do Sector Público (art. 347), así como o réxime de remisión de información ao Tribunal de Contas, ou órganos autonómicos de control externo (arts. 335 e 336), que non sofre apenas modificacións.

Desde o plano organizativo, polo tanto, engádense dous novos órganos ao conxunto de unidades administrativas que, de acordo co TRLCSP de 2011, posúen competencias de control interno no sector da contratación pública –órganos de contratación, Xunta Consultiva, Intervención Xeral da Administración Xeral do Estado e tribunais administrativos de recursos contractuais, xunto cos órganos autonómicos equivalentes–. A LCSP tamén lle atribúe novas funcións a algún dos órganos mencionados, ampliando a súa actuación de control, á vez que ensancha o marco de relacións que se deberán trabar entre eles para cumprir coas obrigas de información que a mesma lei considera. Como se verá, o eixe sobre o que pivota o sistema administrativo de control e de supervisión é a información documentada relativa aos contratos públicos.

Deseguido, debo aclarar que non examino os tribunais administrativos de recursos contractuais, aínda que son órganos indiscutibles de control preventivo neste sector. A existencia dunha vía específica de resolución de conflitos ante estas instancias administrativas especializadas é indicativa da complexidade da lexislación de contratos públicos como corpo normativo, cuxa correcta aplicación exige un sistema de garantías que, en última instancia, detecte irregularidades, aspectos legais a mellorar e evite a corrupción. A razón pola que os exclúo deste traballo non é outra que o carácter cuasi-xurisdiccional das súas funcións⁵, que os separa, substancialmente, do resto de órganos de control interno aos cales aludo.

En cambio, si fago referencia aos órganos externos de fiscalización económica das institucións públicas –e, polo tanto, da contratación administrativa–, en particular ao Tribunal de Contas e aos órganos externos de fiscalización das comunidades autónomas (OCEX). E iso porque o réxime interno de control non pode tratarse obviando a existencia dun control externo da xestión económica das administracións públicas e do resto do sector público.

3 A última delas, salvo erro na consulta, pola disposición derradeira 9.ª da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (LRXSP, a partir de agora), que modificou os artigos 60 e 61 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 4 de novembro (TRLCSPP, en diante), e engadiu o artigo 61 bis.

4 Estes artigos entraron en vigor o día seguinte ao da publicación oficial da LCSP (disposición derradeira 16.ª), ou sexa, o pasado 10 de novembro de 2017.

5 Recoñecido polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea na Sentenza (Gran Sala) do 6 de outubro de 2015 [Asunto C-203/14].

Por outra banda, o sistema administrativo de control interno e de supervisión non se compón tan só de órganos administrativos que se relacionan entre si desde unha mera perspectiva organizativa. Desde o plano funcional, o sistema inclúe tamén funcións públicas, na súa acepción máis ampla: unha clásica, a de control administrativo –xurídico e financeiro, atendendo ao respectivo e diferenciado carácter das regras substantivas suxeitas a control–, e outra máis moderna e imprecisa, a supervisión pública; ambas as dúas integran, ademais, un elenco de variadas tarefas así mesmo públicas.

En consecuencia, aínda que sexa brevemente, son necesarias algunhas consideracións acerca da distinción entre control administrativo e supervisión pública, para os meros efectos de discernir –na medida do posible– cal é o rol de cada un dos órganos administrativos na estrutura de relacións interadministrativas e interinstitucionais que a LCSP articula para o seguimento da aplicación e do cumprimento en España do dereito europeo sobre contratación pública.

1.2 Control administrativo vs. supervisión pública

A pesar de que o termo “control” ten dúas acepcións xenéricas, aquí interesa só a primeira delas, isto é, como “actividade desenvolvida polas administracións públicas consistente na verificación e vixilancia do cumprimento da lexislación ou das exixencias establecidas en autorizacións, licenzas, concesións e outros actos, mediante as que se habilita o exercicio de actividades privadas”⁶.

Este é o significado estrito de control administrativo nun marco conceptual clásico, é dicir, a actividade de observación directa do cumprimento do dereito substantivo, que pode materializarse *ex ante* a través dun procedemento previo autorizador, ou contractual no noso caso, mediante o establecemento de exixencias concretas nos títulos habilitantes, ou de capacidades ou requisitos específicos para ser licitador nun proceso de contratación, e, con posterioridade, adxudicatario dun contrato público. Nestes supostos, a vixilancia *ex post* do cumprimento de tales exixencias e requisitos actívase, sempre e en todo caso, no marco da relación xurídica establecida entre Administración e particular, aínda que a conexión entre ambas as dúas partes relacionadas estea, en ocasións, meramente latente unha vez outorgado o título habilitante ou o contrato.

Ante a inexistencia de calquera relación xurídica efectiva –xa sexa no marco dun procedemento ou en virtude dun título habilitante ou dun acto convencional– a verificación do cumprimento normativo –de deberes, prohibicións, condicións ou limitacións– actúase ordinariamente desde da posición xenérica que posúe a Administración pública respecto dos cidadáns ante eventuais incumprimentos normativos sectoriais, en exercicio das potestades-función de vixilancia e inspección administrativas. E, malia tales funcións non estaren suxeitas, en principio, ás regras do procedemento administrativo común, tamén conectan ambos os dous suxeitos –Administración inspectora e suxeito inspeccionado– nunha relación ordenada por principios e regras propias do dereito administrativo e, mesmo, ante a eventual presenza de dereitos fundamentais, do dereito constitucional.

6 Segundo o *Diccionario del español jurídico*, da Real Academia Española, a segunda acepción refírese á “facultade atribuída aos tribunais e outras institucións e organismos de verificar a adecuación á Constitución e á legalidade das decisións dos poderes públicos”.

Non obstante, cando a responsabilidade do cumprimento das exigencias normativas se esgaza de calquera conexión xurídica-formal (procedemento administrativo) ou xurídico-material (título habilitante ou contrato) coa Administración pública, cedéndose, de xeito un tanto extraordinaria, aos particulares ou operadores económicos a través de autocontrois exercidos directamente ou mediante encargo a terceiros, situámonos ante un campo propicio para a supervisión administrativa⁷. De feito, a función pública de supervisión parece estar a expandirse comodamente en ámbitos característicos do dereito público económico⁸ nos cales se dá unha correlación constante e fluída entre o público e o privado, ante o repregamento estratéxico do Estado desde a súa nova posición de garante⁹.

Os estudos máis recentes sobre o control como categoría e concepto xurídicos sinalan o seu carácter de “supraconcepto”, sendo a vixilancia o xénero dentro do cal, como especie ben definida, se atopa a supervisión¹⁰. Apuntan, tamén acertadamente, a construción e a explicación dogmáticas do control –e así mesmo da vixilancia e a supervisión– desde a categoría da relación xurídica, porque son procesos ou procedementos en que é básica “a comunicación” entre os suxeitos¹¹.

A partir desta perspectiva, emerxen diferenzas significativas entre as categorías presentes no máis amplo concepto de control. Mentres o control inmediato, é dicir, a inspección, implica unha actividade insistente, profunda, próxima incluso, a supervisión supón “un ver máis remoto”, “unha mirada desde unha perspectiva superior”¹², unha posición “en vertical”¹³ respecto dun conxunto de suxeitos –públicos ou privados, ou de ambas as dúas condicións– que se atopan conectados entre si nunha rede de relacións multidireccionais orientadas á consecución de obxectivos públicos concorrentes con intereses privados, de carácter fundamentalmente económico.

Este é o modelo de supervisión da contratación pública que, salvando as diferenzas substanciais, se asemella á supervisión que se vén desenvolvendo noutros sectores de mercado¹⁴, co

7 De aí que algúns textos legais aprobados os últimos anos se refiran expresamente a esta tarefa, como por exemplo a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, que regula o sistema de “supervisión e control dos operadores económicos” (art. 21). Sobre iso, véxase, entre outros, SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de Mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015, pp. 133 a 174.

8 Sostén PAREJO ALFONSO, L., no capítulo introdutorio do libro colectivo por el dirixido (*Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), que son tres as causas inmediatas da “recente eclósión da supervisión (e o control) e a súa superación (incluíndoas) das tradicionais actividades de vela, vixilancia e inspección: a liberalización e re-regulación de sectores de actividade de interese económico xeral, a ordenación de sectores de risco elevado e o desmantelamento transversal da policía preventiva nos servizos” (pp. 11-13).

9 Por todos, ESTEVE PARDO, J., *El Estado Garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

10 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 75 e ss.

11 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, cit., p. 89, quen relata que a aparición de función pública específica da supervisión é moi posterior á formación plena da inspección, mencionándose por primeira vez na Lei orgánica 5/1980, do 19 de xuño, pola que se regula o estatuto de centros escolares. “A razón desta aparición tardía pode atoparse na penetración así mesmo tardía da palabra na lingua española desde a inglesa” (pp. 47-48).

12 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, cit., p. 48.

13 PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit., p. 12.

14 Véxanse, entre outros, os estudos sectoriais recompilados no mencionado libro colectivo dirixido por PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit.; LAGUNA DE PAZ, J.C., “El mecanismo europeo de supervisión bancaria”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 49 a 77; do mesmo autor: “Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017, pp. 109 a 133; e “Supervisión administrativa del mercado de valores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 189, 2018, pp. 65 a 92; así como IZQUIERDO CARRASCO, M., “La

obxecto de verificar o cumprimento efectivo da normativa nacional derivada da lexislación europea. A supervisión pública require, sempre, da cooperación entre distintos órganos ou unidades administrativas con institucións, autoridades ou organismos públicos situados en distintos ámbitos competenciais e territoriais –instancias europeas incluídas–, nun escenario de relacións interadministrativas e interinstitucionais no cal tamén conflúen axentes privados¹⁵ –operadores económicos e cidadáns, con vontades e intereses diferenciados– que colaboran, directa ou indirectamente, co ente supervisor. A colaboración dos suxeitos supervisados é un dos eixes principais dos modelos actuais de supervisión¹⁶.

Ademais, a supervisión pública instruméntase a través de funcións e tarefas públicas que teñen como denominador común a recollida e sistematización de información relativa á actuación dos distintos axentes presentes no proceso de contratación pública no noso caso, como conduto de seguimento da aplicación e cumprimentos efectivos da lexislación europea de contratos públicos, en especial dos suxeitos a regulación harmonizada. Súmanse á tarefa de obtención de información outras de regulación ou ordenación mediante recomendacións xerais ou particulares, e outras de comprobación ou constatación cuxos resultados non teñen como efecto inmediato o exercicio da potestade sancionadora, porque a información e os datos obtidos polo organismo supervisor deben ser transferidos aos órganos ou autoridades –administrativas e/ou xurisdiccionais– competentes para sancionar, se procede, as irregularidades ou ilegalidades evidenciadas. Finalmente, a información debidamente documentada debe ser remitida ás instancias reguladoras nacionais e europeas, para mellorar os aspectos da lexislación cuxa falta de efectividade resulte probada polos resultados empíricos, e, con posterioridade, publicada oficialmente.

En definitiva, estes son os caracteres do sistema de control e de supervisión da contratación pública cuxo deseño parece culminar a LCSP para cumprir cos principios de eficacia, eficiencia, integridade e transparencia, un sistema e estrutura de órganos administrativos e funcións públicas que, por outra parte, parece reproducirse, salvando algunhas diferenzas de cultura político-administrativa, noutros países, máis próximos ou máis afastados, como foi descrito recentemente pola doutrina, resaltando a importancia que ten no plano internacional o control da contratación pública¹⁷.

supervisión pública sobre entidades bancarias”, Rebollo Puig, M. (dir.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 167 a 222.

- 15 Resáltao VAQUER CABALLERÍA, M., “Vigilancia privada bajo supervisión administrativa: a propósito de la prevención de blanqueo de capitales”, Parejo Alfonso, L. (dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 271 a 293.
- 16 Sobre iso, PALOMAR OLMEDA, A., “El modelo organizativo de la supervisión de funciones y las facultades de los órganos supervisores en la realización de su función”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 2, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1443 a 1470.
- 17 Refírome ao excelente libro colectivo, dirixido por FOLLIOU-LALLIOT, L., e TORRICELLI, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018, que reúne distintos autores americanos, europeos e chineses nunha análise simétrica do control dos contratos públicos nos seus respectivos países, do cal parecen extraerse cuestións comúns pero tamén formas e sistemas distintos de control da contratación pública. A descrición do caso español asínaa VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “The control of Public Procurement in Spain – In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89/665/CEE”, Folliot-Lalriot, L., e Torricelli, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018, pp. 67 a 92.

2 O sistema administrativo de control interno e supervisión da contratación pública: o seu fundamento

2.1 A mellora do dereito europeo da contratación pública

Dúas son as razóns que fundamentan o sistema de control interno e, de xeito particular, de supervisión da contratación pública, que se atopan intrinsecamente relacionadas e que, como sinalai, impón en parte a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública e pola que se deroga a Directiva 2004/18/CE (Directiva 2014/24/UE a partir deste momento): dun lado, a mellora de dereito europeo da contratación pública a través do seguimento do seu cumprimento e aplicación efectivos polos Estados membros; e, doutro, a prevención e a loita contra a corrupción neste eido.

En canto á primeira, a Directiva 2014/24/UE afirma que aínda queda moito por mellorar na aplicación eficaz e coherente da normativa europea en materia de contratación pública, polo que é fundamental obter unha visión de conxunto dos posibles problemas estruturais e modelos nacionais na materia, co fin de facer fronte a posibles problemas de forma máis selectiva e posibilitar un debate informado sobre como mellorar as normas e a práctica da contratación. Para obter esa visión, a directiva obriga ao seguimento da súa aplicación polos Estados membros, cuxos resultados se deberán publicar con regularidade e ser comunicados á Comisión. Non obstante, os Estados gozan de liberdade para decidir como e quen debe levar a cabo a dita tarefa, e se “debe fundamentarse nun control *ex post* baseado en mostras ou nun control *ex ante* sistemático dos procedementos de contratación pública” obxecto da directiva, sen que iso signifique necesariamente conceder lexitimación ante os órganos xurisdicionais aos que realizan o seguimento (considerando 121).

En concreto, a Directiva 2014/24/UE forza a supervisar a aplicación práctica do dereito europeo da contratación pública e propón a creación por cada Estado membro dunha ou varias autoridades, organismos ou estruturas con funcións de supervisión, que deberán ser comunicados á Comisión Europea. Estas autoridades ou organismos, cando detecten incumprimentos específicos ou problemas sistemáticos, polos seus propios medios ou por recibir información ao respecto, estarán facultados para sinalar estes problemas ás autoridades auditoras, órganos xurisdicionais ou outras autoridades, organismos ou estruturas nacionais adecuados, como o Defensor do Pobo, os parlamentos nacionais ou as comisións parlamentarias. Os resultados da súa actuación de supervisión poranse á disposición do público e comunicaranse tamén á Comisión. Para estes efectos, cada tres anos, os Estados membros presentaranlle á Comisión un informe de supervisión que comprenda, se procede, información sobre as fontes máis frecuentes de aplicación incorrecta ou de inseguridade xurídica, sobre o nivel de participación das pemes na contratación pública e sobre a prevención, detección e notificación axeitada dos casos de fraude, corrupción, conflito de intereses e outras irregularidades graves na contratación. A partir desta información, a Comisión publicará un informe periódico sobre as prácticas máis idóneas de contratación no mercado interior (art. 83, relativo á “Execución da gobernanza”).

Regap



ESTUDIOS

Non obstante, o sistema de supervisión, ou de “nova gobernanza”, deseñado pola Directiva 24/2014/UE –moi limitado no texto definitivo tras as críticas das autoridades nacionais¹⁸– parece só instar, pero non obrigar, os Estados membros a designar tales autoridades de supervisión, definidas por algún autor como un “instrumento fundamental no cambio dos paradigmas da xestión dos contratos públicos na medida en que sexan capaces de proporcionar información real e inmediata sobre o funcionamento da política e os posibles defectos da lexislación e as prácticas nacionais, postulando con rapidez as solucións máis axeitadas”¹⁹.

2.2 A prevención e a loita contra a corrupción

A segunda razón que fundamenta o sistema é a prevención e a loita contra a corrupción ou, cando menos, a desincentivación da corrupción²⁰.

Con estes obxectivos, a creación de entidades ou organismos de supervisión do sector da contratación pública viña reclamándose insistentemente nos últimos anos. Xa o Informe da Comisión ao Consello e ao Parlamento Europeo sobre a loita contra a corrupción na Unión Europea, do 3 de febreiro de 2014, animaba os Estados membros a manter unha actitude proactiva contra as prácticas corruptas en canto poñen en grave risco a competitividade na Unión. De aí que a necesidade de establecer mecanismos de loita contra a corrupción na contratación pública fose posta de manifesto polas directivas de 2014 para a súa transposición por cada Estado membro²¹.

Para o caso específico de España²², a Recomendación de Decisión do Consello da Unión Europea, do 27 de xullo de 2016²³, advertía claramente a falta de mecanismos de control *a priori* e *a posteriori* suficientes para garantir o cumprimento e a aplicación correctos e uniformes da lexislación en materia de contratación pública.

O sistema de control interno e de supervisión dos contratos públicos xustifícase tamén na necesaria prevención dos conflitos de intereses que supoñen que o interese privado de cargo ou empregado público se impón por enriba do interese público para a obtención dun

18 GIMENO FELIÚ, J.M.⁸, no relatorio “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, *Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros en la Unión Europea en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal*, organizado pola Escola Galega de Administración Pública, en colaboración coa Dirección Xeral de Relacións Exteriores e coa Unión Europea, os días 19 e 20 de marzo de 2014, pp. 53-54. A previsión inicial consistía en obrigar os Estados membros a designar unha única autoridade nacional de natureza independente.

19 GIMENO FELIÚ, J.M.⁸, “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, cit., p. 54.

20 Tomo a expresión de MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 398 e ss.

21 VIDAL MARTÍN, T.P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, Mestre Delgado, J.F., e Manent Alonso, L. (dirs.), *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018, pp. 89 a 122, en concreto, p. 91.

22 É obrigada a recomendación do libro colectivo, dirixido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M.⁸, e TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, así como o de QUERALT JIMÉNEZ, J. e SANTANA VEGA, D.M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, no que se inclúe o traballo de MEDINA ARNÁIZ, T., “La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?”, pp. 151 a 169.

23 Pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit que se considera necesaria para pórlle remedio á situación de déficit excesivo [SWD (2016) 263 final], COM (2016) 518 final.

beneficio²⁴. Oriéntase, en suma, á salvagarda do principio xurídico de integridade²⁵ que informa a normativa vixente de contratación pública²⁶.

Non procede reproducir aquí datos relativos á corrupción nas licitacións ou execucións de contratos administrativos porque son, por desgraza, coñecidos. Só quero expresar –aínda que sexa adiantando conclusións– as miñas dúbidas respecto da efectividade da actuación dos órganos que integran o sistema administrativo de control interno e de supervisión, para reducir ou eliminar os conflitos de intereses e os favoritismos na contratación pública española, principalmente pola superposición de tarefas similares que posúen e a falta de independencia real da unidade de supervisión.

Ao meu parecer, xunto ás medidas orgánicas e funcionais, cabería considerar seriamente, ademais, un enfoque normativo distinto tendente á mellora da lexislación de contratos públicos que detecte de xeito anticipado, e con datos empíricos, os incentivos e os desincentivos para o cumprimento deste sector concreto do dereito público económico. Refírome á avaliación *ex ante* e *ex post* do impacto normativo, incluíndo a perspectiva da corrupción, como “mecanismo analítico deseñado para identificar e eliminar os factores de risco de corrupción da lexislación existente e da nova”, que xa está a ser promovido por instancias internacionais e considerado un instrumento indispensable de loita contra a corrupción a través da propia regulación normativa²⁷.

Regap



ESTUDIOS

3 Autocontrol privado, control social e supervisión pública

3.1 A extensión de medidas de autocontrol (*compliance*) e de autocorrección (*self-cleaning*) á contratación pública

Tamén pola complexidade inherente á contratación pública, o dereito administrativo non pode por si só resolver o cúmulo de cuestións que suscita a práctica administrativa. Así sucede coa aplicación do dereito da competencia ante os eventuais comportamentos anticompetitivos das empresas con ocasión dos procedementos de licitación. Para estes efectos, a LCSP exíxelles aos órganos de contratación, á Xunta Consultiva e aos tribunais administrativos de recursos contractuais –tamén aos das comunidades autónomas– notificar á Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC, a partir deste momento) –ou, se é o caso, ás autoridades

24 CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 40.

25 Sobre o carácter de principio xurídico da integridade nesta materia, véxase, por todos, GIMENO FELIÚ, J.M.º, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 37 a 106.

26 Que se concreta “na coherencia da actuación dos cargos e empregados públicos cos valores, principios e normas que a guían que evitan os conflitos de intereses e o abuso da posición que ocupan para a obtención de beneficios propios” segundo CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública, Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, cit., p. 58.

27 Este cambio de enfoque da regulación orientado á loita contra a corrupción formúlao DE BENEDETTO, M., “La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio”, Ponce Solé, J., e Cerrillo i Martínez, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017, pp. 71 a 85, en concreto pp. 79-80, onde recolle a definición da Avaliación do Impacto da Corrupción (CIA) –que se reproduce no texto– ofrecida pola OCDE (*Anti-corruption initiatives for Asia and the Pacific Strategies for Business, Government and Civil Society to Fight Corruption in Asia and the Pacific*, París, 2009, p. 187).

homónimas autonómicas– calquera feito do que teñan coñecemento no exercicio das súas funcións que poidan constituír infracción á lexislación de defensa da competencia; en particular, comunicarán calquera indicio de acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela entre os licitadores que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia no proceso de contratación (art. 132.3 LCSP)²⁸.

Agora ben, cando as remisións dunha normativa específica a outra non son claras, son inexistentes ou discordes, os conflitos sobre cal é a norma aplicable están asegurados. Este é o caso da falta de precisión da LCSP en relación co órgano competente para declarar a prohibición de contratar dun licitador no caso específico de resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamento da competencia (art. 71.1, letra b)²⁹.

Polo xeral, as circunstancias constituíntes das prohibicións de contratar³⁰ serán apreciadas directamente polos órganos de contratación (art. 72.1), salvo para as causas relacionadas nas letras a) e b) do apartado 1 do artigo 71 LCSP, ante as cales os órganos de contratación deberán apreciálas cando a sentenza ou a resolución administrativa se tivesen pronunciado expresamente sobre o seu alcance e duración (art. 72.2).

Noutros casos, será necesaria a tramitación dun procedemento administrativo especial instruído para os efectos específicos de declarar o alcance e a duración da prohibición para contratar. Así deberá procederse, por exemplo, cando a sentenza ou resolución administrativa non conteñan pronunciamento a este respecto; ante a falsidade ao efectuar a declaración responsable preceptiva ou ao facilitar os datos relativos á súa capacidade e solvencia; ou ante incumprimento das preceptivas obrigas de comunicar información (art. 72.2).

Non obstante, a LCSP só se refire aos órganos competentes para resolver o procedemento especial e a un único trámite, o de audiencia (art. 72.5)³¹, sen aclarar as dúbidas sobre como fixar a duración e o alcance da prohibición para contratar orixinada nunha resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamento da competencia cando nela non se concretan aqueles extremos (art. 71.1.b.). Porque, de acordo coa Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, non existe ningunha sanción accesoria de prohibición de contratar co sector público para as empresas que foron sancionadas por ese tipo de infracción,

28 Por esta e outras razóns, a CNMC e as autoridades autonómicas da competencia “veñen intervindo cada vez con maior asiduidade en materia de contratación pública tanto pola vía de informes e recomendacións como xa pola apertura de procedementos sancionadores”; así o afirma de xeito acertado RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “Los principios generales de contratación pública”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181 ab 238, en concreto p. 210.

29 Esta prohibición de contratar foi introducida pola disposición derradeira 9.ª da LRXSP, que modificou os artigos 60 e 61 do TRLCSP, e introduciu o artigo 61 bis. Estudárona ben, e aos seus traballos me remito, entre outros, HUERGO LORA, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *Revista Española de Administración Pública*, n. 182, 2017, pp. 223 a 259; e GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 127 a 151.

30 Describe ben tales circunstancias GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1285 a 1348.

31 Nos dous primeiros supostos anteriores, a competencia para acordar a duración e o alcance da prohibición corresponderalle ao Ministerio de Facenda e Función Pública, logo de proposta da Xunta Consultiva, ou aos órganos autonómicos competentes para o suposto de falsidade ao efectuar a declaración responsable (art. 72.3).

polo que nin os órganos administrativos nin as autoridades de defensa da competencia estarían legalmente facultados para declarar tal prohibición³².

Como se sinalou ben, a LCSP non se refire ás clases ou tipos de sancións prohibitivas, nin tampouco á graduación do seu contido establecido nas leis especiais sancionadoras, senón só ás infraccións sancionadas³³. O principal criterio da LCSP para establecer as causas de prohibición de contratar é unicamente a gravidade das infraccións administrativas –infraccións graves ou moi graves, segundo os casos de que traen causa e as leis administrativas que as tipifican–³⁴, de aí os problemas de interpretación e aplicación normativas.

Pois ben, a LCSP non só non soluciona a cuestión, senón que parece modular agora a prohibición de contratar por causa de sanción en materia de competencia³⁵ a través de medidas algo afastadas do noso ámbito xurídico, como son os programas de cumprimento normativo (*Compliance*)³⁶ e certas medidas de redención ou autocorrección de irregularidades xurídicas (*Self-cleaning*) que, por impulso das directivas de 2014, se estenden ao ámbito da contratación pública³⁷ desde os ámbitos específicos en que se introduciron inicialmente, no dereito penal primeiro, e, con posterioridade, no dereito da competencia³⁸.

En concreto, salvo para as causas de prohibición de contratar derivadas de sentenza penal firme, non procederá declarar a prohibición de contratar mediante aquel procedemento administrativo especial cando no trámite de audiencia a persoa xurídica incurso na causa de prohibición acredite (art. 72.5):

a) o pagamento ou compromiso de pagamento das multas e indemnizacións fixadas pola sentenza ou resolución administrativa das que derive aquela causa, sempre e cando a dita persoa fose declarada responsable do seu pagamento na citada sentenza ou resolución (*self-cleaning*); e

32 GUILLÉN CARAMÉS, J. “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia” cit., para quen esta dobre posibilidade prevista na LCSP non fai senón botar máis escuridade sobre a natureza xurídica das prohibicións de contratar por infraccións do dereito da competencia, cuxa finalidade é “meramente punitiva e en nada afecta, polo tanto, á capacidade e solvencia das empresas para contratar co sector público, senón que se trata dun castigo a estas derivado de infraccións da competencia que resultan moi prexudiciais para o ámbito da contratación pública” (p. 141).

33 Así, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., p. 1302.

34 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., quen sostén que na selección desa gravidade a LCSP esquece que, “mesmo cando o principio de proporcionalidade na tipificación da gravidade das condutas infractoras obriga o lexislador (ex art. 29.3 da LRXSP), a súa cualificación como infraccións leves, graves ou moi graves por parte dos lexisladores sectoriais non sempre resulta ser congruente e respectuosa co dito principio xeral do dereito administrativo sancionador” (p. 1303).

35 GUILLÉN CARAMÉS, J. “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., p. 142.

36 Sobre a existencia de programas de *compliance* como requisito xenérico para contratar coas administracións públicas, pronunciouso GIMENO FELIÚ, J. M.⁸, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española: una visión desde la perspectiva de integridad”, cit., pp. 94 e ss. Un tratamento máis xeral deste tipo de medidas é o de CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.

37 Véxase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, 2016, pp. 13 a 52; así como BERNAL BLAY, M.Á., “Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: ponencias sectoriales. X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 411 a 422; e, LÓPEZ DONAIRE, B., “Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, xaneiro-febreiro 2018.

38 Sobre iso, PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La importancia de los programas de cumplimiento –Compliance Programmes– en las políticas sancionadora de las autoridades de competencia”, *ICE. 50 Aniversario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia*, n. 876, 2014, pp. 75 a 90. É tamén de interese a Resolución da CNMC do 6 de setembro de 2016 (As. Mudanzas Internacionais).

b) a adopción de medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas³⁹ para evitar a comisión de futuras infraccións administrativas (*compliance*), entre as que quedará incluído acollerse ao programa de clemencia en materia de falseamento da competencia⁴⁰.

O carácter convencional desta forma de terminación do procedemento parece indiscutible, dado que remata “por recoñecemento da responsabilidade derivada da causa prohibitiva e o conseqüente pagamento voluntario do contido pecuniario declarado nas resolucións administrativas (sancionadoras ou non) ou, se é o caso, xudiciais constitutivas das situacións inhabilitadoras”⁴¹, ante a adopción de medidas autocorrectoras ou de técnicas organizativas para o autocontrol do cumprimento normativo coas que evitar a comisión de futuras infraccións.

Ademais, a declaración de prohibición de contratar resultado dun procedemento administrativo deste tipo poderá ser revisada en calquera momento da súa vixencia cando a persoa que fose declarada en tal situación acredite o cumprimento daquelas medidas de autocontrol e autocorrección. A revisión corresponderalle ao mesmo órgano administrativo que ditou a resolución inicial (art. 72.5 *in fine*).

Sen dúbida, para os licitadores, estes mecanismos de autorregulación constitúen interesantes vías de estímulo para acatar o ordenamento xurídico⁴² porque lles permiten superar determinadas exclusións ou causas de prohibición para contratar nas cales se atopen incursos, e, con iso, acceder ao mercado da contratación pública. Non obstante, malia que a LCSP non se pronuncia ao respecto –parece remitilo ao desenvolvemento regulamentario–, tales mecanismos deberán ser sempre avaliados polos órganos de contratación –ou, se é o caso, polas autoridades de defensa da competencia– no correspondente procedemento administrativo⁴³ e, con posterioridade, ser acreditados os seus (bos) resultados, pois o que está en xogo é a xestión de recursos públicos.

39 Como sinalou ben BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 419), a expresión “medidas apropiadas” é claramente diferente da utilizada polo artigo 31 bis do Código penal, que se refire a “medidas eficaces”.

40 Artigos 65 e 66 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia.

41 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. “Las prohibiciones de contratar” cit., quen observa que LCSP “non está a contemplar unha resolución administrativa declaratoria ou apreciadora da prohibición de contratar, senón unha resolución administrativa non apreciadora ou declarativa”, dado que “impón a resolución non habilitadora polo mero cumprimento por parte do interesado das súas obrigas de pagamento derivadas das resolucións administrativas ou xudiciais [das que derivan as circunstancias das prohibicións de contratar]; noutras palabras, concorrendo a causa prohibitiva, non obstante, impídese declárala e, polo tanto, aplícala” (pp. 1342 e ss.).

42 Defíneno como un dereito dos operadores económicos recoñecido nas directivas de 2014 GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., pp. 144-145, e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, cit., p. 48.

43 Ao respecto, o considerando 102 da Directiva 2014/24/UE expresa que: “Cando estas medidas ofrezan garantías suficientes, débese deixar de excluír por estes motivos o operador económico de que trate. Os operadores económicos deben ter a posibilidade de solicitar que se examinen as medidas de cumprimento adoptadas de cara á súa posible admisión no procedemento de contratación.

Non obstante, débese deixar aos Estados membros que determinen as condicións exactas de fondo e de procedemento aplicables nos ditos casos. En particular, deben poder decidir se desexan deixar que sexan os poderes adjudicadores particulares os que realicen as avaliacións pertinentes ou se prefiren confiarlles ese labor a outras autoridades a un nivel centralizado ou descentralizado”.

Por iso, entre outros, BERNAL BLAY, M.Á. (BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 420) defende que os órganos públicos que deben valorar as medidas propostas polos contratistas sexan entes especializados en materia penal e administrativa que poidan unificar criterios e evitar a inseguridade que podería xerar que tal competencia se asigne a cada poder adjudicador.

2.2 A apertura ao auxilio do control social

A Directiva 2014/24/UE alude tamén ao control do cumprimento e aplicación da normativa de contratos públicos por parte dos cidadáns en canto contribuíntes (*citizen enforcement*)⁴⁴ e, en consecuencia, como titulares dun interese lexítimo na tramitación de procedementos de contratación pública axeitados. Os cidadáns, organizados ou non, e outras persoas e organismos que non teñen acceso aos procedementos de recurso en materia de contratación terán agora –se así o establecen normativamente os Estados membros– a posibilidade de denunciar, sinalar ou trasladar información sobre posibles infraccións nesta materia ás autoridades ou organismos competentes, sen que iso implique que se lles conceda lexitimación ante os órganos xurisdiccionais. Para iso, a citada directiva insta os Estados membros a facilitar este acceso aos cidadáns ante as autoridades ou estruturas de supervisión xeral ou sectorial, tales como as autoridades de defensa da competencia ou o Defensor do Pobo⁴⁵.

A LCSP parece referirse a este control cidadán ou social no artigo 64 –baixo o título “Loita contra a corrupción e prevención de conflitos de intereses”–, ao final do apartado 2, ao establecer un deber xenérico de denuncia, de forma que calquera persoa física ou entidade que teña coñecemento dun posible conflito de intereses deberá pólo inmediatamente en coñecemento do órgano de contratación.

Esta modalidade de control social da contratación pública supón un importante mecanismo de auxilio á prevención e loita públicas contra a corrupción⁴⁶. Os cidadáns anónimos poden participar, de forma voluntaria e altruísta, na vixilancia da contratación pública e na supervisión do cumprimento efectivo da lexislación, sexa mediante alertas ou sexa a través de denuncias de casos de conflitos de intereses ou de corrupción, pero sempre coas garantías necesarias para a protección da súa identidade⁴⁷. Para estes efectos, os medios electrónicos poden contribuír tanto a facilitar a denuncia cidadá⁴⁸ como a protexer o anonimato e garantir a seguridade dos cidadáns fronte a posibles futuras represalias⁴⁹.

A figura do denunciante ou alertador (*whistleblower*) na loita contra a corrupción é amplamente recoñecida no ámbito internacional⁵⁰. Tamén entre nós existen experiencias; tal é o caso, por exemplo, das accións de denuncia cidadá ante a Oficina Antifraude de Cataluña, de

44 Con este nome identifícanse os cidadáns que colaboran no control do cumprimento normativo en materia ambiental; véxase, en particular, o artigo 9.3 do Convenio de Aarhus, ratificado mediante a Decisión do Consello da Comunidade Europea 2005/370, do 17 de febreiro; sobre iso, PEÑALVER CABRÉ, A., “El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014, pp. 2333 a 2357, especialmente p. 2348.

45 Véxase o considerando 122 da Directiva 2014/24/UE.

46 E, polo tanto, unha garantía da integridade, como reitera CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (cap. 43: versión electrónica).

47 Un réxime de protección particularmente interesante é o que establece a recente Lei foral 7/2018, do 17 de maio, de creación da Oficina de Boas Prácticas e Anticorrupción da Comunidade Foral de Navarra, nos artigos 24 e ss., nos que se lle encomenda á oficina velar por que os denunciantes non sufran illamento, persecución ou un empeoramento das condicións do seu ámbito laboral, nin poidan sufrir calquera forma de prexuízo ou discriminación como consecuencia da súa actuación.

48 Así, os mecanismos de denuncia en liña (*Fraud Notification System*) ante a Oficina Europea de Loita contra a Fraude.

49 Véxase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014, pp. 43 a 71. Un exemplo comparado próximo atopámosto na regulación da protección do “delator” en Francia pola *Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, conocida como Ley Sapin II.

50 GIMENO FELIÚ, J.M.^a, “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., p. 307.

acordo coa Lei 14/2008, do 4 de novembro⁵¹. Máis recente é a previsión da Lei foral 7/2018, do 17 de maio, de creación da Oficina de Boas Prácticas e Anticorrupción da Comunidade Foral de Navarra, relativa a unha caixa de correo destinada a recibir queixas, denuncias ou suxestións por escrito da cidadanía relacionadas con actuacións ou condutas en que poidan incorrer as autoridades, o persoal ou os altos cargos da comunidade, a partir das cales a oficina estudará se inicia de oficio un procedemento de investigación (arts. 12 e ss.)⁵².

Neste punto parece adquirir relevancia a regulación da denuncia pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común, en canto “acto polo que calquera persoa, en cumprimento ou non dunha obriga legal, pon en coñecemento dun órgano administrativo a existencia dun determinado feito que puidese xustificar a iniciación de oficio dun procedemento” (art. 62.1), procedemento que, cabe entender, será de inspección, porque o denunciante terá esa pretensión –isto é, que os feitos denunciados sexan investigados e, se procede, sancionados.

4 A arquitectura institucional para o control interno e a supervisión da contratación pública

4.1 A organización administrativa específica

Como avancei, a organización administrativa encargada do control e a supervisión da contratación pública sistematízase no capítulo I do libro IV da LCSP, no cal se regulan os órganos de contratación, os de asistencia e os consultivos como órganos competentes para a xestión dos contratos públicos. A “nova estrutura de órganos de control e supervisión”⁵³ está composta dos órganos colexiados indicados con anterioridade: a Xunta Consultiva, o Comité de Cooperación e a Oficina de Regulación e Supervisión da Contratación.

Vexamos a continuación cal é o papel de cada un deles e como se interrelacionan dentro do sistema, xunto con outras unidades administrativas e institucións públicas.

4.1.1 Os órganos de contratación e a prevención ante os conflitos de intereses

Os órganos de contratación, como representantes das entidades do sector público (art. 61 LCSP), son os órganos competentes para adxudicar o contrato e celebrar o negocio xurídico. Con iso, son parte activa da relación xurídica de base contractual, orixinada no procedemento previo de licitación, no marco da cal a LCSP lles outorga agora, de xeito novidoso e específico, unha nova responsabilidade no sistema de control interno da contratación pública orientada á loita contra a corrupción e os conflitos de intereses. Curiosamente, esa responsabilidade non parece estenderse ao longo da relación xurídica que se manterá coa

51 Calquera persoa pode dirixirse á Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas ou condutas ilegais que afecten aos intereses xerais ou á xestión dos fondos públicos. A persoa informante pode solicitar que se garde a confidencialidade da súa identidade, e a persoa da oficina está obrigada a mantela, agás no caso de recibir un requirimento xudicial (art. 16.3).

52 Sobre este tipo de caixas de correo, denominadas “de integridade”, véxase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit., quen remarca a existencia de norma xurídica para regular este tipo de canles de participación.

53 A expresión é de GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 141 a 143.

empresa adjudicataria ata a resolución definitiva do contrato público, porque o artigo 64 da LCSP a concentra unicamente nos procedementos de licitación.

Sen precedente legislativo na normativa de contratación pública⁵⁴, a LCSP imponlles aos órganos de contratación a obriga de adoptar as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo ou a corrupción, así como prever, detectar e solucionar de xeito efectivo os conflitos de intereses que poidan xurdir nos procedementos de licitación, co fin de evitar calquera distorsión da competencia e garantir a transparencia no procedemento e a igualdade de trato a todos os candidatos e licitadores (art. 64.1).

Para estes efectos, o conflito de intereses abranguerá, polo menos, calquera situación en que o persoal ao servizo do órgano de contratación, que ademais participe no desenvolvemento do procedemento de licitación ou poida influír no resultado deste, teña directa ou indirectamente interese financeiro, económico ou persoal que puidese parecer que compromete a súa imparcialidade e independencia no contexto do procedemento de licitación (art. 64.2).

Como é sabido, no que se refire aos altos cargos, os conflitos de intereses acóutanse á falta de obxectividade no servizo aos intereses xerais que lles incumbe, polo que están obrigados a evitar que os seus intereses persoais poidan influír indebidamente no exercicio das súas funcións e responsabilidades (art. 11.1 da Lei 3/2015, do 30 de marzo)⁵⁵. Enténdese, pois, que un alto cargo está incurso nun conflito de intereses cando a decisión que vaia adoptar – neste caso en relación cun expediente de contratación pública– poida afectar aos seus intereses persoais, de natureza económica ou profesional, por supor un beneficio ou un prexuízo para estes (art. 11.2)⁵⁶. Por iso, sorprende que a LCSP non remita en ningún momento á Oficina de Conflitos de Intereses, como órgano interno de vixilancia e control que actúa con plena autonomía funcional no exercicio das súas funcións de loita contra a conflitividade dos intereses en xogo⁵⁷, tamén na materia que nos ocupa; moito máis cando a oficina se adscribe ao mesmo ministerio, o de Facenda e Función Pública (art. 19.1 da Lei 3/2015, do 30 de marzo), que a Oficina de Supervisión da Contratación Pública, a Intervención Xeral da Administración Xeral do Estado e o resto de órganos do sistema de control preventivo da contratación pública.

54 VIDAL MARTÍN, T.P., "Organización administrativa para la gestión de la contratación", cit., p. 90; e, en sentido parecido, IGLESIAS REY, P., "Transparencia en la contratación pública", Mestre Delgado, J.F., e Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018, pp. 295 a 329, en concreto, p. 301.

55 Reguladora do exercicio do alto cargo na Administración xeral do Estado.

56 De aí a prohibición de contratar coas administracións públicas e co resto do sector público das persoas físicas, ou administradores da persoa xurídica, que se atopen incursoas nalgún dos supostos da Lei 3/2015, do 30 de marzo, ou das normas autonómicas correspondentes; da Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas; ou, se é o caso, se trate de calquera dos cargos electivos regulados na Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, de réxime electoral xeral. A prohibición alcanza as persoas xurídicas no capital das cales participen, nos termos e contías legalmente establecidos, o persoal e os altos cargos antes mencionados, así como os cargos electos ao servizo daquelas. En ambos os dous casos, a prohibición de contratar é extensiva aos cónxuxes e persoas análogas, ascendentes e descendentes, así como parentes en segundo grao de consanguinidade ou afinidade das persoas mencionadas, cando se produza conflito de intereses co titular do órgano de contratación ou os titulares dos órganos en que se delegase a facultade para contratar ou os que exerzan a substitución do primeiro (art. 71.1.g. LCSP).

Por contraste con estas situacións de exclusión, paréceme interesante recomendar o traballo de PÉREZ MONGUIÓ, J.M.º, "Actividades privadas compatibles de los altos cargos de la Administración General del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017, pp. 189 a 223.

57 Unha crítica interesante sobre o funcionamento desta oficina é a de CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 12, 2017, pp. 77 a 91.

Deseguido, cómpre remarcar as circunstancias ante as cales o órgano de contratación deberá cumprir coa obriga de tomar as medidas que sexan axeitadas para solucionar os conflitos de intereses, porque se deberán adoptar mesmo cando exista tan só unha aparencia, percepción ou presunción de afectación da imparcialidade e independencia do órgano de contratación, polo interese financeiro, económico ou persoal dalgún dos seus membros, aínda que sexa indirectamente. Nin sequera será preciso probar que o conflito de intereses incide na toma de decisións no marco do procedemento contractual. Abondará unicamente coa aparencia de estar comprometida a imparcialidade e a independencia do persoal ao servizo do órgano de contratación que pode influír na resolución da licitación, o que, por outra parte, excede as causas ordinarias de abstención previstas na LRXSP (art. 23).

Pero esta é a filosofía da Directiva 2014/24/UE. Dela dedúcese, dunha parte, que non é necesario que o conflito de intereses sexa real, senón só percibido; doutra, que non existe unha obriga absoluta dos poderes adxudicadores de excluír sistematicamente os licitadores en situación de conflito de intereses, dado que, se se proba que tal situación non tivo ningunha incidencia no procedemento de licitación e que non supón un risco real de prácticas contrarias á competencia entre licitadores, aquela exclusión non estará xustificada; e, finalmente, que a exclusión dun licitador será indispensable cando non se dispoña dun remedio máis axeitado e menos restritivo para evitar calquera vulneración dos principios de igualdade de trato e de transparencia⁵⁸.

Con todo, a LCSP non se pronuncia respecto do tipo e carácter das medidas adecuadas para solucionar os posibles conflitos de intereses⁵⁹, nin tampouco de cal é o procedemento administrativo a seguir para declarar, unha vez realizada a actividade probatoria oportuna, a existencia ou inexistencia de conflito de intereses, que servirá de base e fundamento, se é o caso, á exclusión da empresa licitadora do procedemento contractual. A este respecto, cabería considerar se a LCSP non se refire ao inicio dun procedemento administrativo orientado precisamente a examinar as circunstancias concorrentes e acreditar a existencia ou non dun auténtico conflito de intereses, procedemento e actividade probatoria indispensable que, con posterioridade, poderán ser obxecto de control polos tribunais administrativos no ámbito da contratación pública ou polos tribunais ordinarios da orde xurisdiccional.

Por último, coa finalidade de control e identificación de posibles conflitos de intereses, a LCSP obriga os órganos de contratación a redactar un informe específico sobre cada contrato de obras, subministracións, servizos ou acordo marco, suxeitos a regulación harmonizada, así como cada vez que se estableza un sistema dinámico de adquisición (art. 336.1)⁶⁰. Este

58 IGLESIAS REY, P., "Transparencia en la contratación pública", cit., pp. 303-304.

59 Nin para solucionarlos nin para previlos, aínda que para a prevención sexa cada vez máis frecuente a adopción polos órganos de contratación de medidas tales como a implantación de códigos éticos que contribúan á consolidación da cultura da integridade entre os empregados públicos e as propias empresas licitadoras, así como de manuais internos de xestión de riscos e plans de prevención de riscos de corrupción ou, mesmo, a adopción de pactos de integridade; neste sentido maniféstao TORRALBA MENA, I., no comentario ao artigo 64 LCSP incluído no libro colectivo (dir. Recuerda Girela, M.A.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 497.

60 Este informe incluirá, como mínimo: a) o nome e enderezo do poder adxudicador, e o obxecto previo do contrato, do acordo marco ou do sistema dinámico de adquisición; b) se é o caso, os resultados da selección cualitativa e/ou a redución do número de ofertas e de solucións, de conformidade co legalmente establecido para os procedementos restrinxidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo e de asociación para a innovación, e, en concreto, os nomes dos candidatos ou licitadores seleccionados e os motivos que xustifican a súa elección, así como os nomes dos excluídos e os motivos que xustifican a exclusión; c) os motivos polos que se rexeitaran ofertas consideradas anormalmente baixas; d) o nome do adxudicatario e os motivos polos que elixiu a súa oferta, así como, se se coñece, a parte do contrato ou do acordo marco que o adxudicatario teña previsto contratar con terceiros e, se existen e se coñecen, os nomes dos subcontratistas; e) para os procedementos de licitación con negociación e os de diálogo competitivo, as circunstancias respectivas que xustifiquen o recurso

informe, ou os seus elementos principais, será remitido á Comisión Europea ou ao Comité de Cooperación en materia de contratación pública unicamente cando o soliciten (art. 336.2).

4.1.2 A Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado: punto de referencia único para as obrigas europeas de información

A Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado⁶¹ é o órgano colexiado específico de regulación e consulta en materia de contratación pública do sector público estatal (art. 328.1), adscrito ao Ministerio de Facenda e Función Pública, e cunha composición público-privada, dado que nela poden participar axentes do sector privado. Son agora tamén vogais natos, con voz pero sen voto, o presidente da Oficina de Supervisión e un representante da CNMC (art. 328.2).

A LCSP inclúe a Xunta Consultiva no conxunto de órganos que conforman o sistema de control interno da contratación pública, situándoa na posición privilexiada de ser o punto de contacto único para a cooperación española coa Comisión Europea na aplicación da lexislación sobre contratación pública⁶². Para iso, ampliáanse as súas funcións de cara a evitar a fraude, a corrupción, os conflitos de intereses e outras irregularidades nos procedementos contractuais, co que, entre outras, exercerá as seguintes tarefas: a) promover a adopción das normas ou medidas de carácter xeral que considere procedentes para a mellora do sistema de contratación; b) aprobar as recomendacións xerais ou particulares aos órganos de contratación, que deberán ser publicadas, se dos estudos sobre contratación administrativa ou dun contrato particular se deducisen conclusións de interese para a Administración; c) informar sobre as cuestións que se sometan á súa consideración e, con carácter preceptivo, sobre todas as disposicións normativas de rango legal ou regulamentario en materia de contratación pública de competencia estatal; e d) coordinar o cumprimento das obrigas de información que imponen as directivas de 2014 (art. 328.3 en concordancia co artigo 83 da Directiva 2014/24/UE).

Para cumprir con esta última responsabilidade, a Xunta Consultiva debe remitir á Comisión Europea, cada tres anos, un informe relativo a todos os poderes adjudicadores do conxunto do Estado –incluídos os autonómicos e locais– que comprenda información contida no informe de supervisión emitido pola Oficina de Supervisión respecto da licitación pública e execución dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que estean suxeitos a regulación harmonizada. Así mesmo, conterá información sobre a participación das pemes na contratación pública; os órganos encargados de dar cumprimento ás obrigas asumidas en virtude do cumprimento do dereito europeo; e as iniciativas adoptadas para proporcionar axuda na aplicación da normativa europea neste

a estes procedementos; f) as circunstancias que xustifiquen, se é o caso, o recurso ao procedemento negociado sen publicidade previa; g) se é o caso, os motivos polos que o poder adjudicador decidise non adjudicar ou celebrar un contrato ou acordo marco ou renunciara a establecer un sistema dinámico de adquisición; h) os motivos, se é o caso, polos que se utilizaron medios de comunicación distintos dos electrónicos para a presentación de ofertas; i) os conflitos de intereses detectados e as medidas tomadas ao respecto se aqueles se deron; j) as medidas tomadas para garantir o non falseamento da competencia en caso de participación na licitación de empresas que previamente participasen na elaboración das especificacións técnicas ou dos documentos preparatorios do contrato, ou asesorasen o órgano de contratación durante a preparación do procedemento de contratación (art. 336.1).

61 Que sofre tamén un cambio de denominación respecto da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (art. 324 TRLCSP).

62 Neste sentido, MORENO MOLINA, J.A., “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 204, 2017, pp. 361 e ss.

ámbito ou para dar resposta ás dificultades que suscite a súa aplicación, así como para planificar os procedementos de contratación⁶³.

O informe deberá ser remitido á Comisión Europea nos 15 días seguintes á súa adopción, e a Xunta Consultiva deberá publicalo no prazo dun mes, nos correspondentes portais de transparencia e na Plataforma de Contratación do Sector Público.

Esta é, pois, a nova posición ante as instancias europeas que a LCSP lle outorga a este órgano consultivo, á vez que traslada o seu labor máis característico –homoxeneizar os criterios para a interpretación da normativa de contratos públicos– a outro órgano colexiado, aínda que residenciado na súa propia organización.

4.1.3 O Comité de Cooperación en materia de contratación pública: a cooperación interadministrativa ante a complexidade normativa

A normativa de contratación pública é un sector do ordenamento xurídico que, pola súa complexidade, leva consigo considerables dificultades para poderes adxudicadores e operadores económicos. Iso veu xustificando a constitución de órganos específicos para as tarefas de interpretación normativa, asistencia e recomendación, sendo as xuntas consultivas os órganos consultivos tradicionais para a resolución das dúbidas que xorden da aplicación efectiva da lexislación de contratos públicos.

Dentro da Xunta Consultiva do Estado, a LCSP crea o Comité de Cooperación en materia de contratación pública⁶⁴, como órgano colexiado que actúa en pleno ou en seccións⁶⁵, cuxo obxecto é asumir compromisos específicos en áreas de acción comúns das distintas administracións públicas, conforme os principios que rexen as relacións interadministrativas (art. 329). Non obstante, a creación desta nova unidade administrativa xera importantes dúbidas de constitucionalidade, principalmente porque as tarefas que lle asigna a LCSP están dirixidas, na súa maioría, á elaboración da proposta de Estratexia Nacional de Contratación Pública (Estratexia Nacional, a partir deste momento), que deberá someter á aprobación da Oficina de Supervisión (art. 329.1.a en relación co art. 332.6.a.), polo que nos situamos ante funcións de ordenación que superan as meras de cooperación interadministrativa.

Entre outras, o comité levará a cabo os labores de: a) coordinación dos criterios de interpretación normativa seguidos polas administracións públicas; b) proposición de criterios de selección das actuacións de supervisión da contratación e elaboración dunha metodoloxía básica común; c) supervisión do funcionamento da Plataforma de Contratación do Sector Público e do Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas; d) análise das cuestións relativas á contratación pública de interese común; e) recompilación de información sobre participación das pemes na contratación pública e datos estatísticos sobre contratos públicos

63 Véxase o Informe relativo á Contratación Pública en España 2017, de abril de 2018, consultable en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (26 de maio de 2018). O período temporal a que se refire a información documentada neste informe é só o ano 2017 (pechado o 15 de decembro), tal como estableceu a Comisión Europea para o primeiro informe, segundo se afirma na introdución (p. 13).

64 O comité constituíuse e celebrou a súa primeira reunión o pasado 19 de febreiro de 2018, presidido polo subsecretario do Ministerio de Facenda e Función Pública.

65 Terá as seccións que se determinen regulamentariamente, contando en todo caso coas 5 seguintes: sección relativa á regulación da contratación; sección relativa á información cuantitativa e estatística en materia de contratación pública; sección relativa á supervisión da contratación pública; e sección de contratación pública electrónica (art. 329.3).

de obras, subministracións e servizos non suxeitos a regulación harmonizada, así como sobre as iniciativas adoptadas para proporcionar orientación na aplicación da normativa europea na materia ou para dar resposta ás dificultades que formule a súa aplicación; e, finalmente, f) coordinar o impulso da contratación electrónica, tarefa esta nada desdeñable.

4.1.4 A Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación Pública

Por último, como cúspide da organización específica para a xestión da contratación pública, a LCSP crea a Oficina Independente de Regulación e Supervisión (art. 332)⁶⁶, dentro do mesmo apartado dos órganos consultivos, aínda que se lle confiren outras funcións que superan as meramente consultivas. En concreto, a Oficina de Supervisión créase “coa finalidade de velar pola correcta aplicación da lexislación e, en particular, promover a concorrència e combater as ilegalidades” na materia, para o cal actuará con plena independencia orgánica e funcional, malia adscribirse ao Ministerio de Facenda e Función Pública, a través da súa subsecretaría.

Tales funcións –velar, promover, combater– son substancialmente indeterminadas, polo que algunhas das expectativas xeradas co anuncio da Oficina de Supervisión probablemente non se vaian ver cumpridas. Son moitas tamén as dúbidas existentes respecto da súa independencia efectiva, porque pouco ou nada ten que ver este organismo cunha autoridade independente de supervisión real da contratación pública, malia inicialmente terse ideado como tal durante a tramitación parlamentaria da LCSP⁶⁷. A iso volverei en apartados posteriores.

A Oficina de Supervisión –instaurada, con rango de subdirección xeral, polo Real decreto 256/2018, do 4 de maio⁶⁸– integra, á súa vez, outro órgano colexiado, a Oficina Nacional de Avaliación (art. 333), creada pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, que a incorporou ao TRLCSP de 2011 para analizar a sustentabilidade financeira dos contratos de concesións de obras e concesións de servizos públicos⁶⁹.

A Oficina Nacional de Avaliación (Oficina de Avaliación, en diante) é un órgano integrado na Oficina de Supervisión, para os meros efectos de organización. Pero tales efectos non deixan de ser sorprendentes pola intersección de órganos administrativos que implica e que –agás erro na consulta ou insalvable descoñecemento pola miña parte– non existen noutros ámbitos da organización administrativa. Ademais, o réxime vixente dos órganos colexiados da Administración xeral do Estado (arts. 15 e ss. LRXSP) non considera o suposto de creación dun órgano administrativo colexiado no seo doutro órgano de idéntico carácter, moito menos con competencias substantivas diferenciadas, como é o caso, porque a función principal desta nova unidade administrativa é elaborar informes preceptivos, con carácter previo á licitación

66 A súa creación estaba xa prevista na Lei 3/2017, do 27 de xuño, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2017 (disp. ad. centésimo trixésima).

67 A inclusión da Oficina de Supervisión no texto da LCSP procede da aceptación dunha emenda transaccional ao proxecto de LCSP, orixinada nas emendas n. 192 do grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-Podemos-En Comú Podem-Podem-En Marea e n. 414 do grupo de Cidadáns.

68 Polo que se modifica o Real decreto 769/2017, do 28 de xullo, polo que se desenvolve a estrutura orgánica básica do Ministerio de Facenda e Función Pública e se modifica o Real decreto 424/2016, do 11 de novembro, polo que se establece a estrutura orgánica básica dos departamentos ministeriais. Aclara o real decreto, na súa exposición de motivos, que só “configura un mínimo esquema organizativo, que, sen prexuízo dun posterior desenvolvemento orgánico e regulamentario, permita iniciar o proceso de dotación e funcionamento destes órganos”.

69 Apartado 12 da disposición derradeira novena da LRXSP, polo que se incorpora unha nova disposición adicional 32.ª ao TRLCSP de 2011, cun contido que difire pouco do vixente artigo 333 LCSP, salvo na referencia aos servizos públicos que contiña a LRXSP e que agora desaparece.

dos contratos de concesión de obras ou de concesión de servizos. Xustamente esta competencia de emisión de informes preceptivos que servirán de base ás decisións dos poderes adjudicadores exige que a súa creación sexa por norma específica con publicación no BOE, como así mesmo se impón para o caso de atribución de competencias de seguimento ou control das actuacións doutros órganos da Administración xeral do Estado (art. 22.1 LRXSP).

Por outra parte, como non podería ser doutra forma no noso sistema constitucional, as funcións de supervisión da contratación pública poden atribuírse a órganos ou organismos autonómicos existentes ou de nova creación. Este é o caso da Lei foral 2/2018, do 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, que, en aplicación do seu réxime foral na materia (disp. derradeira 2.ª LCSP), prevé a creación da citada Oficina de Boas Prácticas e Anticorrupción (disp. ad. 18.ª), que desempeñará as funcións de prevención, detección e notificación axeitada dos casos de fraude, corrupción, conflito de intereses e outras irregularidades graves na contratación, e remitirá a información ao Parlamento de Navarra “para facer posible o control e vixilancia da contratación pública e das iniciativas de mellora normativa que se adopten nesta materia” (disp. ad. 18.ª, segundo apartado). A recente e novidosa Lei 7/2018, do 17 de maio, de creación desta oficina, confirma o seu carácter de autoridade independente, condición que a distancia formal e funcionalmente da Oficina Independente estatal.

4.1.5 A Intervención Xeral da Administración Xeral do Estado

Dentro do conxunto de órganos encargados do control interno do gasto público –e, xa que logo, da contratación pública e da corrupción⁷⁰– atópase nunha posición central a Intervención Xeral da Administración do Estado e os órganos equivalentes das comunidades autónomas encargados do control financeiro da xestión económico-financieira do sector público autonómico e local⁷¹.

A Intervención Xeral exerce o control interno da xestión económica e financieira do sector público estatal –é dicir, sobre a totalidade dos órganos e entidades do sector público da Administración do Estado, a través dos seus servizos centrais ou das súas intervencións delegadas– con plena autonomía respecto das autoridades e demais entidades cuxa xestión controle (arts. 140.2 e 143 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria –LXO a partir deste momento–).

Este control financeiro especializado ten, entre os seus obxectivos: a) verificar o cumprimento da normativa que resulte de aplicación á xestión obxecto do control; b) verificar o axeitado rexistro e contabilización das operacións realizadas, e o seu fiel e regular reflexo nas contas e estados que deba regulamentariamente formar cada órgano ou entidade; c) avaliar que a actividade e os procedementos obxecto de control se realiza de acordo cos principios de boa xestión financieira e, en especial, os previstos na Lei xeral de estabilidade; e d) verificar o cumprimento dos obxectivos asignados aos centros xestores do gasto nos orzamentos xerais do Estado (art. 142.1 LXO).

70 Sobre iso, extensamente, FERNÁNDEZ AJENJO, J.A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, en concreto, pp. 203 e ss.

71 Para o ámbito local, véxase o Real decreto 424/2017, do 28 de abril, de réxime xurídico do control interno nas entidades do sector público local, en desenvolvemento do artigo 213 do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo.

Polo tanto, as funcións da Oficina de Supervisión realizaranse “sen prexuízo” das competencias da Intervención Xeral do Estado (art. 332.11), a quen a LCSP encomenda o deber de remitir anualmente á Oficina de Supervisión un informe global cos resultados máis significativos da súa actividade, cabe entender referida ao control económico-financeiro só relativo á contratación pública.

Sorprende este novo deber de información a cargo da Intervención Xeral porque a L XO obriga unicamente a presentar ao Consello de Ministros informes xerais de control, finais ou anticipados, cos resultados máis significativos da execución do Plan anual de control financeiro permanente e do Plan anual de auditoría de cada exercicio, informes que con posterioridade serán publicados na páxina web da Intervención Xeral (art. 146 L XO), en cumprimento das obrigas de transparencia. Xorde a dúbida, de inmediato, de se a LCSP lle está a impor a confección dun novo tipo de informe –“global” neste caso– á Intervención Xeral da Administración do Estado, modificando a L XO.

4.2 Control externo da contratación pública: o Tribunal de Contas e a Comisión Mixta Congreso-Senado

O control externo da contratación pública vén concentrándose, desde a vertente da xestión económico-financeira do sector público e do gasto público (art. 31 CE), no Tribunal de Contas –órgano supremo fiscalizador das contas do Estado, que depende directamente das Cortes Xerais (art. 136 CE)– e nos órganos externos de fiscalización das comunidades autónomas (OCEX)⁷², cos que forzosamente debe coordinarse. Estes órganos converxen, polo tanto, no sistema de control preventivo e de supervisión da contratación pública, desde unha posición externa neste caso⁷³ e nun momento posterior⁷⁴.

Na actualidade, o Tribunal de Contas exerce unha función fiscalizadora externa permanente, así como xurisdiccional contable e tamén consultiva, aínda que limitada⁷⁵. Existen, non obstante, no que se refire ao control da contratación pública, críticas fundadas ao seu funcionamento actual, con propostas de reforzo do control externo en España na loita contra a corrupción. Reclámase, en especial, a revisión do seu funcionamento para solucionar os atrasos na emisión dos informes, tanto por parte do Tribunal de Contas como polos órganos

72 Os órganos de control externo son exemplo de boas prácticas intergubernamentais, en opinión de ABELLÁN LÓPEZ, M.ª Á., e ALDEGUER CERDÁ, B., “Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de Relaciones Intergubernamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017, pp. 311 a 338, en especial, pp. 325 e ss.

73 Inclúeos tamén CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit.; véxase, con anterioridade, o estudo detallo de GÁMIR MEADE, R., “El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública”, *Estudios sobre la Ley de contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 499 a 534, e tamén FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 317 e ss.

74 Sinala ben neste sentido DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C. T., no seu excelente traballo “El Tribunal de Cuentas”, Segura, J. (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 349 a 396, que convén mellorar e incrementar as relacións e a coordinación entre os órganos que realizan as funcións de control interno –como a Intervención Xeral da Administración do Estado– e as de fiscalización

75 Función consultiva atribuída polo artigo 22.Dous da Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e doutras medidas de reforma administrativa, que engadiu unha disposición adicional undécima á Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas, segundo a cal deben someterse a informe preceptivo, pero non vinculante, do tribunal “os anteproxectos de lei e os proxectos de disposicións regulamentarias que versen sobre o seu réxime xurídico ou sobre o exercicio das súas funcións fiscalizadora ou xurisdiccional”.

Sobre iso, véxase GARCÍA BLANCO, M. J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 51.

autonómicos de fiscalización, e lograr un maior cumprimento das conclusións e recomendacións dos OCEX e o seu seguimento, así como a súa investigación de oficio e posibilidade de suspender procedementos e de sancionar⁷⁶.

A LCSP non incide practicamente na anterior regulación das obrigas legais de remitir información contractual ao Tribunal de Contas e aos OCEX. Para o exercicio das funcións fiscalizadoras que estes órganos teñen constitucional e legalmente atribuídas, dentro dos 3 meses seguintes á formalización do contrato, deberá remitirse telematicamente ao órgano externo que corresponda competencialmente unha copia certificada do documento en que se tivese formalizado o contrato –aínda que o artigo 153 LCSP se refire a “documento administrativo ou escritura pública”⁷⁷ acompañada dun extracto do expediente do cal derive sempre que o prezo de adxudicación do contrato ou, no caso de acordos marco, o valor estimado exceda os 600.000 euros, no caso de obras, concesións de obras e concesións de servizos; os 450.000 euros, no caso de subministracións, e os 150.000 euros no caso de servizos e de contratos administrativos especiais (art. 335.1).

Como única novidade da LCSP –e con vontade clara de procurar a máxima transparencia e control da contratación pública–, tamén serán obxecto de remisión⁷⁸ ao Tribunal de Contas –ou OCEX competente– a copia certificada e o extracto do expediente relativos aos contratos baseados nun acordo marco e os realizados no marco dun sistema dinámico de adquisición cando o prezo de adxudicación do contrato exceda en función da súa natureza as contías antes sinaladas. Así mesmo, remitirase –coa opción de que sexa directamente vía electrónica pola Plataforma de Contratación onde teña situado o seu perfil de contratante o correspondente órgano de contratación– unha relación do resto de contratos formalizados, incluíndo a maioría de contratos menores⁷⁹, na cal se consignará a identidade do adxudicatario, o obxecto do contrato e a súa contía (art. 335.1). Igualmente, deberán comunicarse aos órganos de control externo as modificacións, prórrogas ou variacións de prazos, de prezo e o importe final, a nulidade e a extinción normal ou anormal dos contratos antes indicados (art. 335.2). Compételle ao Tribunal de Contas –ou órgano externo de fiscalización autonómico–, mediante as correspondentes instrucións, determinar a forma e o procedemento para facer efectivas estas obrigas de remisión de información (art. 335.5)⁸⁰.

76 Pronúncianse nestes termos MALARET GARCÍA, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 21-60; PEÑA OCHOA, A., “El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción”, Villoria Mendieta, M., Gimeno Feliú, J.M.⁹, e Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016 pp. 83-108; e GIMENO FELIÚ, J.M.⁸, “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., pp. 240 a 318, en particular, pp. 304-305, onde propón mesmo residenciar nestes órganos a función dos tribunais de recursos contractuais (como sección independente). Algunhas outras e atinadas recomendacións inclúe DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C. T., “El Tribunal de Cuentas”, cit., pp. 392-396.

77 Salvo para os contratos baseados nun acordo marco ou os contratos específicos dentro dun sistema dinámico de adquisición, caso en que non é necesaria a formalización do contrato, “os contratos que asinen as administracións públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se axuste con exactitude ás condicións da licitación, constituíndo o dito documento título suficiente para acceder a calquera rexistro público. Non obstante, o contratista poderá solicitar que o contrato se eleve a escritura pública, correndo do seu cargo os correspondentes gastos. En ningún caso se poderán incluír no documento en que se formalice o contrato cláusulas que impliquen alteración dos termos da adxudicación” (art. 153.1 LCSP).

78 A obriga de remisión de contratos públicos, e de información respecto das súas eventualidades unha vez adxudicados, incúmbelles, no ámbito da Administración xeral do Estado e das entidades do sector público dependentes dela, aos órganos de contratación (art. 335.4 LCSP).

79 Exceptuándose os contratos menores de importe inferior a 5.000 euros que se satisfagan a través do sistema de anticipo de caixa fixa –regulado no artigo 78 da mencionada Lei xeral orzamentaria– ou outro sistema similar para realizar pagamentos menores.

80 Véxase o Acordo do Pleno do Tribunal de Contas, do 28 de novembro de 2013, polo que se aproba a Instrución xeral relativa á remisión telemática ao Tribunal de Contas dos extractos dos expedientes de contratación e das relacións de contratos, convenios e encomendas de

Pola súa banda, é remarcable a nova facultade que lle outorga ao OCEX autonómico a mencionada Lei foral 2/2018, do 13 de abril, de contratos públicos de Navarra; en concreto, outórgalle a Cámara de Comptos, no seu labor de fiscalización externa da contratación pública, a competencia para formular recomendacións que permitan corrixir irregularidades ou malas prácticas, ou ben optimizar a actividade contractual dos poderes adjudicadores (art. 118).

Por último, a participación das Cortes Xerais no control e a supervisión da contratación pública artículase de xeito continuado a través do Tribunal de Contas –das cales depende directamente– no marco da Comisión Mixta Congreso-Senado para as relacións co Tribunal de Contas⁸¹. Neste marco, o máximo órgano fiscalizador debe remitirle ao Parlamento, ademais do Programa anual de fiscalizacións e as modificacións que se puidesen ir incorporando a el, os informes, memorias, mocións ou normas en que se recollan os resultados da súa actividade fiscalizadora, así como a memoria das actuacións xurisdicionais (arts. 12 e 13 da LOTCo).

Nese mesmo marco, a LCSP –dunha forma un tanto sorprendente– ordena a designación dun relatorio de carácter permanente na Comisión Mixta “que se constituirá nos termos que dispoñan os regulamentos das cámaras”, encargada de recibir da Oficina de Supervisión “a máis ampla información para facer posible o control e a vixilancia da contratación pública e a participación nas iniciativas de mellora normativa que se adopten na materia” (art. 332.10).

5 A Oficina Independente de Supervisión e Control da Contratación Pública

5.1 Composición e organización: oficina independente?

A unidade administrativa protagonista do sistema, principalmente pola súa novidade, a Oficina de Supervisión, defínese como “independente”, a pesar de que a LCSP a adscribe, “para os efectos meramente organizativos e orzamentarios”, ao Ministerio de Facenda e Función Pública, a través da subsecretaría do departamento, como así mesmo o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais” (art. 332, apartados 1 e 3) e o resto de órganos administrativos con tarefas de control preventivo. A dita independencia límitase ao deber xurídico de actuar “con plena independencia orgánica e funcional” na súa responsabilidade xenérica de velar pola correcta aplicación da lexislación europea de contratos públicos.

Non obstante, como se sinalou ben, aínda que a adscrición ministerial non sexa o mesmo que a integración, en termos organizativos, supón unha forma de tutela que lle permite ao

xestión celebradas polas entidades do Sector Público Estatal e Autonómico, modificada por Acordo do Pleno do 30 de maio de 2017.

81 Trata as relacións entre ambas as dúas institucións constitucionais GARCÍA BLANCO, M.J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, cit., pp. 155 a 160. Un estudo máis amplo é o de ARREGUI MINCHERO, B., “La comisión mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas”, *Auditoría Pública*, n. 20, 2000, pp. 71 a 78.

Esta comisión está prevista na disposición transitoria primeira da Lei orgánica do Tribunal de Contas, segundo a cal:

“1. Nos termos que regulen a materia os regulamentos das Cortes Xerais constituirase unha comisión mixta de ambas as dúas cámaras encargada das relacións co Tribunal de Contas, así como de estudar e propor aos respectivos plenos as medidas e normas oportunas.

2. Ás reunións da dita comisión poderá asistir, se fose convocado para iso, o presidente do Tribunal de Contas”.

Élle de aplicación a Resolución das mesas do Congreso dos Deputados e do Senado do 27 e 28 de setembro de 2016, sobre composición das Comisións Mixtas Congreso-Senado, modificada pola Resolución do 26 de abril de 2018.

tutelante –o ministerio, neste caso– despregar uns poderes de control, aínda que non de subordinación⁸².

A oficina está integrada por un presidente e 4 vogais, que serán funcionarios de carreira incluídos no ámbito de aplicación do Estatuto básico do empregado público (subgrupo A1), que contén, polo menos, con 10 anos de experiencia profesional en materias relacionadas coa contratación pública⁸³, e serán designados polo Consello de Ministros, por proposta do citado ministro, por un período improrrogable de 6 anos⁸⁴.

Esta designación governamental de cargos engade máis dúbidas respecto da independencia da oficina, a pesar de que a LCSP dispón a continuación que nin o presidente nin os membros da oficina poderán solicitar nin aceptar instrucións de ningunha entidade pública ou privada. En concreto, os seus membros terán a condición de independentes e inamovibles e só poderán ser removidos dos seus postos por expiración do seu mandato, por renuncia aceptada polo Goberno, por perda da nacionalidade española, por incumprimento grave das súas obrigas, por condena mediante sentenza firme a pena privativa de liberdade ou de inhabilitación absoluta ou especial para emprego ou cargo público por razón de delito, ou por incapacidade sobrevida para o exercicio da súa función. A remoción por estas causas, salvo por expiración do mandato ou renuncia, será acordada polo Goberno logo de expediente previo (art. 332.3). Durante o desempeño dos seus cargos, ademais, estarán suxeitos á citada Lei 3/2015, do 30 de marzo⁸⁵.

Pola súa banda, o presidente da Oficina de Supervisión será vogal nato da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado –á que asistirá con voz pero sen voto– e do Comité de Cooperación. No exercicio das súas funcións, remitirá e presentará ante as Cortes Xerais, así como ao Tribunal de Contas, un informe anual sobre as actuacións da Oficina de Supervisión, que será obxecto de publicación dentro do mes seguinte á súa remisión ás ditas institucións constitucionais (art. 332.4).

Xa avancei, polo demais, que na Oficina de Supervisión se integra a Oficina Nacional de Avaliación –que parece ter máis membros incluso que a Oficina de Supervisión–, e, se é o caso, un Consello Asesor e de apoio á Presidencia, formado por académicos, profesionais e técnicos independentes de recoñecido prestixio en materia de contratación pública (art. 332.5).

En canto á súa organización formal, o citado Real decreto 256/2018, do 4 de maio, coa aprobación do cal a Oficina de Supervisión inicia a súa andaina, contén un mínimo esquema

82 Neste sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M.º (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (capítulo 17: versión electrónica), quen, á súa vez, cuestiona a independencia completa da oficina.

83 Malia esta especificación máis propia dunha norma regulamentaria que legal, prossegue o precepto que “reglamentariamente se establecerá o nivel administrativo do titular da presidencia e demais membros” da Oficina de Supervisión, “que estarán asistidos polos órganos auxiliares que lles correspondan” (art. 332.2).

84 Non obstante, a primeira renovación da oficina farase de forma parcial aos 3 anos do nomeamento, para o que antes de cumprirse este prazo se determinará, mediante sorteo, os dous vogais que deben cesar (art. 332.3).

85 En particular, aos seus artigos 13, 14 e 15.

organizativo, resumido en 4 divisións con competencias específicas⁸⁶, que así mesmo xeran dúbidas sobre a independencia completa da Oficina de Supervisión.

5.2 As funcións xenéricas de regulación e de supervisión da Oficina Independente

5.2.1. Funcións de regulación. A Estratexia Nacional de Contratación Pública

5.2.1.a A Estratexia Nacional: dúbidas de constitucionalidade, de xuridicidade e de vinculatoriedade

As funcións de regulación que ten encomendada a Oficina de Supervisión son basicamente dúas: por unha banda, a aprobación da Estratexia Nacional de Contratación Pública, por proposta do Comité de Cooperación da Xunta Consultiva, deseñada e executada en coordinación coas comunidades autónomas e as entidades locais (art. 332.7), e definida como “o instrumento xurídico vinculante” en materia de contratación pública, cun horizonte temporal de 4 anos (art. 334); e, por outra, a elaboración de instrucións e recomendacións xerais ou particulares na materia.

A primeiro interrogante que xera a futura aprobación da Estratexia Nacional⁸⁷ é se este instrumento terá carácter normativo e, por iso, será xuridicamente vinculante, malia ser aprobada por unidade administrativa con rango de subdirección xeral –segundo o citado Real decreto 256/2018, do 4 de maio– que non ten atribuída potestade regulamentaria ordinaria. Non se lle conferiu tal potestade por máis que a LCSP lle outorgue facultades de regulación en materia de contratación pública.

De feito, as estratexias nacionais non son instrumentos normativos. Son instrumentos de planificación ou ferramentas de coordinación das instancias públicas implicadas na implementación dunha determinada política pública. Son un marco de principios e obxectivos compartidos a partir dos cales pór en marcha políticas ou programar actuacións entre distintas administracións públicas, as cales se vinculan politicamente. Non posúen, en consecuencia, valor xurídico ningún, no sentido de suxeitar as partes asinantes do documento a determinadas obrigas de dereito.

A LCSP diseña a Estratexia Nacional como un instrumento de prevención contra a corrupción e as malas prácticas ou as irregularidades na contratación pública, á vez que para incrementar a profesionalización dos axentes públicos que participan nos procesos de contratación; para promover a eficiencia económica nos procesos de obtención de bens, servizos e subministracións para o sector público, estimulando a agregación da demanda e a axeitada utilización de criterios de adxudicación; xeneralizar o uso da contratación electrónica en todas as fases do procedemento; utilizar as posibilidades da contratación para apoiar políticas ambientais, sociais e de innovación; e para promover a participación das pemes no mercado da contratación pública (art. 334.2).

⁸⁶ División da Oficina Nacional de Avaliación; División da Estratexia Nacional de Contratación; División de Supervisión da Contratación; e División de estudos, profesionalización e formación especializada.

⁸⁷ A primeira Estratexia Nacional debe aprobarse no prazo de 9 meses desde a publicación da LCSP no BOE, isto é, antes do 10 de agosto de 2018.

Con estes obxectivos, para aprobar a Estratexia Nacional, a Oficina de Supervisión basearase na análise das actuacións de contratación realizadas por todo o sector público, incluíndo os poderes adjudicadores comprendidos no sector público estatal, autonómico ou local, así como as doutros entes, organismos e entidades pertencentes a estes que non teñan natureza de poderes adjudicadores (art. 334.1).

Este ánimo omnicompreensivo da contratación pública española xera moitas dúbidas de constitucionalidade⁸⁸ e contradíse co carácter marcadamente estratéxico da contratación que instaura a LCSP, como instrumento vinculado á implementación das políticas públicas sociais, empresariais e ambientais, moitas das cales son de competencia das comunidades autónomas, cando non dos gobernos locais. Se a Estratexia Nacional é configurada pola LCSP como un mecanismo de coordinación interadministrativa en materia de contratación pública, implica outorgar unha posición de dirección dunha das partes –o Estado– respecto do resto de entidades autonómicas e locais, que non encaixa ben no noso sistema constitucional.

A Estratexia Nacional deberá abordar a futura contratación pública española, desde un complexo marco de relacións interadministrativas entre órganos e autoridades administrativas que dificultarán moito, cando non imposibilitarán, a confección dunha Estratexia Nacional realmente operativa, sen afectar a repartición competencial establecida constitucional e estatutariamente. A regulación pola LCSP dos extremos que a estratexia debe conter é dun excesivo detalle que supera o contido propio dunha norma de tipo legal. Aseméllase máis á definición das competencias dunha unidade administrativa que dun instrumento xurídico, por indeterminada que sexa a tipoloxía deste.

Entre outros aspectos, a Estratexia Nacional tratará os seguintes (art. 334.1):

a) a análise dos datos dispoñibles nas distintas fontes de información cualitativas e cuantitativas –así, por exemplo, as plataformas de contratación nacionais, información aberta da Unión Europea nesta materia⁸⁹, informes doutros órganos de supervisión e control e de asesoramento legal– para elaborar un diagnóstico da situación da contratación pública e propor medidas prioritarias para a corrección das disfuncións que se identifiquen.

Para estes efectos, a LCSP establece o deber de facilitar a información necesaria para a elaboración, aprobación e execución da estratexia, non só a cargo das bases de datos nacionais e internacionais mencionadas –o que resulta certamente improcedente, polo menos respecto das fontes de información internacionais–, aínda que respecto da CNMC só se considera a posibilidade de que remita á Oficina de Supervisión as súas propostas na materia que afecte á defensa da competencia “para a súa posible inclusión” na Estratexia Nacional.

88 Sobre a incidencia das previsións da LCSP no Estado autonómico, é claro MONTILLA MARTOS, J.A., “Actividad legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas”, *Informe de las Comunidades Autónomas 2017*, Observatorio de Derecho Público IDP, Barcelona, 2018, pp. 331 a 340, quen sostén que o título competencial aducido pola LCSP (art. 149.1.18 CE) non lle permite ao Estado aprobar unha lei básica cunha regulación tan detallada e materialmente regulamentaria de todos os aspectos da contratación pública que non deixa espazo ningún para o desenvolvemento normativo autonómico, polo que “unha vez máis unha competencia compartida bases-desenvolvemento foi exercida polo Estado como se fose exclusiva. Esta recentralización competencial a través das bases pode advertirse en numerosos contidos. Non obstante, destacan os aspectos organizativos, de forma que a Oficina Independente de Regulación e Supervisión (...) será quen aprobe a Estratexia Nacional de Contratación Pública, vinculante para todas as administracións, e teñen capacidade para emitir informes vinculantes para as administracións autonómicas” (p. 336).

89 *Tender Electronic Daily* (TED), suplemento ao *Diario Oficial da Unión Europea*, cuxa versión en liña pode consultarse en <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

b) A mellora da supervisión da contratación pública, coordinando criterios e metodoloxías comúns para a realización das actividades de supervisión, garantindo o cumprimento das obrigas de supervisión impostas polas directivas de contratación pública e polas institucións comunitarias.

c) A coherencia das actuacións de seguimento precisas para garantir a sustentabilidade financeira dos contratos de concesión de obras e de concesión de servizos, para o que a Estratexia Nacional incluírá a metodoloxía axeitada para realizar a avaliación con criterios homoxéneos, así como as regras que deban informar os acordos de establecemento do equilibrio económico desta modalidade de contratos.

d) A análise dos mecanismos de control de legalidade *ex ante* e *ex post* dos procedementos de adjudicación de contratos públicos e concesións, de cara a reforzar tales mecanismos mediante a definición de obxectivos e prioridades, así como a proposta de reasignación de efectivos encargados dos ditos controis, e, mesmo, a través da valoración dos procedementos tendentes a identificar as irregularidades en que se puidese incorrer e o desenvolvemento de medidas correctoras que deban aplicar os responsables da xestión.

e) A elaboración de manuais de boas prácticas ou guías que establezan recomendacións para aplicar nos procedementos de contratación, que permitan preventivamente evitar malas prácticas no desenvolvemento destes.

f) Promover a profesionalización en contratación pública a través de actuacións de formación do persoal do sector público, mediante o deseño dun plan específico en materia de formación en contratación pública e outras actuacións complementarias para a profesionalización neste ámbito de actuación pública.

Como avancei, a Estratexia Nacional será elaborada polo Comité de Cooperación e elevada como proposta á Oficina de Supervisión para a súa aprobación e posterior remisión á Comisión Europea, toma en coñecemento polo Consello de Ministros e polas Cortes Xerais. Transcorrido un mes desde a remisión á Comisión Europea, farase público o seu contido na Plataforma de Contratación do Sector Público (art. 334.4).

Tamén lle corresponde ao Comité de Cooperación a avaliación da estratexia transcorridos dous anos desde a súa aprobación, de cuxo resultado poden derivar modificacións ou axustes necesarios para conseguir os obxectivos perseguidos, modificacións e axustes que deberán ser aprobados pola Oficina de Supervisión e, con posterioridade, publicados (art. 334.5), aínda que a LCSP non especifica onde. Finalizado o ámbito temporal da Estratexia Nacional, o mesmo Comité de Cooperación emitirá un informe sobre os resultados da súa aplicación, que servirá para a definición e aprobación dunha nova Estratexia Nacional, dentro dos 6 meses seguintes. O dito informe de resultados trasladarase ao Consello de Ministros e ás Cortes Xerais, e comunicarase á Oficina de Supervisión e á Xunta Consultiva, para que esta última o remita á Comisión Europea, así como á CNMC, facéndose público no prazo dun mes (art. 334, apartados 6 e 7).

As obrigas de información a cumprir ante a Comisión Europea, cada tres anos como máximo, sobre a aplicación práctica das políticas estratéxicas de contratación nacionais forman parte da execución da gobernanza europea neste sector (art. 83 da Directiva 2014/24/UE), aínda que delas non se conclúe que deba haber unha única estratexia nacional nos Estados membros.

Regap



ESTUDIOS

5.2.1.b Instrucións e recomendacións xerais ou particulares

Por outra banda, a Oficina de Supervisión poderá aprobar instrucións obrigatorias para os órganos de contratación, fixando pautas de interpretación e aplicación da lexislación de contratos públicos, así como para a elaboración de recomendacións xerais ou particulares obrigatorias para os órganos de contratación. Tanto as instrucións como as recomendacións deberán ser publicadas –a LCSP non especifica en que portal ou boletín oficial– “se da supervisión despregada se deducise a conveniencia de solucionar algún problema, obstáculo ou circunstancia relevante para os efectos de dar satisfacción aos fins xustificadores da creación da oficina” (art. 332.7. letra d.), que non son outros –cabe entender– que velar pola correcta aplicación e cumprimento efectivos da lexislación europea en materia de contratación pública.

O exercicio deste segundo grupo de tarefas que a LCSP lle encomenda á Oficina de Supervisión pode xerar conflitos importantes de competencias coa Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado como “órgano específico de regulación e consulta en materia de contratación pública” (art. 328), a quen incumbe tamén aprobar recomendacións xerais ou particulares aos órganos de contratación, así como promover a adopción de normas ou medidas de carácter xeral para mellorar o sistema de contratación, aínda que nos seus aspectos administrativos, técnicos e económicos.

Por conseguinte, conviría trazar un liña divisoria clara entre ambas as dúas funcións de regulación por senllos órganos administrativos, deixando a cargo da Oficina de Supervisión unicamente as recomendacións relativas á evitación de irregularidades ou conflitos de intereses (corrupción ou malas prácticas), directamente relacionadas coa súa función de velar polo cumprimento das normas de contratación administrativa, isto é, dirixidas a solucionar problemas deste tipo e calado, sendo recomendacións máis técnicas e de interpretación normativa as da Xunta Consultiva.

5.2.2 Funcións de supervisión do cumprimento normativo e a aplicación efectiva

As funcións de supervisión que a LCSP lle atribúe son extremadamente xenéricas e indeterminadas, co que se desnaturaliza o carácter de órgano de supervisión e control da oficina. Polo demais, a LCSP non prevé regra ningunha respecto de como se exercerán tales funcións de control e supervisión sobre os suxeitos obrigados.

Neste ámbito, correspóndenlle á Oficina Independente as tarefas seguintes (art. 332.6): a) coordinar a supervisión en materia de contratación dos poderes adjudicadores do conxunto do sector público, unha coordinación que, de novo, xera dúbidas de constitucionalidade; b) velar⁹⁰ pola correcta aplicación da lexislación de contratación pública para os efectos de detectar incumprimentos específicos ou problemas sistemáticos, así como polo estrito cumprimento de idéntica lexislación, e, de xeito especial, polo respecto dos principios de publicidade e concorrencia e das prerrogativas da Administración na contratación; c) promover a concorrencia na contratación pública e o seguimento das boas prácticas; d) verificar que se apliquen as obrigas e boas prácticas de transparencia, principalmente as relativas aos

90 Verbo que tamén emprega o artigo 4.2 da LRXSP para referirse a esta función xenérica, en que se inscribe “a habilitación xeral para adoptar cantas medidas sexan necesarias para os efectos de asegurar o cumprimento da legalidade”, como as de “comprobación, verificación, investigación e inspección de feitos, elementos, actividades, estimacións e calquera outras circunstancias do caso”; neste sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit., p. 11.

conflictos de intereses; e e) colaborar coas institucións europeas no exercicio das funcións de regulación e supervisión da contratación, e con outras autoridades de supervisión doutros Estados membros.

O relevante é o carácter europeo das regras xurídicas que, aínda que integradas na lexislación interna, deben ser garantidas desde a perspectiva da súa aplicación e cumprimentos efectivos polas administracións públicas e o resto de organismos do sector público español. Porque a creación da Oficina de Supervisión responde ao modelo de xestión europea da gobernanza, co que a LCSP asume a necesidade deste tipo de unidades de supervisión pública como “unha das vías para paliar os déficits de execución da nosa normativa contractual”⁹¹.

Por conseguinte, situámonos ante unha supervisión das administracións públicas e poderes adxudicadores dos Estados membros por parte da Comisión Europea, a través de entidades nacionais de supervisión da aplicación efectiva da lexislación europea, baseada na recolección e sistematización da información relativa a procesos contractuais que se farán constar nos preceptivos informes que se deben remitir obrigatoriamente á Comisión e ser, con posterioridade, publicados. En suma, este control das instancias europeas está orientado a identificar irregularidades na aplicación do dereito europeo pero tamén, indirectamente, a controlar o grao e a calidade da súa transposición.

Por outra banda, no exercicio das súas funcións, marcadamente executivas, a Oficina de Supervisión poderá realizar enquisas e investigacións –esa é a terminoloxía da LCSP–, para o que terá acceso aos órganos e servizos de contratación, os cales deberán facilitar os datos, documentos ou antecedentes, ou calquera outra información que os reclame, salvo que teñan carácter secreto ou reservado, así como estudos relativos ás súas funcións.

Neste punto, debo remarcar que os funcionarios que teñan encomendadas as funcións de coordinación de criterios e metodoloxías comúns para a mellor realización de actuacións de supervisión e a coherencia na avaliación da sustentabilidade financeira dos contratos de concesións de obras e de concesións de servizos (dentro da Oficina Nacional de Avaliación), así como os que sexan responsables das análises dos mecanismos de control da legalidade *ex ante* e *ex post* dos procedementos de adjudicación de contratos públicos e concesións (letras b. e c. do apartado 1 do art. 334), “gozarán de independencia funcional” respecto dos titulares dos órganos cuxos contratos supervisen (art. 334.3). Para estes efectos, “as autoridades administrativas e directores das entidades integrantes do sector público e os que, en xeral, exerzan funcións públicas ou desenvolvan o seu traballo nas ditas entidades deberán prestarlles aos funcionarios encargados da supervisión dos contratos o apoio, concurso, auxilio e colaboración que lles sexan precisos, facilitando a documentación e información necesaria para a súa supervisión”⁹² (art. 334.3 segundo parágrafo).

No caso de que a Oficina de Supervisión teña coñecemento de feitos constitutivos de delito ou infracción a nivel estatal, autonómico ou local, deberá dar traslado de inmediato, en función da súa natureza, á fiscalía ou órganos xudiciais competentes, ou ás entidades ou órganos administrativos competentes, incluídos o Tribunal de Contas e a CNMC (art. 336.6, último parágrafo).

91 GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, cit., p. 141.

92 É máis que criticable o pouco rigor do lexislador no uso de certas expresións como “exercicio de funcións públicas” neste caso.

Este deber xurídico de colaboración necesaria coas institucións públicas e xudiciais deriva –como anticipei ao inicio deste traballo– da falta de potestade sancionadora ou de reacción xurídica da Oficina de Supervisión respecto das irregularidades ou ilegalidades que en virtude das súas funcións poida descubrir. Iso é mostra indiscutible de que non nos situamos ante unha auténtica autoridade independente de supervisión e control da contratación pública con funcións de execución activa e directa contra a corrupción.

Por último, cabería reflexionar sobre o carácter da información documentada que, se é o caso, remita a Oficina de Supervisión á fiscalía ou ás autoridades administrativas competentes para tomar decisións executivas ante os feitos irregulares informados; é dicir, sobre o seu posible valor probatorio ou de especial significación nos procedementos administrativos ou xudiciais que, se procede, sexan iniciados, así como a eventual responsabilidade por información errónea, incerta ou incompleta sobre tales irregularidades, que lles poidan causar danos ou perdas aos operadores privados respecto da súa reputación, pero así mesmo aos poderes adxudicadores e ao seu persoal, en caso de presunta corrupción ou conflitos de intereses.

5.2.3 Funcións de información periódica: a información como mecanismo de control

A función primordial, aínda que xenérica, da Oficina de Supervisión é velar pola correcta aplicación e o cumprimento da lexislación europea en materia de contratación pública. Non obstante, unha análise detida das funcións que ten legal e regulamentariamente asignadas –e a falta dunha experiencia real– levan á conclusión de que a súa función se limita á recolección e sistematización de información obtida da observación e seguimento dese cumprimento normativo e aplicación práctica.

As funcións de información periódica concréntanse (art. 332, apartados 7, 8 e 9) na remisión de información aos órganos constitucionais implicados no control da contratación pública, e, en especial, na elaboración dun informe de supervisión que remitirá á Xunta Consultiva do Estado, que o integrará –como se avanzou xa– no Informe nacional a remitir á Comisión Europea cada 3 anos.

O dito informe de supervisión incluirá –respecto da contratación suxeita a harmonización–: a) unha relación dos principais incumprimentos detectados polos órganos ou institucións que teñan competencias supervisoras ou xurisdicionais na materia; b) información sobre as fontes máis frecuentes de aplicación incorrecta da lexislación de contratos públicos ou de inseguridade xurídica; c) información sobre prevención, detección e notificación axeitada dos casos de fraude, corrupción, conflitos de intereses e outras irregularidades graves da contratación, así como os problemas de colisión detectados.

Por último, a Oficina de Supervisión deberá elaborar un informe anual de conclusións de toda a actividade de vixilancia realizada polas administracións públicas competentes, que será remitido á Comisión Europea, a través da Xunta Consultiva do Estado, e publicarse na Plataforma de Contratación do Sector Público.

5.3 A Oficina Nacional de Avaliación: o control da sustentabilidade financeira dos contratos de concesión

Como indiquei con anterioridade, a LCSP crea, dentro da Oficina Independente de Regulación e Supervisión, a Oficina Nacional de Avaliación (art. 333) como órgano colexiado cuxa función é, con carácter xeral, a análise da sustentabilidade financeira dos contratos de concesión de obras e contratos de concesión de servizos.

A Oficina Nacional está presidida polo Presidente da Oficina de Supervisión, e os seus membros e demais persoal ao seu servizo non poderán, no exercicio das súas funcións, solicitar nin aceptar instrucións de ningunha entidade pública ou privada, polo que a LCSP intenta con esta previsión garantir a súa independencia en exercicio das tarefas que ten encomendadas.

A súa composición parece ser mesmo maior, en canto a membros que a integran, que a Oficina de Supervisión da que forma parte, algúns dos cales proceden do sector privado, polo que se trata dun órgano colexiado de composición mixta. Formarán parte da unidade de avaliación un vogal da Oficina de Supervisión, un representante con rango de subdirector xeral ou equivalente da Intervención Xeral da Administración do Estado, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado e da Dirección Xeral de Fondos Comunitarios do Ministerio de Facenda e Función Pública. Tamén formarán parte dous vogais, un nomeado por proposta das organizacións empresariais representativas dos sectores afectados pola contratación administrativa e outro designado entre académicos, profesionais e técnicos, de recoñecido coñecemento e competencia en materia da contratación pública, sen relación directa ou indirecta coas empresas contratistas ou concesionarias para evitar o conflito de intereses; os ditos vogais contarán con voz pero non terán voto (art. 333.2).

Dado que as comunidades autónomas poden adherirse á Oficina Nacional de Avaliación, neste caso asistirá un representante autonómico ás reunións en que se traten informes referidos á respectiva comunidade. De igual forma, ás reunións en que se traten informes das corporacións locais asistirá un representante da federación das entidades locais con maior implantación, xunto cun representante da propia corporación se se trata dun municipio de gran poboación⁹³.

Son funcións específicas da Oficina de Avaliación elaborar preceptivamente informes –en 30 días, salvo urxencia, desde a súa petición por instancia de parte– con carácter previo á licitación dos contratos de concesión de obras ou de concesión de servizos a celebrar polos poderes adxudicadores e entidades adxudicatarias, nos casos seguintes:

- a) cando se realicen achegas públicas á construción ou á explotación da concesión, así como calquera medida de apoio ao financiamento do concesionario;
- b) para as concesións de obras e concesións de servizos nas cales a tarifa sexa asumida total ou parcialmente polo poder adxudicador concedente, cando o importe das obras ou os gastos do primeiro establecemento superen 1.000.000 euros.

Así mesmo, emitirá preceptivamente informe dos acordos de restablecemento do equilibrio do contrato nos casos previstos nos artigos 270.2 e 290.4 LSCP respecto das concesións de

⁹³ A organización e o funcionamento da Oficina de Avaliación determinarase por orde do Ministerio de Facenda e Función Pública, logo de informe da Comisión Delegada do Goberno para Asuntos Económicos.

medida a considerar, a pesar de que se coñecen poucos exemplos que nos poidan achegar datos respecto da súa operatividade efectiva, agás as das cidades de Barcelona e Madrid⁹⁸.

En todo caso, como advirte ben algún autor, a creación deste tipo de unidades non é senón unha máis de entre as distintas medidas posibles para loitar contra a corrupción, “pezas dun crebacabezas complexo que configura o sistema de integridade dun Estado e condiciona o seu bo goberno e boa Administración”⁹⁹.

Un exemplo comparado de asunción da supervisión da contratación pública por unha autoridade independente atopámolo na Autoridade Nacional Anticorrupción de Italia (ANAC), que desde o ano 2014 posúe competencias en materia de control e vixilancia dos contratos públicos, incluídas as potestades de sanción e de proposta de modificación legislativa na materia¹⁰⁰.

A pregunta clave é, en definitiva, se en termos de eficacia e eficiencia da xestión pública é mellor unha unidade administrativa adscrita a un departamento ministerial ou unha autoridade anticorrupción plenamente independente –xa sexa en materia exclusiva de contratación pública, xa sexa con competencias transversais–, salvando as reservas que vén formulando a creación deste tipo de organismos supervisores, principalmente por cuestións de lexitimidade democrática.

Finalmente, cabe preguntarse se nun futuro próximo sería posible, para os contratos públicos harmonizados, crear unha Autoridade Europea de Supervisión da Contratación Pública de xeito similar ás existentes noutros sectores económicos de referencia no mercado común europeo.

Bibliografía consultada

ABELLÁN LÓPEZ, M.^a Á., e ALDEGUER CERDÁ, B., “Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de Relaciones Intergubernamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017.

ALBENDEA SOLÍS, I., e LEÓN GONZÁLEZ, A., “El reequilibrio económico de los contratos públicos”, Gamero Casado, E. e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ARREGUI MINCHERO, B., “La comisión mixta congreso-senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas”, *Auditoría Pública*, n. 20, 2000.

BERNAL BLAY, M. Á., “Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: ponencias sectoriales. X Congreso*

98 Sobre iso, véxase PONCE SOLÉ, J., “Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, Madrid, 2017, pp. 47 a 89.

99 PONCE SOLÉ, J., “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.3, 2017, p. 8.

100 Véxase, por todos, RACCA, G.M., “De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19, 2018, pp. 181-220.

- Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.*
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación", Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 12, 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública", Gimeno Feliú, J.M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- DE BENEDETTO, M., "La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio", Ponce Solé, J., e Cerrillo I Martínez, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., "El Tribunal de Cuentas", Segura, J. (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*. Fundación Ramón Areces, Madrid, 2018.
- ESTEVE PARDO, J., *El Estado Garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J.A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- FOLLIOT-LALLIOT, L., e TORRICELLI, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GÁMIR MEADE, R., "El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública", *Estudios sobre la Ley de contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

- GARCÍA BLANCO, M. J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público", *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros en la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal*, Escola Galega de Administración Pública, Dirección Xeral de Relacións Exteriores e coa Unión Europea, 19 e 20 de marzo de 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Una concepción sustancialista del contrato público", *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, n. 45, 2017.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Las prohibiciones de contratar", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., "La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia", Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- HUERGO LORA, A., "La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", *Revista Española de Administración Pública*, n. 182, 2017.
- IGLESIAS REY, P., "Transparencia en la contratación pública", Mestre Delgado, J.F., e Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., "La supervisión pública sobre entidades bancarias", Rebollo Puig, M. (dir.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "El mecanismo europeo de supervisión bancaria", *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017.

Regap



ESTUDIOS

- LAGUNA DE PAZ, J. C., "Supervisión administrativa del mercado de valores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 189, 2018.
- LÓPEZ DONAIRE, B., "Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.
- MALARET GARCÍA, E., "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?", Queralt Jiménez, J. y Santana Vega, D.M. (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONTILLA MARTOS, J. A., "Actividad legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas", *Informe de las Comunidades Autónomas 2017*, Observatorio de Derecho Público IDP, Barcelona, 2018.
- MORENO MOLINA, J. A., "Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública", *Revista de Administración Pública*, n. 204, 2017.
- OCDE, *Anti-corruption initiatives for Asia and the Pacific Strategies for Business, Government and Civil Society to Fight Corruption in Asia and the Pacific*, París, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A., "El modelo organizativo de la supervisión de funciones y las facultades de los órganos supervisores en la realización de su función", Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 2, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PAREJO ALFONSO, L. *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PEÑA OCHOA, A., "El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción", Villoria Mendieta, M., Gimeno Feliú, J. M.ª, e Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.
- PEÑALVER CABRÉ, A., "El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "La importancia de los programas de cumplimiento –Compliance Programmes– en las políticas sancionadora de las autoridades de competencia", *ICE. 50 Aniversario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia*, n. 876, 2014.

- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, “Actividades privadas compatibles de los altos cargos de la Administración General del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017.
- PONCE SOLÉ, J., “Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, Madrid, 2017.
- PONCE SOLÉ, J., “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 3, 2017.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., e SANTANA VEGA, D. M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- RACCA, G. M., “De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19, 2018.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., “Los principios generales de contratación pública”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, 2016.
- SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de Mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015.
- TORRALBA MENA, I., “Comentario al artículo 64 LCSP”, Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “The control of Public Procurement in Spain – In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89/665/CEE”, Folliot-Lalliot, L. y Torricelli, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M., “Vigilancia privada bajo supervisión administrativa: a propósito de la prevención de blanqueo de capitales”, Parejo Alfonso, L. (dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VIDAL MARTÍN, T. P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, Mestre Delgado, J. F. e Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018.
- VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M.^a, y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.

Regap



ESTUDIOS

Novidades da Lei 9/2017 en materia de contratación electrónica: razóns dunha decepción

Novidades de la Ley 9/2017 en
materia de contratación electrónica:
razones de una decepción

Novelties on e-Procurement
in the 9/2017 Act: reasons
for a disappointment



EDUARDO GAMERO CASADO

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade Pablo de Olavide (Sevilla)
Conselleiro de Montero-Aramburu Abogados*
gamero@upo.es

Recibido: 09/06/2018 Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Tanto as directivas da cuarta xeración como a exposición de motivos da LCSP concédennlle unha grande importancia á contratación electrónica. Non obstante, o réxime que esta materia recibiu na nova lei é moi decepcionante, reproducindo a desafortunada sistemática de 2007 e relegando as principais normas na materia a unhas escasamente visibles disposicións adicionais (15.^a a 17.^a), deficientemente engarzadas no réxime xeral da Administración electrónica establecido nas leis 39 e 40/2015. O seu principal erro é imporlles a contratación electrónica a todos os operadores (públicos e privados) desde a entrada en vigor da lei, sen artellar solucións para os graves problemas presentes na materia: o efecto será un claro desequilibrio, pois as empresas veranse abocadas a usar o medio electrónico cando a Administración o desexe, sen que esta reciba sanción efectiva ningunha no caso de non prover as plataformas e os medios necesarios. Coméntanse ademais neste traballo outras novidades relevantes da lei en materia de contratación electrónica, como o réxime de identificación e sinatura, as notificacións, etc.

Palabras clave: Contratación pública, Administración electrónica, contratación electrónica, perfil do contratante, plataformas de contratación, catálogos electrónicos.

Resumen: Tanto las directivas de la cuarta generación como la exposición de motivos de la LCSP conceden una gran importancia a la contratación electrónica. Sin embargo, el régimen que esta materia ha recibido en la nueva ley es muy decepcionante, reproduciendo la desafortunada sistemática de 2007 y relegando las principales normas en la materia a unas escasamente visibles disposiciones adicionales (15.^a a 17.^a), deficientemente engarzadas en el régimen general de la Administración electrónica establecido en las Leyes 39 y 40/2015. Su principal error es imponer la contratación electrónica a todos los operadores (públicos y privados) desde la entrada en vigor de la ley, sin articular soluciones para los graves problemas presentes en la materia: el efecto será un claro desequilibrio, pues las empresas se verán abocadas a usar el medio electrónico cuando la Administración lo desee, sin que ésta reciba sanción efectiva alguna en el caso de no proveer las plataformas y los medios necesarios. Se comentan además en este trabajo otras

* ORCID 0000-0002-6734-8672.

novedades relevantes de la ley en materia de contratación electrónica, como el régimen de identificación y firma, las notificaciones, etc.

Palabras clave: Contratación pública, Administración electrónica, contratación electrónica, perfil del contratante, plataformas de contratación, catálogos electrónicos.

Abstract: Both the directives of the fourth generation and the preamble of the LCSP attach great importance to electronic procurement. However, the regime that this matter has received in the new law is very disappointing. The new Act reproduce the unfortunate systematics of 2007, and relegate the main rules in the matter to some scarce visible final provisions, that are not adequately linked to the general regulation of eGovernment established in Acts no. 39 and 40/2015. Its main error is to impose the duty to relate by electronic means to all the actors, public and private, since the entry into force of the Act, without articulating solutions for the serious problems present in the issue. As a result, tenderers will be obligated to use the electronic mean whenever Public Administration wants, but the latter will not have the effective duty of providing the electronic services required. This paper also discusses other relevant news on electronic public procurement, concerning eID, notifications, etc.

Key words: Public procurement, e-Government, e-procurement, buyer profile, public procurement platforms, electronic catalogues.

Sumario: 1 Encadramento: a decepcionante regulación da contratación electrónica na LCSP e o seu contexto. 2 Estrutura normativa da contratación electrónica na Lei 9/2017. 2.1 Sistemática da contratación electrónica na LCSP. 2.2 Ordenación do sistema de fontes aplicable á contratación electrónica. 3 A imposición do medio electrónico na contratación pública. 3.1 Alcance xeral da imposición do medio electrónico na LCSP. 3.2 A asimetría dos deberes segundo se trate da Administración ou do cidadán. 4 Puntos de acceso electrónico na contratación pública. 4.1 O perfil de contratante: un claro incremento da publicidade e o control da contratación pública. 4.2 As plataformas de contratación. 5 Identificación, sinatura e apoderamento electrónicos. 6 Presentación de ofertas e documentos. 7 Comunicacions e notificacións electrónicas. 8 Especialidades “electrónicas” nos procedementos xerais de adxudicación. 9 Novidades en materia de poxa electrónica e sistemas dinámicos de adquisición. 10 Catálogos electrónicos.

1 Encadramento: a decepcionante regulación da contratación electrónica na LCSP e o seu contexto

De entrada, teño unha opinión moi favorable respecto á Lei 9/2017, na medida en que supón un avance significativo en moitos temas quentes da contratación pública española, pero esa impresión non se debe, precisamente, ao xeito en que regula a materia en exame, que ao meu xuízo constitúe o maior punto negro da nova lei.

Todo canto de bo ten a LCSP procede das directivas traspostas, e non hai nela unha soa achega positiva de colleita propia, máis alá do referente ás plataformas de contratación, como veremos no seu lugar.

Este traballo ten dous obxectivos moi concretos: sistematizar os principais trazos e novidades que presenta a contratación electrónica na Lei 9/2017, de contratos do sector público, e comentar os principais efectos (beneficios e problemas) que poden derivar de tales novidades. Non se pretende, polo tanto, expor en detalle o réxime da contratación electrónica en toda a súa amplitude e potencialidade¹, senón centrarse nas consecuencias concretas que achega a nova lei.

1 Para un estudo máis detallado destas cuestións, poden consultarse os diferentes capítulos que analizan a materia en GAMERO CASADO, E., e GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018; e 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.

A exposición de motivos da LCSP salienta a importancia que lle concede a esta materia, aludindo á “decidida aposta que o novo texto legal realiza en favor da contratación electrónica”. Non en van, puxéronse repetidamente de manifesto as virtudes que entraña o emprego dos medios electrónicos, informáticos e telemáticos na contratación pública, aspecto suficientemente destacado na doutrina² e no plano europeo³, incitando á xeneralización da implantación destes medios, aspecto sobre o que é innecesario abundar agora. O que si resulta pertinente é destacar a escasa coherencia desa proclamación da exposición de motivos co contido e o alcance que o lexislador lle conferiu á regulación desta materia.

En efecto, o modo en que se acolle o réxime da contratación electrónica na Lei 9/2017 é moi decepcionante, concitando a crítica unánime de cantos ata agora se aproximaron á cuestión⁴. Son, en efecto, moitas as deficiencias que exhibe este corpo legal, como iremos debullando ao longo do traballo. Agora limitome a sinalar que subxace no texto unha visión sumamente pobre da contratación electrónica, seguramente ideada por persoas sen coñecementos técnicos (e que tampouco parece que tivesen o bo sentido de consultar con expertos en tecnoloxías da información), limitándose a adaptar os procedementos en papel con pequenas dimensións electrónicas, sen despreñar unha visión digamos autosuficiente da contratación electrónica, que, malia as proclamacións retóricas da exposición de motivos, se concibe como unha minúscula especialidade do réxime dos contratos, que nin sequera merece recoller os seus contidos esenciais no texto articulado, relegándoos ao rocho das disposicións-vagoneta. Pouco avanzamos neste sentido desde a Lei de 2007, como se a técnica e o réxime xurídico da Administración electrónica non tivesen evolucionado desde aquela, cando ademais a lei mereceu reproches similares á actual. E este atraso na contratación electrónica percíbese tamén na práctica, como demostra o feito de que outras economías menos potentes que

-
- 2 Véxase especialmente MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 e ss., pero tamén GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnolóxica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 184, 2017, pp. 193 e ss.; PUNZÓN MORALEDA, J., e 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”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 71, 2008, pp. 103 e ss.; MORENO MOLINA, J.A., “Administración electrónica y contratación pública”, Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011; e MEDINA ARNAIZ, T., “La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 22, 2010, pp. 69 e ss.
 - 3 Véxanse especialmente o *Libro verde sobre a xeneralización do recurso á contratación pública na UE*, do 18/10/2010, COM (2010) 571 final, así como a Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar a Administración pública*, do 26/06/2013, COM(2013) 453 final. Aínda que tampouco poden pasarse por alto as abundantes referencias á conveniencia de impulsar os medios electrónicos que incorporan os considerandos das directivas de cuarta xeración, e en particular a 2014/24/UE, así como a Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións *Plan de Acción sobre Administración Electrónica da UE 2016-2020. Acelerar a transformación dixital da administración*, do 19/04/2016, COM(2016) 179 final. Sobre estas e outras iniciativas comunitarias, véxase a recente análise de MARTÍN DELGADO, I., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública”, Gimeno Felíu, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1665 e ss.
 - 4 Comezando polos traballos incluídos en GAMERO CASADO, E., e GALLEGO CÓRCOLES, I., *Tratado de contratos del sector público*, cit., podemos citar os seguintes: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, pp. 1910 e ss.; FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La subasta electrónica”, pp. 2029 e ss.; e GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual”, pp. 135 e ss. Outras interesantes e igualmente críticas achegas son MARTÍN DELGADO, I., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública”, cit., pp. 1672 e ss.; CASES PALLARES, J., “La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Cunial. Revista de Estudios Locales*, n. 205 (monográfico sobre a nova Lei de contratos do sector público), 2017, pp. 34 e ss.

a española implantasen plataformas de contratación moito máis eficientes, como é o caso de Chile⁵ ou Portugal⁶.

2 Estrutura normativa da contratación electrónica na Lei 9/2017

2.1 Sistemática da contratación electrónica na LCSP

O primeiro indicador do nivel de técnica normativa que alcanza unha disposición é a súa estrutura sistemática. Unha disposición ben construída facilita o labor dos operadores xurídicos. E o primeiro dato que apunta á deficiente técnica normativa da LCSP en materia de contratación electrónica é a pésima sistemática que reciben os preceptos en que se regula esta materia. Catro aspectos son reprochables.

Primeiramente, o corpo principal da contratación electrónica regúlase nun lugar de escasísima visibilidade para os operadores: as disposicións adicionais 15.^a a 17.^a. Conforme as directrices de técnica normativa⁷, este tipo de disposicións incorporan “as regras que non poidan situarse no articulado sen prexudicar a súa coherencia e unidade interna”, e en particular, segundo a pauta 39 d) das directrices, nestas disposicións contéñense “Os preceptos residuais que, pola súa natureza e contido, non teñan acomodo en ningunha outra parte do texto da norma”. Esa é a consideración que merece a contratación electrónica para o noso lexislador (a pesar da rimbombante exposición de motivos): a de “preceptos residuais”. Pero, ademais deste erro de categorización, a LCSP conta cun estupendo título preliminar, cuxa denominación é “Disposicións xerais”, e non parece que teña difícil acomodo no seu seo un capítulo específico sobre o uso das tecnoloxías da información na contratación pública. En comparación, as directivas traspostas incorporan tales determinacións directamente no articulado.

En segundo lugar, cómpre lamentar a asistemática que presenta a secuencia das disposicións adicionais en comentario, pois a 16.^a debía aparecer en primeiro lugar, ao ser a de contidos máis xenéricos, situándose tras ela as outras dúas. A ordenación elixida polo lexislador introduce maior escuridade na materia, complicando a súa axeitada interpretación.

En terceiro lugar, é así mesmo lamentable a sistemática interna de cada unha destas disposicións, con regras que se repiten, preceptos redactados con parágrafos sen numerar (complicando a súa identificación e cita en calquera escrito) e cunha falta de rigor lóxico que novamente dificulta o labor do intérprete.

Por último, tamén chama a atención a desconexión destas disposicións co texto articulado, operando como se fosen un apósito inconexo e esgazable da lei á cal pertencen. Este desapego prodúcese bidireccionalmente: nin o articulado remite a estas disposicións, nin

5 Véxase a plataforma de compras públicas de Chile, *Chilecompra*, accesible en <http://www.chilecompra.cl/> (4 de xuño de 2018). O lexislador español podía tomar nota da chegada de GARCÍA JIMÉNEZ, A., “El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra”, *Revista de Administración Pública*, n. 219, 2016, pp. 363 e ss.

6 Pódese acceder á plataforma de contratación portuguesa (con información sobre a lexislación aplicable) en <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage> (4 de xuño de 2018).

7 Resolución do 28/07/2005, da Subsecretaría do Ministerio da Presidencia, pola que se dá publicidade ao Acordo do Consello de Ministros do 22/07/2005, polo que se aproban as directrices de técnica normativa, BOE n. 180, do 29/07/2005.

viceversa. Así, cando se len as adicionais parece que non existan os perfís de contratante; ou cando se estuda o réxime das comunicacións e notificacións no recurso especial en materia de contratación (art. 54 LCSP) nada lle fai sospeitar ao intérprete que a D.A. 15.^a conteña regras esenciais para determinar o réxime xurídico de tales comunicacións e notificacións.

En definitiva, un lamentable despropósito cuxas consecuencias non son meramente literarias, xa que se resente a seguridade xurídica (principio esencial proclamado no art. 9.3 CE) e se prexudica o labor dos operadores xurídicos, ademais de xerar riscos innecesarios na axeitada salvagarda dos dereitos dos cidadáns ante as administracións públicas polas dificultades engadidas de interpretación que supoñen estes defectos de técnica normativa.

2.2 Ordenación do sistema de fontes aplicable á contratación electrónica

Ao escenario apuntado débese engadir o autismo normativo de que fai gala a LCSP, que se diría autosuficiente en materia de contratación electrónica, e non contén nin unha soa remisión ao disposto na Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), nin na Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público (LRXSP).

É certo que xoga en todo caso a supletoriedade das normas administrativas aprobadas polo Estado en exercicio das súas competencias constitucionais sobre procedemento administrativo común e réxime xurídico básico das administracións públicas⁸. Neste sentido, chama a atención que a D.D. 4.^a LCSP unicamente evoque a aplicación supletoria da LPAC, cando tamén é aplicable a LRXSP, en toda a contratación do sector público, e non só no relativo aos medios propios personificados (como dá a entender esa disposición derradeira, apartado 3.^o).

A cuestión non é menor, porque a aplicación supletoria desas normas é imprescindible para integrar certos aspectos que non aparecen regulados na LCSP nin foron obxecto de desenvolvemento regulamentario, e que se conteñen tanto na LPAC como na LRXSP. Por exemplo, parece claro que o réxime da identificación electrónica establecido no artigo 9 LPAC é perfectamente aplicable en materia de contratación electrónica, e tamén é evidente que a identificación e a sinatura electrónica do sector público polo que se refire aos actos do procedemento de contratación se rexen polos artigos 40 e ss. LRXSP na medida en que non exista un réxime especial en materia de contratación electrónica.

Así pois, para coñecer o réxime aplicable á contratación electrónica, deberase acudir en primeiro lugar á LCSP; en segundo lugar, ás súas disposicións de desenvolvemento; e, en terceiro lugar, ao dereito administrativo básico/común e ás disposicións de desenvolvemento deste último. Notarase que, malia o autismo normativo xa referido (a omisión de remisións recíprocas entre as leis de procedemento, réxime xurídico e contratos), en termos xerais non se producen antinomías ou supostos de colisión normativa, senón que as leis 39 e 40/2015 complementan a ordenación da materia. Só en casos puntuais, que indicaremos oportunamente (como é o réxime das notificacións electrónicas), se conteñen na LCSP especialidades que desprazan as leis básicas/comúns e fan inaplicables as súas determinacións.

⁸ Véxase 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. 147, 2017, con abundancia de referencias. Unha detida análise do alcance da aplicación das normas do procedemento administrativo común nos procedementos de contratación pode verse en GIL CONDÓN, M.A., “La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1715 e ss.

Pola súa parte, as comunidades autónomas e as entidades locais non poderán desprazar este dereito básico/común composto polas leis 39/2015, 40/2015 e 9/2017 con disposicións propias en materia de contratación electrónica: só poderán complementar o composto normativo estatal por razóns de autoorganización.

Noutra orde de consideracións, pero para continuar integrando o sistema de fontes aplicable en materia de contratación electrónica, cómpre dicir que a LCSP articula varias remisións normativas: a D.D. 6.^a habilita con carácter xeral o Ministerio de Facenda e Función Pública para aprobar, logo de ditame do Consello de Estado, as normas necesarias para o uso de medios EIT; a D.A. 16.^a.1 f), parágrafo 2.^o, dispón que o ministerio establecerá –así mesmo mediante orde– as condicións de utilización das sinaturas electrónicas nos procedementos de contratación do sector público; e o apartado 2.^o desa mesma D.A. 16.^a establece que, mediante orde do mesmo ministerio, se definirán as especificacións técnicas para a utilización de medios electrónicos nos procedementos de contratación do sector público. O principal problema que formulan todas estas remisións normativas é a dificultade de predicarles carácter básico, debido ao humilde rango regulamentario mediante o que se contempla a súa aprobación: de conformidade coa xurisprudencia constitucional na materia (SSTC 77/1985, 203/1993, 225/1993, 385/1999, 213/1994, 102/1995, 174/1996, 197/1996, 207/2012...), cando se habilita a potestade regulamentaria para ditar normas básicas, é preciso reunir dous requisitos: 1) Que a habilitación e o carácter básico da norma remitida se establezan clara e expresamente; e 2) Que a norma remitente xustifique a remisión normativa polo carácter técnico da medida. Aínda que o primeiro pode resultar dubidoso, o segundo está claro que non se produce, o cal suscitará dúbidas de constitucionalidade no caso de que o MINFAFP dite disposicións de carácter básico empregando estas habilitacións normativas.

Doutra banda, no marco do réxime xurídico aplicable a cada relación contractual non se poden perder de vista as actuacións ditadas en cada contratación específica. As disposicións en exame permiten articular excepcións (p. ex., D.A. 15.^a.3, parágrafo 2.^o, e D.A. 15.^a.4, sobre as que volveremos despois), ou remiten ás determinacións do órgano de contratación para concretar os medios informáticos e electrónicos que deberán empregar os licitadores. Neste sentido, é moi significativa a importancia dos pregos (en particular, o de prescricións administrativas particulares) para concretar o réxime xurídico ao cal se suxeitan as actuacións por medios electrónicos en cada licitación.

3 A imposición do medio electrónico na contratación pública

3.1 Alcance xeral da imposición do medio electrónico na LCSP

A LCSP imponse o deber de relacionarse por medios electrónicos a todos os licitadores (sexan persoas físicas ou xurídicas) e en todos os procedementos de contratación (sexa cal sexa o tipo ou contía do contrato) desde o mesmo momento da súa entrada en vigor. O primeiro que temos que dicir é que esta transcendental obriga non se proclama de xeito suficientemente visible para os operadores xurídicos, escamoteada como está nas profundidades asistemáticas das tres ínclitas disposicións adicionais. Así, a D.A. 15.^a.3, parágrafo 1, dispón: “A presentación de ofertas e solicitudes de participación levarase a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidade cos requisitos establecidos nesta disposición adicional,” e a D.A. 15.^a.1, parágrafo 1, establece que: “As notificacións a que se refire esta lei se poderán

realizar mediante enderezo electrónico habilitado ou mediante comparecencia electrónica”. Deste críptico xeito e sumando o efecto de ambos os dous preceptos, resulta que os licitadores teñen o deber de relacionarse (bidireccionalmente) por medios electrónicos a todo o longo do procedemento de licitación e adjudicación do contrato.

Un pouco máis pedagóxica é a exposición de motivos⁹, que advirte: “Xunto a todo o anteriormente sinalado, cómpre necesariamente aludir á decidida aposta que o novo texto legal realiza en favor da contratación electrónica, establecéndoa como obrigatoria nos termos sinalados nel, desde a súa entrada en vigor, anticipándose, polo tanto, aos prazos previstos a nivel comunitario”. En efecto, as directivas permitían unha moratoria en relación con este punto (prazo de 30 meses), da que non se quixo servir o lexislador español, que fai gala neste punto dunha encomiable aposta de vangarda. O problema reside en que seguen sen resolverse gravísimos problemas implicados na relación obrigatoria por medios electrónicos, polo que esta triunfalista retórica lexislativa supón unha ilusoria temeridade, que a Administración acomete *pro domo sua*, consentíndose a si mesma todo tipo de salvagardas, pero postergando os cidadáns a unha posición lamentable, como veremos na última epígrafe deste apartado. Trátase, por outra parte, dunha aspiración inalcanzable, xa que os indicadores de implantación da Administración electrónica¹⁰ revelan que unha altísima porcentaxe de administracións públicas (especialmente as entidades locais de menor tamaño) carecen aínda dos medios e servizos electrónicos imprescindibles para a implantación de plataformas e ferramentas de contratación electrónica integral.

No último lustro asistimos a unha imparabile transfiguración do dereito a relacionarse por medios electrónicos nun deber¹¹. O fito que para tal efecto supuxo o artigo 14.2 LPAC, establecendo o deber de relacionarse por medios electrónicos a todas as persoas xurídicas e entidades sen personalidade xurídica, vese agora amplamente superado por esta universalidade do deber que consagra agora a D.A. 15.^a LCSP (de feito, xa se afirmou que, desde a entrada en vigor da LPAC, a relación electrónica era obrigatoria para as persoas xurídicas tamén en materia de contratación¹²), e iso malia os gravísimos problemas que vén suscitando para a cidadanía a relación obrigatoria por medios electrónicos, como profundamente expuxo Cotino¹³.

Deixando para máis tarde a análise da cuestión no referente ás comunicacións electrónicas (que teñen un amplo réxime específico directamente establecido na LCSP), centrámonos agora noutras implicacións do deber de relacionarse por medios electrónicos. Trátase,

9 Aquí titulada como “Preámbulo”, cunha evidente infracción do artigo 129.1 LPAC, que reserva esta última denominación para os regulamentos. Aínda que a STC do 24 de maio de 2018 (rec. 3628/2016) declarara este precepto contrario á orde constitucional de competencias, débese reputar vinculante para o Estado.

10 Poden consultarse tanto na sección de indicadores como na de informes do Observatorio de Administración Electrónica, accesible no Portal de Administración Electrónica (http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE.html, 31 de maio de 2018).

11 Como expuxen en GAMERO CASADO, E., “Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016, pp. 18 e ss.; e en GAMERO CASADO, E., e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 386 e ss., lugares aos que remito para ampliar as consideracións que consigno neste traballo.

12 Véxanse 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. 147, 2017; e YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., “Contratación pública electrónica obligatoria”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, n. 23, 2017.

13 Véxase a súa minuciosa análise da 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)”, Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 476 e ss.

concretamente, da posibilidade de lles impor aos licitadores o uso de ferramentas electrónicas específicas que establece a D.A. 15.^a.6. Este réxime é aplicable en tipos contractuais concretos: contratos de obras, de concesión de obras, de servizos, concursos de proxectos e contratos mixtos con elementos destes, e consiste en obrigar os licitadores a que utilicen dispositivos ou ferramentas electrónicas específicas como modelaxe dixital da información da construción (BIM) ou similares. Trátase dunha previsión razoable en razón da modalidade contractual. Para evitar a fenda dixital e non erosionar a libre concorrência, a D.A. 15.^a.7 prevé que, mentres tales ferramentas estean xeralmente dispoñibles para os operadores económicos, se lles ofrezca aos licitadores medios de acceso alternativos apropiados, p. ex., a) O acceso completo e directo por medios electrónicos ás ditas ferramentas; b) A garantía de que se poida acceder ao procedemento de contratación mediante mecanismos de acceso provisionais; ou c) Unha canle alternativa de presentación electrónica de ofertas. Mentres non se impoña este deber concreto, debemos entender que se poden presentar as ofertas en todos os formatos admitidos polo Esquema Nacional de Interoperabilidade e as súas normas técnicas de desenvolvemento.

3.2 A asimetría dos deberes segundo se trate da Administración ou do cidadán

O que máis chama a atención da imposición do medio electrónico é a asimetría con que o legislador configura a cuestión, concedéndolle á Administración unha gran marxe para optar entre impolo ou non, pero entregando en todo caso os licitadores ao criterio establecido pola Administración. Prevense, concretamente, tres excepcións:

a) Por razóns de competencia, D.A. 16.^a.1: para evitar que a imposición do medio electrónico restrinxa o acceso dos operadores económicos producindo efectos discriminatorios.

b) Por razóns de carácter técnico e operacional, D.A. 15.^a.3, parágrafo 2.º: cando se requirirían ferramentas, dispositivos, aplicacións, formatos de arquivos, equipos ofimáticos, etc., non dispoñibles para os operadores, económicos ou para o órgano de contratación.

c) Por razóns de seguridade, D.A. 15.^a.4: para a protección adecuada de información cando se produzan violacións de seguridade, ou cando o nivel de protección que require a información non se poida alcanzar utilizando os dispositivos, ferramentas e aplicacións que se atopan á disposición dos operadores económicos.

As tres excepcións son razoables; a primeira non vén expresamente recollida nas directivas (susitando dúbidas sobre a pureza da transposición)¹⁴, mentres que as outras dúas si¹⁵, e as tres están suxeitas a un mesmo requisito: que o órgano de contratación motive nun informe específico as razóns polas que considera necesario empregar medios distintos dos electrónicos. Este informe constitúe unha peza clave nos procedementos de contratación que se inicien tras a entrada en vigor da lei ata que se normalice plenamente a contratación electrónica. Convén notar que, se o órgano de contratación non articula expresamente estas excepcións mediante o seu informe motivado, o medio electrónico é obrigatorio, caso en que pode suceder que algún licitador non repare niso (a escuridade normativa contribúe ao

14 Especialmente crítico móstrase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas", cit., pp. 1932 e ss., coas deficiencias da LCSP na transposición das directivas polo que se refire á imposición da canle electrónica.

15 Véxanse os considerandos 53 e ss. e o artigo 22 da Directiva 2014/24/UE.

erro) e presente a súa oferta por medios presenciais. En tal caso, calquera competidor está lexitimado para impugnar a admisión da oferta, ao terse infrinxido o deber de relacionarse por medios electrónicos.

Isto sucedería sempre que a Administración dispoña de medios electrónicos mediante os que presentar as ofertas, non exceptuase expresamente o deber de relacionarse por medios electrónicos e haxa uns licitadores que cumpran o deber e outros que non. Pero a cuestión tamén nos leva a pensar noutras consecuencias de incumprimento pola Administración se non implantou materialmente os medios axeitados para a presentación de ofertas: pode darse o caso de que un licitador faga a presentación mediante o rexistro electrónico e logo impugne as demais, realizadas por medios presenciais? Este suposto non parece realizábel pola propia dinámica do procedemento, articulándose as ofertas mediante a súa presentación en sobres pechados e independentes, e establecéndose nos anuncios e pregos os seus lugares de presentación física: non se alcanza como atender estes requirimentos mediante unha presentación electrónica en que dificilmente se pode satisfacer unilateralmente a encriptación unilateral dun ficheiro para que sexa posteriormente accesible con garantías de confidencialidade e integridade no momento de abrirse as plicas. Entendo que neste caso o máximo que pode facer un licitador é impugnar o anuncio de licitación no caso de que non estableza deber de presentar as ofertas por medios electrónicos e o órgano de contratación non xustifícase expresamente por que.

Como peche desta problemática, volvamos ao tema da asimetría. As directivas queren que os licitadores dispoñan *en todo caso* dun medio electrónico para a presentación de ofertas, co fin de que *voluntariamente* poidan facer uso da canle mesmo cando a presentación non sexa preceptiva por ese medio¹⁶. A realidade das cousas dista moito de cumprir este mandato, especialmente, como xa se dixo, nas entidades locais. Na mesma liña, cabe dicir que abunda o caso de administracións que non articularon servizos básicos de Administración electrónica, como as notificacións ou o acceso ao expediente. Ata agora, estes graves incumprimentos, que ademais xeran enormes incertezas nos operadores económicos, non se están a ver correspondidos con consecuencias, polo menos ata a data. Non obstante, en apartados sucesivos comentaremos os efectos que se deben predicar dalgúns destes incumprimentos, como a omisión de publicidade activa nos perfís de contratante ou a inexistencia de plataformas de notificación electrónica.

4 Puntos de acceso electrónico na contratación pública

O xuízo peyorativo que merece a contratación electrónica non se estende ao punto que abordamos agora, en que se produciron significativos e oportunos avances. Perdura non obstante a crítica en canto á desconexión que manifesta este réxime coa lexislación administrativa básica-común, xa que se bota en falta unha concordancia das previsións da LCSP sobre o perfil de contratante e a plataforma de contratación co que dispón a LRXSP en relación coa sede electrónica e coas previsións da LPAC acerca do Punto de Acceso Xeral¹⁷. Ao meu

16 Así se desprende do considerando 52 e do artigo 22 da Directiva 2014/24/UE.

17 Así, os requisitos e as características que o artigo 63.7 LCSP predica do perfil do contratante son análogos aos que establece o artigo 38 LRXSP para a sede. Non obstante, esta situación xa se daba coa anterior LCSP e non merece máis comentario para os efectos deste traballo, centrado en expor novidades e non en desenvolver o conxunto de cuestións implicadas na contratación electrónica.

xuízo, que comparte Martín Delgado¹⁸, o perfil de contratante debería aloxarse na sede, e ser accesible desde o PAX da Administración actuante. Neste caso concreto, o reproche de autismo que merece a LCSP refírese tamén ás previsións da Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información e bo goberno¹⁹.

4.1 O perfil de contratante: un claro incremento da publicidade e o control da contratación pública

A potenciación do perfil do contratante é, ao meu xuízo, unha das maiores virtudes da LCSP. Prodúcese un incremento exponencial da información que debe difundirse por ese medio, mellorando non só a transparencia pública, senón tamén a tutela xudicial efectiva de todos os operadores económicos, que dispoñen dunha relevantísima canle de subministración dos datos que necesitan para controlar o axeitado funcionamento do mercado dos contratos públicos, resultándolles moito máis doado despreregar labores de vixilancia e articular recursos correlativos cando comprobren que non se licitaron prestacións que as directivas e a lei queren que se abran ao mercado, como por exemplo sucede cos modificados, a superación dos limiares dos contratos menores ou os encargos a medios propios personificados. Para visualizar o potente instrumento de transparencia e control que a partir deste momento representa o perfil do contratante, convén inventariar (sinteticamente) os contidos que deberán publicarse nel, a saber:

a) Os órganos de contratación e, en particular, a composición das mesas (art. 63.5).

b) Os distintos actos e fases de tramitación (art. 63.3): memoria xustificativa, obxecto, duración, orzamentos, pregos, anuncios e licitacións, licitadores participantes, adxudicacións, desertos...

c) Recursos que se interpoñan contra as adxudicacións, a suspensión, a anulación... (art. 63.5).

d) Encargos a medios propios (art. 63.6).

e) Consultas preliminares do mercado (art. 115).

f) Modificados (art. 203.3).

A lei establece un réxime especial para os contratos menores (art. 63.4), que pretende evitar a reiteración de xestión á cal obrigaría a publicación continua de información relativa a estes contratos. A primeira previsión neste sentido é que a publicación poderá realizarse trimestralmente; desta sorte, o máis frecuente será que se organicen remesas periódicas de publicación destes datos no perfil a cada trimestre vencido do ano natural. A información a publicar para este tipo de contratos será, polo menos, o seu obxecto, duración, o importe de adxudicación, incluído o imposto sobre o valor engadido, e a identidade do adxudicatario, ordenándose os contratos pola identidade do adxudicatario. Isto último é da máxima importancia, pois ao listarse os contratos por adxudicatario aparecerán consecutivamente

18 Véxase MARTÍN DELGADO, I., "La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificacións e comunicacións electrónicas", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimientu administrativo común y réxime jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1976 e ss.

19 Unha norma que aparece citada tres veces ao longo da LCSP, pero nunca en relación co tema en exame.

todos os que subscribíse, facilitándose o cálculo dos limiares máximos de contratación anual que a LCSP impón. A forma en que se está a xeneralizar o cumprimento do réxime dos contratos menores é mediante a creación dunha sección específica do perfil do contratante dedicada á publicación destes contratos (analogamente ao que está a suceder cos encargos a medios propios). Por outra banda, exceptúanse de publicación os contratos cuxo valor estimado fose inferior a 5.000 euros, sempre que o sistema de pagamento utilizado polos poderes adxudicadores fose o de anticipo de caixa fixa ou outro sistema similar para realizar pagamentos menores; ao meu xuízo, esta previsión desnaturaliza todo o garantismo subxacente no resto da regulación, e artella unha vía relativamente doada para esquivar as limitacións e os controis que xogan sobre os contratos menores. Compréndese que non se deba publicar no perfil unha facturiña de papelería por un cartucho de folios, pero elevar o limiar da excepción ata os 5.000 euros paréceme levala demasiado lonxe.

Tamén é novidoso que o artigo 63.1, parágrafo 2.º, exixa que o acceso ao perfil do contratante sexa libre, sen custo e sen identificación previa. Permite que se requira identificación para servizos especiais ou cualificados, como por exemplo subscricións, envío de alertas, comunicacións electrónicas e envío de ofertas, entre outras. Toda a información contida nos perfís de contratante publicárase en formatos abertos e reutilizables, e permanecerá accesible ao público durante un período de tempo non inferior a 5 anos, sen prexuízo de que se permita o acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

En canto ás consecuencias derivadas da publicación de actuacións no perfil do contratante, ademais do acurtamento dos prazos que se establece en diferentes preceptos diseminados por todo o corpo normativo, son particularmente salientables as dúas seguintes. En primeiro lugar, o cómputo do prazo de interposición do recurso especial iníciase xeralmente o día seguinte á publicación do acto correspondente no perfil do contratante (art. 50); pero, ao meu xuízo, esta consecuencia da publicación sobre a eficacia fronte a terceiros é predicable de *todos* os actos ou actuacións que deben publicarse no perfil, e non só para os efectos do recurso especial. Deste xeito, o prazo de impugnación dos contratos menores (por exemplo, por superarse o limiar máximo anual de contratación), ou dos encargos a medios propios, comeza no momento da súa publicación no perfil, polo que é o único medio que teñen os operadores económicos de verificar a súa adecuación a dereito e exercer correlativamente as accións ao seu alcance, o cal equivale a dicir (sempre na miña opinión) que, mentres tales actuacións non se publiquen, resultarán impugnables *sine die*. O contrario consentiría consagrar unha impunidade inadmisíbel á luz das garantías que esta lei quere erixir ante eventuais abusos que restrinxan a competencia.

A segunda consecuencia expresa que establece a lei é –art. 39.2 c)– a nulidade dos contratos cuxo anuncio de licitación non se publicase no perfil, unha previsión acertadísima e exemplar que abunda na mensaxe de implacabilidade sobre os incumprimentos anteriormente aludida.

4.2 As plataformas de contratación

É de significar a mellora que a LCSP representa tamén neste punto. Cando se implantou o perfil do contratante no ano 2007, pretendíase mellorar a publicidade das licitacións, facilitando o acceso universal a todos os operadores económicos, cousa que se dificultaba cando a publicación tiña lugar en diarios oficiais e o único xeito de estar cabalmente informado era contratando servizos especializados de alerta prestados por empresas especializadas no

Regap



ESTUDIOS

ramo. Non obstante, a imprevisión dun punto que centralizase todas as publicacións provocou un perturbador efecto multiplicador das fontes de información, pois xa non só cada Administración territorial tería o seu perfil, senón que tamén os crearon entidades públicas e privadas do seu conglomerado organizativo que estaban vinculadas por esa exigencia. A Plataforma de Contratación do Estado só mitigou o problema nas licitacións do sector público estatal, pero finalmente os operadores económicos seguiron atados á contratación de servizos de alerta, que agora rastrexaban os perfís de toda a enorme galaxia organizativa do sector público.

Para remediar esta necesidade, o novo réxime das plataformas de contratación disposto polo artigo 347 LCSP prevé as seguintes determinacións:

1. Existirán dúas modalidades de plataforma: a do Estado e as que queiran crear as comunidades autónomas.
2. A plataforma do Estado integrará os perfís do contratante de todo o sector público estatal.
3. As comunidades autónomas poderán crear as súas propias plataformas ou aloxarse na do Estado. No primeiro caso, existirá unha interconexión que permita coñecer a partir da plataforma do Estado as licitacións e os procedementos que se articulen a través da plataforma autonómica.
4. Os perfís de contratante das entidades locais deberán optar necesariamente, e no conxunto da súa organización, por integrarse na plataforma do Estado ou a da comunidade autónoma en que radiquen (en caso de que exista).

O resultado destas previsións xa pode comprobarse na Plataforma de Contratación do Estado²⁰: algunhas CCAA aloxaron nela os seus perfís do contratante²¹, mentres que outras CCAA crearon as súas propias plataformas e se conectaron á estatal²². Polo que se refire ás entidades locais, o modelo masivamente seguido é o de integrarse na plataforma do Estado.

O problema reside en que non se prevén consecuencias fronte á infracción deste deber de aloxamento ou interconexión dos perfís de contratante de todo ente do sector público coas correlativas plataformas de contratación, diferenza (como vimos) da sanción de nulidade do contrato que se contempla cando o anuncio de licitación non se publique no perfil. Esta circunstancia, engadida ao atraso que se acumula na integración ou aloxamento de perfís nas plataformas, fai presaxiar que sigan sendo necesarios os servizos de alerta de entidades especializadas para estar puntualmente informado das licitacións que teñan lugar²³.

5 Identificación, sinatura e apoderamento electrónicos

As sinaturas admisibles nos procedementos de contratación, conforme o disposto na D.A. 16.^a 1 f), son as que determine mediante orde o Ministerio de Facenda e Función Pública. Isto

20 Accesible en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma> (31 de maio de 2018).

21 Castela-A Mancha, Comunidade Valenciana, Baleares, Extremadura, Cantabria, Aragón, Castela e León, Canarias e Melilla.

22 Cataluña, País Vasco, Asturias, A Rioxa, Comunidade de Madrid, Galicia, Rexión de Murcia, Andalucía, Navarra e Ceuta.

23 O problema que se vén experimentando nos tempos temperáns de vixencia da LCSP é que o volume de solicitudes de integración non permite xestionar o proceso coa celeridade suficiente: está suxeito á interoperabilidade dos sistemas, que leva o seu tempo articular.

constitúe unha novidade importante, antes exixíase sinatura electrónica recoñecida (avanzada no caso da Lei 25/2013, de factura electrónica): o réxime español da sinatura electrónica na contratación pública viña sendo máis restritivo que o establecido no marco europeo, cun exceso de garantismo que casaba mal coas directivas e que agora parece superarse. Este desenvolvemento regulamentario, ao que cabe reprochar a insuficiente habilitación que xa puxemos de manifesto²⁴, aínda non se produciu, e mentres teña lugar debe entenderse aplicable a lexislación común: arts. 9 e ss. LPAC e arts. 42 e ss. LRXSP²⁵.

Notarase que tales preceptos non só aluden á sinatura, senón tamén á identificación electrónica. Non podía ser doutro xeito, pois alíñanse co marco normativo da UE, e concretamente co Regulamento 910/2014, do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xuño, relativo á identificación electrónica e os servizos de confianza para as transaccións electrónicas no mercado interior e polo que se derroga a Directiva 1999/93/CE (ReIDAS)²⁶. Deste xeito, cabe predicar a plena exixencia dos sistemas de identificación e sinatura que establece o ReIDAS (e, coherentemente con el, a LPAC e a LRXSP) nos procedementos de contratación electrónica, sen que resulte aceptable a súa restrición por orde ministerial.

En canto aos apoderamentos electrónicos, debe mencionarse a integración e a interoperabilidade do Rexistro Electrónico de Apoderamentos da Administración Xeral do Estado (art. 6 LPAC) co Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas que impón o artigo 337.4 LCSP. O mesmo precepto exige que os órganos de contratación consulten este último rexistro para verificar a inscrición de poderes, consultando o resto de rexistros se o poder non estivese inscrito neste, que prevalece en caso de discrepancia fronte a calquera outro rexistro de apoderamentos; agora ben, se o Rexistro xeral está interconectado e é interoperable co de Licitadores, non debería existir discrepancia entre eles.

6 Presentación de ofertas e documentos

En relación con este punto²⁷, o primeiro a notar é que a canalización dos escritos dos operadores económicos non ten por que realizarse mediante o sistema de rexistro electrónico único implantado polo artigo 16 LPAC, xa que a D.A. 17.^a se consagra por enteiro a determinar os requisitos que deben reunir as ferramentas e os dispositivos de recepción electrónica de ofertas que se implanten, dando con iso a entender que se pode empregar calquera que satisfaga tales exixencias. Aínda que sería preferible que o lexislador explicitase de mellor xeito a articulación entre un e outros, é razoable que existan plataformas específicas para a contratación pública en razón das particularidades que rodean este ámbito de actuación, algo que resulta evidente en procedementos como as poxas electrónicas, cuxa celebración

24 Idea na que tamén abunda FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La subasta electrónica”, cit., pp. 2010 e ss.

25 Acerca da aplicación destes preceptos na contratación electrónica, véxase GIL CONDÓN, M.A., “La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación”, cit., pp. 1730 e ss.

26 Sobre as nocións técnicas de identificación e sinatura, véxase, por todos, ALAMILLO DOMINGO, I., “Identificación y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 675 e ss.

27 A análise por extenso desta cuestión é excelentemente abordada por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit., pp. 1909 e ss.; e MARTÍN DELGADO, I., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública”, cit., pp. 1657 e ss. Polo demais, dado que esta materia ofrece escasas novidades, será así mesmo proveitosa a consulta de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 127 e ss.; e DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, cit., pp. 262 e ss.

require duns medios cuxas características fan inviable o uso do rexistro xeral, pero que tamén se estende a aspectos xerais, como a encriptación das ofertas para preservar a súa confidencialidade ata o momento mesmo da apertura das plicas. Máis alá de describir as garantías e as exixencias destes medios, a lei non establece o instrumento xurídico mediante o que se poden impor, polo que cabe que o anuncio de licitación e os pregos determinen os medios electrónicos que se utilizarán nese procedemento concreto. O máis destacable desta disposición é a inútil duplicidade en que incorre respecto da D.A. 16.^a.1, reiterando requisitos e exixencias que esta última xa impón con carácter xeral e que, polo tanto, tamén son predicables da presentación de escritos.

Unha importante novidade é a admisión de entregas por fases de ofertas, regulada na D.A. 16.^a.1 h). Consiste na posibilidade de envío da pegada electrónica da oferta, co que basta para entendela presentada, procedéndose á entrega da oferta propiamente dita no prazo de 24 h (en caso contrario, enténdese retirada). A pegada electrónica²⁸ é un código único que se lle asigna a un documento electrónico ao aplicarlle unha utilidade informática denominada función *hash*, na virtude da cal un documento concreto producirá sempre a mesma pegada dixital, polo que a achega da dita pegada permite verificar que un documento enviado posteriormente estivese efectivamente xerado no momento de enviar a súa pegada, de tal maneira que o envío da pegada equivalería á achega do documento en prazo sempre que o propio documento se presente posteriormente no período autorizado para iso. Esta razoable previsión pretende sortear problemas de colapso e caídas do sistema en datas críticas, inmediatas ao remate de prazos: cando estea saturado, resultará moito máis doado presentar tan só a pegada electrónica que a documentación completa, a cal cabe achegar nesas 24 horas extra con maior serenidade. Por outra banda, se a razón pola que se presenta unha pegada electrónica é a caída ou saturación do sistema, cabe pensar que o interesado presente o documento por outro medio que non sexa esa plataforma, xa que a autenticidade e a integridade do documento pode acreditarse mediante o cotexo da súa pegada electrónica coa pegada previamente presentada.

Polo demais, o resto de exixencias xa existían coa lei anterior e non requiren comentario para os efectos deste traballo.

7 Comunicacóns e notificacións electrónicas

Este é un dos puntos quentes da LCSP, en razón de tres factores combinados: 1) A imposición obrigatoria do medio electrónico para a práctica das notificacións administrativas; 2) O lamentable xeito en que a propia LCSP e a LPAC regulan as notificacións electrónicas²⁹; 3)

28 Pode verse a definición que aparece na páxina da plataforma de validación de sinaturas e certificados VALiDe (accesible en <https://valide.redsara.es/valide/faqs.html#24>; 31 de maio de 2018):

“Unha pegada dixital é un conxunto de datos asociados a unha mensaxe que permiten asegurar que a mensaxe non foi modificada. A pegada dixital ou resumo dunha mensaxe obtense aplicando unha función, denominada *hash*, a esa mensaxe, o que dá como resultado un conxunto de datos singular de lonxitude fixa. Unha función *hash* ten entre outras as seguintes propiedades:

- Dúas mensaxes iguais producen pegadas dixitais iguais.
- Dúas mensaxes parecidas producen pegadas dixitais completamente diferentes.
- Dúas pegadas dixitais idénticas poden ser o resultado de dúas mensaxes iguais ou de dúas mensaxes completamente diferentes.
- Unha función *hash* é irreversible, non se pode desfacer, polo tanto a súa comprobación realizárase aplicando de novo a mesma función *hash* á mensaxe.

29 Para ampliar canto ao respecto se di aquí, debe consultarse MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., pp. 1990 e ss.

O caótico modelo de implantación de plataformas de notificación administrativa que están a seguir as administracións públicas, xerándolles situacións de absoluta indefensión aos interesados. Vaiamos por partes.

A D.A. 15.^a.2 establece con carácter xeral que as notificacións e comunicacións terán lugar *exclusivamente* por medios electrónicos, aspecto en que incide o artigo 54 LCSP, ao insistir neste deber polo que se refire ao recurso especial en materia de contratación. A LCSP só admite dous medios electrónicos de notificación concretos: no enderezo electrónico habilitado único (EEHU) ou mediante comparecencia electrónica, cuestións reguladas na LPAC³⁰. Este *numerus clausus* de medios de notificación só o é en canto ás modalidades, pero non no seu número, xa que cada Administración pública puido crear o seu EEHU, e ademais poden existir tantas plataformas de notificación administrativa por comparecencia electrónica como lle praza aos órganos actuantes, que non atopan límite legal para proceder á súa creación. Esta circunstancia, unida aos outros dous puntos críticos en exame (o réxime xeral das notificacións electrónicas e o modelo de implementación seguido na práctica polas administracións públicas), está a desembocar nun fabuloso caos mediante o que se lles xeran innumerables situacións de indefensión aos cidadáns.

Para comprender cabalmente a situación, cómpre ter en conta varios elementos distintos: 1) Para que a práctica das notificacións administrativas reúna as garantías que predica a lei (integridade, autenticidade e non rexeitamento ou repudio en orixe e destino, seguridade, selos de tempo, etc.), non cabe utilizar para a súa práctica o correo electrónico convencional, senón que resulta necesario desenvolver plataformas específicas; 2) A LPAC regula o EEHU coa encomiable pretensión de que sexa único para todas as administracións, pero, facendo gala dunha lamentable torpeza, non conseguiu conferirlle ao precepto a redacción axeitada, polo que cada Administración está a desenvolver os seus propios EEHU e os seus propios Puntos de Acceso Xeral para acceder a eles, sen que os cidadáns dispoñan dun punto único ao que sequera voluntariamente poidan adherirse para recibir todas as notificacións administrativas que se lles envíen³¹; 3) Iso xera neste momento a ansiosa e incrible situación de que os cidadáns non poden saber se están a ser notificados en plataformas que creasen as administracións públicas, porque o brillante redactor da LPAC esqueceu exixir que, para que unha plataforma de notificación sexa verdadeiramente obrigatoria, non basta con que entre en vigor o deber de relacionarse por medios electrónicos, senón que ademais a Administración ten a sensata obriga de notificarlle previamente ese deber por conduto postal, indicándolle o punto de acceso en que a partir dese momento será notificado; 4) O réxime xurídico da práctica das notificacións electrónicas establecido no artigo 43 LPAC determina que, unha vez depositada na caixa de correos, se o interesado non accedeu ao seu contido, enténdese realizado o trámite e poden proseguir as actuacións, chegándose mesmo a retirar materialmente a notificación da caixa de correos ao día seguinte de que isto suceda, polo que, se o cidadán non ten a dilixencia de acceder cada dez días a todos os EEHU e a todas as plataformas de notificación (cuxa existencia mesmo descoñece) en que potencialmente se lle

30 Sobre o particular, acúdase a MARTÍN DELGADO, I., "Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2150 e ss.; e GAMERO CASADO, E., e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit., pp. 559 e ss.

31 Esta interpretación que *de facto* vén sendo mantida polas administracións públicas tras a entrada en vigor da LPAC veu confirmarse pola STC do 24 de maio de 2018 (rec. 3628/2016), na que se promove unha interpretación conforme da LPAC en virtude da cal o Punto de Acceso Xeral ha de ser único para cada Administración, sen que sexa forzoso que *todas* as administracións conflúan nun mesmo e único punto de acceso, aínda que poidan integrarse no estatal mediante o oportuno instrumento xurídico (voluntario).

poden depositar notificacións electrónicas, pode suceder perfectamente (e dou fe como avogado de que esta situación é moito máis frecuente do que se pensa) que se notifiquen actos administrativos sen que o destinatario teña cabalmente maneira de saber que se lle enviou unha notificación e onde está depositada, decatándose do caso xa despois de consagrarse a perda de dereitos, cando por outras vías se apercibe diso: porque recibe unha notificación da Axencia Tributaria no EEU do Estado (no cal si adoita estar de alta); cando chama para informarse do estado do procedemento e se lle di que foi excluído deste; etc.; e 5) O artigo 41.6 LPAC establece que a Administración lles enviará un aviso de notificación aos interesados, mediante SMS ou correo electrónico convencional, suponse que para evitar que se vexan na necesidade de consultar reiteradamente as plataformas para verificar se eventualmente recibiron algunha notificación, pero esta sensata previsión o lexislador esqueceu arroupala co deber de que as administracións públicas soliciten do cidadán estes datos de contacto antes de enviarlles notificacións por correo electrónico (neste momento, non dispoñen nin sequera dun medio –que podería ser a carpeta cidadá– para presentar voluntariamente ese dato); e, por se fose pouco, o propio artigo 41.6 LPAC rexeita que a omisión do envío deste aviso supoña consecuencia ningunha, a pesar de que o aviso de notificación constitúe unha peza clave na arquitectura das notificacións electrónicas co fin de preservar axeitadamente as garantías dos cidadáns³². Todo moi edificante.

Levo clamando infrutuosamente contra esta situación desde 2002³³, cando o problema era preocupante desde o punto de vista xurídico pero polo menos non resultaba recorrente (o universo de obrigados ao medio electrónico era pequeno daquela); agora a situación é moitísimo máis grave, en atención ao incremento exponencial dos suxeitos obrigados a relacionarse por medios electrónicos, que na LCSP, como xa se viu, son todos. O remedio desta situación pasa necesariamente por unha reforma lexislativa, de carácter básico, que obrigue todas as administracións públicas a integrar os seus distintos EEU e plataformas de notificación mediante comparecencia electrónica nun punto único de acceso electrónico onde os cidadáns poidan acceder doadamente para consultar todas as notificacións que reciban, e configurándose esa plataforma integral de notificación coa posibilidade de que o interesado facilite os seus datos de contacto para avisos de notificación –artigo 41.6 LPAC– (teléfono para os efectos de envío de SMS e enderezo de correo convencional), que obrigatoriamente deben consultar e utilizar todas as administracións para remitirlles tales avisos.

Para concluír este apartado, convén consignar a importante especialidade que establece a D.A. 15.^a.1, parágrafo 2: se o acto se publicou en perfil de contratante, en notificación por comparecencia (non EEU), a notificación produce efectos desde o mesmo día de envío da notificación ou aviso de posta á disposición, o cal representa unha regra distinta da establecida con carácter xeral no artigo 43 LPAC, conforme o cal a notificación produce efectos desde o momento en que se acceda ao seu contido (ou transcorran dez días desde o seu depósito). Pola contra, a dicir da propia D.A. 15.^a.1, parágrafo 2.^o, se o acto non se publicou no perfil do contratante, a notificación produce efectos desde a súa recepción polo interesado: ante a dúbida que suscita esta previsión concreta, que non aclara se a recepción a que alude é na caixa de correo do destinatario ou pola contra fai referencia ao momento en que este

32 Véxanse MARTÍN DELGADO, I., “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas”, cit., pp. 2162 e ss.; e GAMERO CASADO, E., e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit., pp. 576 e ss.

33 En GAMERO CASADO, E., “La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 116, 2002, pp. 501 e ss. Só pasaron 16 anos, insuficientes para que o lexislador capte a mensaxe. Posteriormente insítese noutras moitas achegas que non vén ao caso citar agora.

accede ao seu contido desde un equipo terminal, ao meu xuízo debe prevalecer esta última interpretación, por ser o réxime que se aplica con carácter xeral ás notificacións electrónicas na LPAC.

Malia todo o anterior, a D.A. 15.^a.1, parágrafo 3.º, establece ademais que o requisito de publicidade no perfil de contratante non resultará aplicable ás notificacións practicadas con motivo do procedemento de recurso especial polos órganos competentes para a súa resolución computando os prazos desde a data de envío desta ou do aviso de notificación, se fose mediante comparecencia electrónica.

8 Especialidades “electrónicas” nos procedementos xerais de adxudicación

A LCSP inclúe unha serie de disposicións que agora compilamos nun sintético ramallete para dar conta dalgunhas especialidades que se producen cando se empregan medios electrónicos³⁴.

No procedemento aberto as especialidades son as seguintes:

- Redución de prazos para presentación de proposicións [arts. 156.3 c) e 156.4]:
 - Poderase reducir en 5 días o prazo xeral de presentación de ofertas cando se admita a presentación por medios electrónicos.
 - Aplicable a contratos de obras, subministracións, servizos e concesións (de obras e servizos).
- Cabe prescindir do acto público de apertura da oferta económica cando se preveña a licitación por medios electrónicos (art. 157.4).
- Procedemento aberto simplificado (art. 159):
 - Só será necesario publicar o anuncio de licitación no perfil de contratante.
 - Toda a documentación debe estar dispoñible no perfil.
 - A valoración das ofertas poderá facerse automaticamente mediante dispositivos informáticos.
 - Garantirase electronicamente que a apertura de ofertas non poida facerse ata a finalización do prazo de presentación.

E no procedemento restrinxido establécense estas outras:

- Os pregos e demais documentación serán accesibles por medios electrónicos, indicándose na invitación (art. 163.2).

³⁴ Outro sumario punteiro deste tipo de innovacións pode verse en CASES PALLARES, J., “La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., pp. 49 e ss.

- Redución do prazo de presentación de proposicións en 5 días se se aceptan ofertas por medios electrónicos [art. 164.1 c)].

9 Novidades en materia de poxa electrónica e sistemas dinámicos de adquisición

Polo que se refire á poxa electrónica, agora regulada no artigo 143 LCSP, non se manifestan novidades significativas³⁵. A lei anterior cualificáboas como procedemento *iterativo*, mentres agora o designa como *repetitivo*, termo de similar significado co que sinxelamente se quereda ser máis claro. O último inciso do apartado 1 engade que o dispositivo automatizado que soporte a poxa incita a velar por que o dispositivo permita un acceso non discriminatorio e dispoñible de forma xeral, así como o rexistro inalterable de todas as participacións no proceso de poxa. O apartado 2 puntualiza que as especificacións do contrato se deben establecer de xeito preciso *nos pregos*, e incide en que os elementos a cujos valores se refire a poxa deben ser obxectivos, ofrecendo exemplos de prestacións intelectuais que non poden ser obxecto deste procedemento, como os servizos de enxeñaría, consultoría e arquitectura; no apdo. 11 tamén prohibe a poxa electrónica para contratos cuxo obxecto teña relación coa calidade alimentaria. En canto aos procedementos en que se pode aplicar a poxa electrónica, o apdo. 2 non menciona agora as licitacións con negociación.

Polo que se refire aos sistemas dinámicos de adquisición (SDA), a LCSP introduce importantes novidades que melloran o réxime anterior, como sinalou coidadosamente Domínguez-Macaya³⁶, a quen seguimos neste punto. A directiva potencia claramente este instrumento de racionalización, máis vantaxoso que o acordo marco, e resolve os seus principais problemas. Un primeiro grupo de novidades ten lugar nos artigos 223 a 226 LCSP, dedicados especificamente aos SDA, onde se resalta o carácter integramente electrónico do procedemento (arts. 223.2 e 224.4) e suprímese a limitación a 4 anos, aplicándose a xeral do artigo 29 (5 anos para subministracións e servizos de prestación sucesiva); en calquera caso, os pregos especificarán a duración. Por outra banda, substitúese o procedemento aberto polo restrinxido, pero sen limitación de candidatos admisibles (art. 224.1 e 2), facendo pois innecesarias as ofertas indicativas. É tamén novidosa a posibilidade de dividir o sistema en categorías de produtos, obras ou servizos, debendo especificarse os criterios de selección aplicables en cada categoría (art. 224.3); decláranse admisibles o volume máximo de contratos e as demarcacións xeográficas de execución, entre outros (art. 223.3). Tamén se producen algúns cambios en canto aos prazos: mínimo de 30 días para presentar solicitudes de participación (art. 225.2) e mínimo de 10 días para presentación de ofertas (art. 226.3). Doutra banda, régulanse expresamente as ofertas irregulares ou inaceptables (art. 226.4): as que non se axusten aos pregos ou presentadas fóra de prazo, as que mostren indicios de corrupción

35 Véxase FONDEVILA ANTOLÍN, J., "La subasta electrónica", cit., pp. 2051 e ss.; e MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición", Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1205 e ss., así como, do mesmo autor, *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 224 e ss.

36 Véxase DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., "Los sistemas dinámicos de adjudicación: unos cambios de calado", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2078 e ss. Tamén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 201 e ss.; e, do mesmo autor, "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición", cit., pp. 1218 e ss.

ou colusión e as consideradas anormalmente baixas ou cuxos prezos superen o orzamento base de licitación.

Pero tamén se aprecia toda outra serie de novidades acerca dos SDA diseminadas ao longo da lei. Así, o artigo 100.3 establece neste caso a innecesariedade do orzamento base de licitación, aínda que cómpre calcular o valor estimado do conxunto de contratos do sistema (art. 101.13). Polo que se refire ás garantías, establécese a posibilidade de fixar a provisional a prezo concertado, sen que poida superar o 3 % do valor estimado do contrato (art. 106.2), mentres que a definitiva pode determinarse estimativamente ou para cada contrato (art. 107.5). Respecto á perfección do contrato, nos SDA prodúcese pola adxudicación, non mediante formalización (art. 36), que aquí non é necesaria (art. 153). Ademais, inclúese expresamente os SDA no ámbito do recurso especial en materia de contratación, sen limiares mínimos, artigo 44.1 b), pero o recurso contra a adxudicación non ten efecto suspensivo (art. 53). Por último, a publicación das adxudicacións no perfil de contratante poderá ter lugar trimestralmente, nos 30 días seguintes ao remate de cada trimestre (art. 154.4).

10 Catálogos electrónicos

Para concluír, convén facer mención aos catálogos electrónicos, que están expresamente previstos no considerando 68 e no artigo 36 da Directiva 2014/24, entre outras técnicas e instrumentos para a contratación electrónica e agregada como as poxas e os SDA que acabamos de analizar, precepto que non foi trasposto ao dereito interno, o que levou algún autor a afirmar que non poden utilizarse en España, mentres que o sentir maioritario, co que me aliño, é predicar o efecto directo do artigo 36 da directiva³⁷.

Os catálogos electrónicos son indubidablemente un instrumento moi útil para potenciar a eficiencia dos procedementos de contratación, tanto polo que concirne aos licitadores como polo que respecta á xestión da información para os efectos de adxudicación do contrato. Sen que poidamos dedicarlle aquí a amplitude que merece o estudo desta cuestión (para o que remitimos ás excelentes achegas de Gallego³⁸ e Martínez³⁹), en calquera caso, dado que esta técnica consiste na posibilidade de que se obrigue a presentar as ofertas mediante un formato electrónico concreto, parece que cabe englobala entre os poderes recoñecidos ao órgano de contratación –en particular, D.A. 16.^a.1. j)–, polo que non debe existir obxección á súa implantación.

O catálogo electrónico é, en efecto, a especificación previa dun formato concreto estandarizado para a organización e presentación da información por licitadores (p. ex., unha folla de cálculo). En canto á súa finalidade, persegue un incremento da competencia, pero tamén a racionalización da contratación: reduce a oferta do operador aos produtos predeterminados

37 Nesta posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit., pp. 1939 e ss.; e os tribunais administrativos de recursos contractuais, os cales aprobaron conxuntamente un documento en que recolleron os artigos das directivas que consideraban directamente aplicables en España ao superarse o seu prazo de transposición, entre os que se atopaba o 36, relativo aos catálogos electrónicos. Diso tamén se fai eco C 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.

38 Véxase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Electronic Catalogues under Directive 2014/24: Simplifying Procedures and Increasing Efficiency”, *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2018, pp. 109 e ss.

39 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit.

por órgano de contratación, aforra tempo e recursos no tratamento das ofertas por órgano de contratación e permite a reutilización do catálogo para novas ofertas. Pode impo-lo órgano de contratación en todos os procedementos en que exixa canle electrónica, pero son idóneos para operar en acordos-marco e SDA. Aínda que, como xa se dixo, o instrumento tamén beneficia o licitador na medida en que lle permite estruturar a información e presentala do mellor xeito para o seu procesamento polo poder adjudicador, a directiva recoñécelle ao licitador a posibilidade de presentar documentación complementaria, sempre que iso lle permita expor de mellor maneira as especificacións da súa oferta.

Bibliografía

- ALAMILLO DOMINGO, I., "Identificación y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- 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. 147, 2017.
- 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.
- 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.
- CASES PALLARES, J., "La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público", *Cunial. Revista de Estudios Locales*, n. 205 (monográfico sobre a nova Lei de contratos do sector público), 2017.
- 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)", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley-El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., "Los sistemas dinámicos de adjudicación: unos cambios de calado", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, CEMCI, Granada, 2013.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., "La subasta electrónica", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratación pública e innovación tecnológica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 184, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Electronic Catalogues under Directive 2014/24: Simplifying Procedures and Increasing Efficiency", *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GAMERO CASADO, E., "La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 116, 2002.
- GAMERO CASADO, E., "Las reglas generales de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 71, 2008.
- GAMERO CASADO, E., "Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016.
- GAMERO CASADO, E., e FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017.
- GAMERO CASADO, E., e GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A., "El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra", *Revista de Administración Pública*, n. 219, 2016.
- GIL CONDÓN, M. A., "La nueva regulación del procedimiento administrativo y su proyección e incidencia en los procedimientos en materia de contratación", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- 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. 147, 2017.
- MARTÍN DELGADO, I., "La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTÍN DELGADO, I., "Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas", Gamero Casado, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Regap



ESTUDIOS

- MARTÍN DELGADO, I., "El uso de medios electrónicos en la contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Régimen general de la Administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas", Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- MEDINA ARNAIZ, T., "La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 22, 2010.
- MORENO MOLINA, J. A., "Administración electrónica y contratación pública", Piñar Mañas, J. L. (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- PUNZÓN MORALEDA, J., e 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.
- YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., "Contratación pública electrónica obligatoria", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, n. 23, 2017.

Regap

Notas

2

A Lei 9/2017, de contratos do sector público, desde a perspectiva da Administración local. Especial referencia ás disposicións adicionais segunda e terceira

La Ley 9/2017, de contratos del sector público, desde la perspectiva de la Administración local. Especial referencia a las disposiciones adicionales segunda y tercera

Act 9/2017, on public contracts, from the local Government's perspective. Special reference to the additional provisions no. 2 and 3

55
Regap

Regap



NOTAS

JUAN MARQUINA FUENTES

Licenciado en Dereito pola Universidade de Vigo
Funcionario de Administración local con habilitación nacional, subescalas de secretaría-intervención e de secretaría, categoría superior.
Vicesecretario xeral da Deputación Provincial de Ourense
Secretario do Consorcio Provincial de Ourense para a prestación do servizo contra incendios e salvamento
juanmarquina@depourense.es - @juanmarquinafu

Recibido: 02/05/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Resumo: Esta nota pretende analizar a regulación contida na nova Lei 9/2017 de contratos do sector público, desde o punto de vista da Administración local. Para iso, e nunha primeira parte deste estudo, realizaremos unha análise e unha valoración da localización dos preceptos relativos ás entidades locais na lei, para seguir cunha mención e cun exame das disposicións que, ao longo do texto da norma, se refiren expresamente a estes entes. A continuación, e nunha segunda parte, intentaremos descompor con maior grao de detalle as previsións contidas nas disposicións adicionais segunda e terceira, que é onde se recollen as competencias e as normas específicas aplicables á Administración local.
Palabras clave: LCSP, contratos, Administración local, concello, deputación.

Resumen: Esta nota pretende analizar la regulación contenida en la nueva Ley 9/2017, de contratos del sector público, desde el punto de vista de la Administración local. Para ello, y en una primera parte de este estudio, realizaremos un análisis y una valoración de la ubicación de los preceptos relativos a las entidades locales en la ley, para seguir con una mención y un examen de las disposiciones que, a lo largo del texto de la norma, se refieren expresamente a estos entes. A continuación, y en una segunda parte, intentaremos descomponer con mayor grado de detalle las provisiones contenidas en las disposiciones adicionales segunda y tercera, que es donde se recogen las competencias y normas específicas aplicables a la Administración local.
Palabras clave: LCSP, contratos, Administración local, ayuntamiento, diputación.

Abstract: The purpose of the present article is to analyse the provisions on the new Act 9/2017, on public contracts, from the local government's perspective. Thus, the first section of this study features an analysis and assessment of the

place the related ordinances occupy within the Act. This is followed by a reference and examination of the provisions which expressly refer to these entities throughout the legal text. The second section provides a breakdown of all the provisions included in additional provision 2 and 3, where the competencies and specific regulations applicable to the local government are detailed.

Key words: LCSP, contracts, local Government, city hall, provincial council.

Sumario: 1 Normativa de réxime local vs. normativa de contratación pública. 2 A localización dos preceptos sobre contratación pública local na LCSP/2017. 3 Referencias á Administración local no articulado da LCSP. 3.1 Título preliminar: o ámbito de aplicación da lei. 3.2 Libro I: tribunais de recursos contractuais, clasificación de empresas e rexistros de licitadores. 3.3 Libro II: pregos de cláusulas administrativas xerais, centrais de contratación e actuacións preparatorias. 3.4 Libro III: modificación de contratos dos PANAP locais. 3.5 Libro IV: órganos consultivos e PCSP. 4 Análise da disposición adicional segunda: competencia en materia de contratación das entidades locais. 4.1 Os órganos de contratación nas EELL. 4.2 Centrais de contratación en municipios con menos de 5.000 habitantes. 4.3 A mesa de contratación na Administración local. 4.4 A regulación do comité de expertos. 5 Análise da disposición adicional terceira: normas específicas de contratación pública nas entidades locais. 5.1 A tramitación anticipada. 5.2 As funcións dos FHN. 5.3 Outras especialidades. 6 Conclusión.

1 Normativa de réxime local vs. normativa de contratación pública

En España, a adaptación da normativa interna ao dereito comunitario en materia de lexislación básica sobre contratos e concesións administrativas, competencia que a nosa Carta magna lle atribúe en exclusiva ao Estado na regra 18.^a do artigo 149.1, tivo o seu primeiro fito o 2 de maio de 1986 coa aprobación do Real decreto legislativo 931/1986, cuxo obxecto era a adaptación da entón vixente Lei de contratos do Estado de 1965 ao dito ordenamento xurídico comunitario, facendo a súa aplicación extensiva a todas as administracións públicas, incluídas as locais, tanto en cumprimento das obrigas contraídas por España pola súa pertenza á daquela denominada Comunidade Europea como polo mandato constitucional anteriormente indicado.

Nese momento, era a lexislación de réxime local a que contiña unha regulación específica da contratación pública das EELL. A xeito de exemplo, podemos citar a redacción inicial dos artigos 21.1 l), 34.1 i) e 88 da Lei 7/1985, reguladora das bases do réxime local (LRBRL), e, fundamentalmente, os artigos 111 a 125 do Real decreto legislativo 781/1986, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL), que contiñan unha regulación máis ou menos detallada da contratación local, e dos que hoxe só subsisten os artigos 111, 114 e 117.

Foi coa entrada en vigor da Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas (LCAP), e o posterior Real decreto legislativo 2/2000, polo que se aprobou o Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (TRLCAP), cando as normas específicas da contratación local pasaron a conterse nun precepto da lexislación de contratos das AAPP, concretamente na disposición adicional novena das leis citadas e do seu regulamento.

Deste xeito, no período 1995-2007, a lexislación sobre contratación prevista na lexislación de réxime local “conviviou” coas citadas disposicións adicionais novenas das leis e o regulamento de contratos.

Foi a disposición derogatoria única da Lei 30/2007, de contratos do sector público, a que derogou expresamente unha serie de artigos ou partes destes nas leis de réxime local

indicadas; a saber: artigos 21, apartado 1, letras ñ) e p); 22, apartado 1, letras n) e o); 33, apartado 2, letras l) e n); 34, apartado 1, letras k) e m); 88 e 127, apartado 1, letra f), todos eles da LRBRL; así como os artigos 23, letras a) e c); 24, letra c); 28, letras c) e d); 29, letra b); 89, 95, apartados 2, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 e 125, do TRRL.

Non podemos deixar de citar tampouco as previsións contidas na lexislación autonómica de réxime local; no caso de Galicia, artigos 310 a 329 da Lei 5/1997, de Administración local de Galicia (en diante LALGA). Aínda que na nosa opinión practicamente todos os artigos da dita norma deviñeron inaplicables –igual que sucedeu coa lexislación de réxime local estatal, malia que neste caso si houbo derogación expresa– na práctica administrativa, existiron certas dúbidas sobre a aplicabilidade de determinados preceptos. En particular, podemos citar a previsión do artigo 326 da LALGA, que impón a preceptiva publicación de todos os procedementos de adxudicación, con excepción dos negociados, no DOG (ademais das publicacións no perfil do contratante, BOP, BOE ou DOUE cando fosen preceptivas), e sobre cuxa aplicabilidade ás EELL galegas existen informes contraditorios. Así, a XCCA do Estado no seu Informe 56/2007 informara, en relación coa Lei 30/2007, que “... é norma con pretensión de establecer a regulación íntegra da materia, razón pola cal debe prevalecer sobre as demais que viñesen regulándoa con anterioridade...”. Non obstante, sobre esta mesma cuestión a XCCA da C.A. de Galicia, no seu Informe 5/2008, concluíra o contrario, indicando que “... se mantén a vixencia do artigo 326 da Lei 5/1997, de Administración local de Galicia, que exige a publicidade dos anuncios no Diario Oficial de Galicia e no Boletín Oficial da Provincia nos procedementos abertos ou restrinxidos...”.

Sen prexuízo do anterior, podemos apuntar que, na nosa opinión, e á vista da nova regulación da publicidade dos anuncios de licitación contida na LCSP/2017, que prescinde de toda publicación en boletíns oficiais agás o DOUE, e onde o elemento fundamental pasa a ser o perfil de contratante de cada Administración, entidade local neste caso, e que ademais debe estar aloxado na Plataforma de Contratación do Sector Público ou no seu equivalente autonómico, entendemos que a previsión do citado artigo 326 da LALGA é definitivamente inaplicable, todo iso tendo en conta o carácter básico da nova lei e a aplicación do principio de especialidade en canto á materia obxecto de regulación e que, como indica a exposición de motivos desta, “... se incorpora o réxime comunitario de publicidade dos contratos establecidos nas novas directivas, o cal, dentro da marxe permitida por estas, se tentou simplificar o máis posible para facilitar o labor dos órganos de contratación á hora de publicar os distintos anuncios relativos aos contratos que asinen...”.

Como dicíamos e, desde ese momento, a entrada en vigor da disposición derogatoria única da Lei 30/2007, e salvo previsións marxinais da lexislación autonómica, a normativa de contratación das EELL recóllese na lexislación de contratación do sector público, coas especialidades que a propia norma establece, en concreto na disposición adicional segunda no caso da Lei 30/2007.

Sobre a súa localización na citada lei, debemos lembrar que o Consello de Estado, no ditame do 25 de maio de 2006 referente ao anteproxecto da citada Lei de contratos do sector público, ao analizar a opción escollida polo lexislador de recoller nunha disposición adicional, en concreto a segunda, as principais especialidades da contratación local, formulou dúas observacións ao dito texto desde o punto de vista da técnica normativa. En primeiro lugar, sinalou que, se se opta por incluír na lexislación sobre contratos as especialidades da contratación

Regap



NOTAS

local, non parece que a localización máis axeitada para iso sexa unha disposición adicional. Fronte a iso, o Consello propuxo no seu momento dúas posibilidades: ou ben incluír unha nova división na lei que no seu título fixese referencia ás especialidades da contratación local e na cal figurase, desagregado en artigos, o contido da actual disposición adicional segunda; ou ben ir introducindo as especialidades da contratación local ao fío dos distintos aspectos do réxime da contratación do sector público. En segundo lugar, o órgano consultivo sinalou que a redacción da disposición adicional segunda proxectada resultaba excesivamente longa, problema que desaparecería se se optase pola solución indicada con anterioridade.

É coñecido que a dita observación do Consello de Estado non foi atendida, polo que, desde a entrada en vigor da Lei de contratos do sector público do ano 2007 e o posterior Texto refundido da Lei de contratos do sector público do ano 2011 (TRLCSP), as normas específicas das EELL se contiñan na disposición adicional segunda das citadas normas.

Non podemos rematar as referencias á regulación da contratación na lexislación básica de réxime local sen citar a modificación introducida pola Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, que engadiu unha serie de competencias propias das deputacións provinciais ás xa previstas no artigo 36 da LRBRL, en concreto a letra g), referente á competencia en contratación centralizada nos municipios con poboación inferior a 20.000 habitantes, precepto que debe ser interpretado nos termos establecidos pola STC 111/2016¹ para non incorrer en vicio de inconstitucionalidade. A dita competencia, xunto á de Administración electrónica prevista no mesmo precepto, constitúen sen dúbida elementos a ter moi en conta para entender a contratación pública local na LCSP, que atribúen, como teremos ocasión de analizar, tarefas de asistencia ás entidades provinciais e impoñen a licitación por medios electrónicos como obrigatoria nos termos que indica a súa disposición adicional décimo quinta.

2 A localización dos preceptos sobre contratación pública local na LCSP/2017

A nova Lei 9/2017, de contratos do sector público (en diante LCSP/2017), segue, no referente á regulación das especialidades da contratación pública local, unha estrutura similar ás súas predecesoras, dedicando as súas disposicións adicionais segunda e terceira ás competencias en materia de contratación e ás normas específicas de contratación pública nas EELL, respectivamente.

Non obstante, e ao contrario do que podería pensarse, o anteproxecto desta lei recollía unha distribución diferente, ao incluír dentro do seu articulado un precepto, en concreto o artigo 325, relativo aos órganos de contratación das EELL, deixando as dúas disposicións adicionais mencionadas para a regulación das especialidades da Administración local. Nesta ocasión e

1 A dita sentenza declara que o artigo 36.1.g), na redacción introducida polo artigo 1.13 da Lei 27/2013, non é inconstitucional interpretado nos termos do fundamento xurídico 11, que establece que, en realidade, o citado artigo se limitou a incluír atribucións novas que especifican a máis xeral de “asistencia e cooperación xurídica, económica e técnica aos municipios, especialmente os de menor capacidade económica e de xestión”, que estaba –e segue estando– prevista como base do réxime local. Por iso, o que pretende o precepto é dar efectividade á prestación duns servizos que exigen a aplicación de tecnoloxía informática (no caso da Administración electrónica) ou técnico-xurídica (no suposto da contratación centralizada) que os municipios de pequena ou mediana poboación (ata 20.000 habitantes) poden non estar en condicións de asumir. En definitiva, trátase de que a deputación provincial cumpra a súa función institucional máis característica, prestando apoio a estes municipios nas tarefas que desempeñan relacionadas coa contratación e a chamada Administración electrónica.

con motivo do ditame ao anteproxecto emitido o 10 de marzo de 2016, o Consello de Estado indicou, en relación coa técnica normativa inicialmente prevista, que “... *os preceptos sobre contratación de entidades locais deberán ter unha mesma localización na futura lei...*” e que “... *ou ben poderían integrar un libro específico (o que permitiría unha mellor estruturación do seu contido), ou ben formar parte todos eles das disposicións adicionais...*”. Ademais disto, recomendou que, “... *por razóns de orde e sistemática, o contido da disposición adicional terceira –que versa sobre normas de competencia– debería pasar a ser a segunda e o contido desta a terceira...*”.

Estas recomendacións do supremo órgano consultivo foron finalmente atendidas, xa que o texto definitivo da norma publicado no BOE contén as competencias dos órganos das EELL relativas á contratación, ademais doutras materias, na súa disposición adicional segunda, deixando a disposición adicional terceira para regular outras especialidades da contratación local.

Na nosa opinión, tería sido moito máis acertado trasladar todas as previsións da contratación local ao propio articulado da norma, nun libro específico, o que sen dúbida facilitaría o traballo dos operadores xurídicos (e non xurídicos) implicados. Esta técnica utilízase por exemplo para regular os contratos dos entes do sector público que non son Administración pública, aos que se dedica o libro III (artigos 316 a 322).

O resultado, que non por esperado resulta menos decepcionante, lévanos a dúas disposicións adicionais da norma (DA 2.^a e 3.^a), ambas as dúas dunha extensión considerable, de nada menos que 12 e 11 apartados respectivamente, o que sen dúbida ao noso xuízo non facilita a súa “abordaxe”.

A xeito de conclusión a esta crítica, non podemos deixar de traer a colación o Informe n. 8/2015 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da C.A. de Aragón, cuxo obxecto era o anteproxecto da lei, e que xa daquela manifestou, cunha claridade e rotundidade que aplaudimos, e referíndose ás previsións da lei relativas ás EELL, que “... *as súas normas deben integrarse no texto do anteproxecto...*”, xa que “... *as entidades locais tamén son administracións públicas e deben estar no texto da lei...*”. Non por obvio cremos que se deba deixar de insistir neste enfoque a futuros/as lexisladores/as.

3 Referencias á Administración local no articulado da LCSP/2017

3.1 Título preliminar: o ámbito de aplicación da lei

Seguindo a estrutura da propia LCSP/2017, a primeira referencia no seu articulado á Administración local atopámola no seu título preliminar, en concreto no artigo 2, relativo ao ámbito de aplicación (entendemos que obxectivo) da lei. Alí, no apartado terceiro, prevese que a aplicación da lei aos contratos que formalicen as EELL e os seus organismos dependentes, así como aos contratos subvencionados por calquera destas entidades, se efectuarán nos termos previstos na disposición derradeira primeira desta, que é onde se enumeran os artigos ou as partes destes que non teñen o carácter de básicos e os títulos competenciais que habilitan o carácter de básico dos restantes preceptos da lei.

Regap



NOTAS

Polo demais, e exceptuando a referencia expresa á utilización, para os efectos de identificación das prestacións que son obxecto dos contratos, do vocabulario común de contratos públicos, non atopamos nesta regulación ningunha novidade con respecto ás previsións contidas no anterior artigo 2 e disposición derradeira segunda do TRLCSP.

Como non pode ser doutra forma, o artigo 3 da lei, relativo ao seu ámbito subxectivo de aplicación, recolle expresamente as entidades que integran a Administración local, en primeiro lugar como integrantes do sector público [artigo 3.1.a)], en segundo lugar como administracións públicas [artigo 3.2.a)] e en terceiro lugar como poderes adxudicadores [artigo 3.3.a)].

Non se aprecian reformas destacables na nova regulación respecto ao réxime de suxeición á lei das entidades que integran a Administración local.

Neste sentido, debemos recordar que teñen a consideración de AAPP, e polo tanto o maior grao de suxeición á lei, nos termos establecidos nela, as previstas no artigo 3 da LRBR, os seus organismos autónomos dependentes, as deputacións forais e as xuntas xerais dos territorios históricos do País Vasco e os consorcios locais e demais entidades de dereito público (neste último caso, sempre que non se financien maioritariamente con ingresos de mercado).

Como poder adxudicador, pero sen a consideración de Administración pública (PANAP²), e polo tanto con menor grao de suxeición, teríamos as fundacións públicas locais (que deberán cumprir os requisitos da letra e. do artigo 3.1), as entidades con personalidade xurídica propia distintas das expresadas nas letras anteriores do artigo 3.3 da lei, que fosen creadas especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos que deban considerarse poder adxudicador de acordo cos criterios deste apartado 3, ben financien maioritariamente a súa actividade, ben controlen a súa xestión, ou ben nomeen máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia, así como as asociacións de EELL.

Por último, e no maior dos denominados “tres círculos concéntricos”, e co menor grao de suxeición á LCSP, teríamos as entidades que forman parte do sector público, pero que non teñen a consideración de poder adxudicador e menos aínda de Administración pública. No ámbito local teríamos as entidades públicas empresariais locais a que se refire a Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, calquera outra entidade de dereito público con personalidade xurídica propia vinculada a un suxeito que pertenza ao sector público local ou dependente del, así como as sociedades mercantís en cuxo capital social a participación, directa ou indirecta, de entidades locais, os seus organismos autónomos, consorcios locais, fundacións públicas locais, entidades públicas empresariais locais ou sociedades mercantís maioritariamente locais sexa superior ao 50 por 100, ou nos casos en que, sen superar esa porcentaxe, pertencen ao grupo de sociedades nos termos que indican o artigo 5 do Texto refundido da Lei do mercado de valores e 42 do Código de comercio. Pechando esta enumeración, tamén terían a consideración de sector público local as entidades con personalidade xurídica propia, que fosen creadas especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos pertencentes ao sector público (neste caso local) financien maioritariamente a súa

2 Sobre diversas cuestións de aplicabilidade da LCSP/2017 aos PANAP, resulta moi ilustrativo o Informe da Avogacía Xeral do Estado do día 17 de xaneiro de 2018 e referencia A.X. Entes Públicos 2/18 (R-32/18).

actividade, controlen a súa xestión ou nomeen máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

A xeito de peche sobre esta cuestión, e citando a Julio Tejedor Bielsa³, é evidente que “... unha das máis claras manifestacións dos excesos regulatorios que provoca o afán de protexer a nosa tradición regulatoria do impacto renovador que impón a normativa que vén da Unión Europea se mostra na progresiva expansión da regulación do ámbito subxectivo de aplicación da normativa española de contratación do sector público...”, ao que engadiríamos, tamén como motivo para esta “sobreterregulación”, a finalidade de someter todas as organizacións públicas, calquera que sexa a súa personificación, ao dereito administrativo.

3.2 Libro I: tribunais de recursos contractuais, clasificación de empresas e rexistros de licitadores

A seguinte referencia expresa á Administración local no articulado da LCSP atopámola xa no seu libro I, título I, capítulo V, concretamente no seu artigo 46, referido ao órgano competente para a resolución do recurso especial en materia de contratación nas EELL. Nesta regulación mantense a previsión de que a competencia para resolver os recursos lle corresponderá ao mesmo órgano ao que as CCAA no territorio das cales se integran as CCLL atribúen a competencia para resolver os recursos do seu ámbito. No caso de Galicia, debemos ter presente a regulación contida na Lei 14/2013, de racionalización do sector público autonómico, modificada pola Lei 1/2015, que creou o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da C.A. de Galicia, o cal, por Resolución do 1 de marzo de 2018, fixou a súa sede en Santiago de Compostela e a data de inicio do exercicio das súas funcións o 2 de abril de 2018, data a partir da cal este tribunal pasará a ser o competente para o coñecemento dos recursos especiais en materia de contratación no ámbito das EELL galegas, substituíndo o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

A gran novidade deste artigo 46 témola na previsión de que os municipios de gran poboación a que se refire o artigo 121 da LRBRL e as deputacións provinciais poidan crear un órgano especializado e funcionalmente independente que terá a competencia para resolver os citados recursos. A súa constitución e funcionamento, así como os requisitos que deben reunir os seus membros, o seu nomeamento, remoción e a duración do seu mandato, rexeranse polo que estableza a lexislación autonómica, ou, no seu defecto, polo establecido no artigo 45 da propia LCSP. O pleno da corporación será o competente para acordar a súa creación e nomear e remover os seus membros. O resto dos concellos poderán atribuírlle a competencia para resolver o recurso ao órgano creado pola deputación da provincia á cal pertencen.

Ao noso xuízo, resulta cando menos sorprendente a citada previsión, xa que tanto o TACRC como os seus equivalentes autonómicos funcionan dunha forma solvente e áxil, e cremos que non existía unha demanda social nesta liña. Pensemos que, soamente en Galicia, en aplicación do citado artigo 121 da LRBRL, que atribúe a condición de municipio de gran poboación aos de Vigo e A Coruña, e da Lei 4/2004, para a aplicación aos municipios de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra e Santiago de Compostela do réxime de organización

³ TEJEDOR BIELSA, J., “No son círculos, no son concéntricos, no tienen por qué serlo... A vueltas con el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Blog de espublica*, <http://www.administracionpublica.com/no-son-circulos-no-son-concentricos-no-tienen-por-que-serlo-a-vueltas-con-el-ambito-subjetivo-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/>

dos municipios de gran poboación, teríamos sete tribunais administrativos de recursos contractuais susceptibles de ser creados, aos que habería que sumar os catro correspondentes a cada dunha das deputacións provinciais.

Recentemente, e nesta liña, debemos citar o Informe anual da Comisión UE sobre España 2018, cuxo obxecto é a avaliación dos avances no que respecta ás reformas estruturais e á prevención e a corrección dos desequilibrios macroeconómicos, e en que as institucións comunitarias advirten que a creación de numerosos tribunais administrativos de contratación pública de carácter descentralizado podería minguar a eficacia do actual sistema de recursos, afirmación esta que compartimos.

Seguindo co repaso ás referencias á Administración local no articulado da LCSP, e aínda dentro do libro I, as seguintes mencións atopámolas no seu título II e nos artigos 80 e 96, relativos respectivamente aos acordos de clasificación de empresas e as inscricións nos rexistros de licitadores. No primeiro caso trátase de estender a eficacia dos acordos de clasificación de empresas adoptados polos órganos competentes das CCAA ás entidades locais e aos seus organismos dependentes incluídos no seu ámbito territorial. No segundo caso, indícase que a inscrición no Rexistro de Licitadores dunha comunidade autónoma acreditará idénticas circunstancias para os efectos da contratación coas entidades locais incluídas no seu ámbito territorial, e cos restantes entes, organismos ou entidades do sector público dependentes.

3.3 Libro II: pregos de cláusulas administrativas xerais, centrais de contratación e actuacións preparatorias

Xa situados no libro II da lei, a primeira referencia neste ás EELL atopámola no seu título I, artigo 121.2, relativo aos pregos de cláusulas administrativas xerais, e onde se habilita aquelas a aprobar os seus PCAX de acordo coas súas normas específicas e logo de ditame do órgano consultivo competente (en caso das EELL galegas, o Consello Consultivo de Galicia). A dita regulación complétase na D.A. 2.^a da LCSP, que lle atribúe ao pleno a competencia para a súa aprobación. Non podemos deixar de citar a habilitación contida igualmente no artigo 317 da Lei de administración local de Galicia, onde se precisa que estes pregos se aplicarán a todos os contratos de obxecto análogo⁴.

Aínda dentro do libro II e no mesmo título I da LCSP temos a seguinte referencia explícita á Administración local, contida no artigo 228, que posibilita que estas poidan crear as súas propias centrais de contratación, así como adherirse a sistemas de adquisición centralizada doutras entidades do sector público. Do xogo deste artigo, e do previsto na disposición adicional terceira apartado décimo da lei, así como a xa aludida previsión do artigo 36.1 g) da LRBRL, resulta que os municipios teñen varias posibilidades neste eido, e que van desde a creación dunha central de compras propia por acordo plenario á adhesión a outros sistemas de adquisición centralizada, xa sexa estatal, autonómico ou provincial, e mesmo ao

4 Sobre a discutida natureza xurídica dos PCAX, debemos recordar que o Consello de Estado lles atribuíu o carácter de auténticas normas, ao consideralas disposicións administrativas de carácter xeral, mentres que a XCCA lles negou ese carácter. Nesta mesma liña sitúase a xurisprudencia do TS (por todas STS 24.10.200), que, malia precisar que o prego é a auténtica lei do contrato, non é unha norma xurídica. A regulación da LCSP parece que confirma esta última opción, ao non conter referencia ningunha a tal consideración ou incluír unha tramitación similar á das ordenanzas e regulamentos locais, limitándose, como dixemos, e exixir ditame do órgano consultivo a aprobación plenaria.

das asociacións de entidades locais a que se refire a disposición adicional quinta da LRBRL, das que a FEMP e a FEGAMP son as máis representativas a nivel estatal e autonómico, respectivamente.

Xa no título III, concretamente no artigo 247.3, e dentro das actuacións preparatorias do contrato de concesión de obras, atopamos outra referencia na tramitación do estudo de viabilidade deste tipo de contratos, e do cal a Administración concedente deberá solicitar de forma preceptiva informe da entidade local afectada cando a obra proxectada non figure no correspondente planeamento urbanístico, o cal debe ser emitido no prazo dun mes. Unha previsión similar atopámola no precepto seguinte, artigo 248.3, neste caso relativo ao anteproxecto de construción e explotación das obras, na tramitación do cal se someterá este a informe das entidades locais afectadas, en todo caso.

Mantense, no artigo 302 da LCSP, a previsión que xa recollía a normativa derogada, no relativo a exceptuar a previsión do Texto refundido da Lei de facendas locais, que establece que as obrigas recoñecidas se aplicarán aos orzamentos polo seu importe íntegro, quedando prohibido atender obrigas mediante minoración dos dereitos a liquidar ou xa ingresados, salvo que a lei o autorice de xeito expreso. Neste sentido permítese que, nos contratos de subministración e cando se prevexa no PCAP, o pagamento do prezo total dos bens a subministrar poderá consistir parte en diñeiro e parte na entrega doutros bens da mesma clase, sen que en ningún caso o importe destes poida superar o 50 por cento do prezo total, polo que para estes efectos o compromiso de gasto correspondente se limitará ao importe que, do prezo total do contrato, non se satisfaga mediante a entrega de bens ao contratista.

Regap



NOTAS

3.4 Libro III: modificación de contratos dos PANAP locais

Pasando xa ao libro III da LCSP e dentro do capítulo relativo aos contratos dos PANAP, atopamos no artigo 319 da LCSP unha nova referencia expresa á Administración local. Neste precepto establécese que, nas modificacións destes contratos non previstas no PCAP e sempre que o seu importe sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros e a contía da modificación, illada ou conxuntamente, fose superior a un 20 por cento do prezo inicial do contrato, IVE excluído, será necesaria a autorización do órgano da Administración local ao que estea adscrito ou corresponda a tutela da entidade contratante, logo do ditame preceptivo do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma. Idéntica exigencia se contén no mesmo artigo referida aos supostos de rescate da obra ou o servizo, a supresión da súa explotación, así como o secuestro ou intervención destes, xa que se exige igualmente a autorización do órgano da Administración local ao que estea adscrito ou corresponda a tutela da entidade contratante, aínda que nestes supostos non se indica a necesidade de solicitar o informe do órgano consultivo.

3.5 Libro IV: órganos consultivos e PCSP

Situados agora no libro IV, o seu capítulo III contén a regulación dos diferentes órganos consultivos, nos cales, como veremos, existen varias referencias. En primeiro lugar, o artigo 328, relativo á Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, contén unha breve recensión no apartado referido ás súas funcións, onde se indica que o dito órgano consultivo elaborará e remitirá á Comisión Europea cada tres anos un informe referido a todos os

poderes adjudicadores estatais, autonómicos e locais que, respecto da licitación pública e execución dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que estean suxeitos a regulación harmonizada, comprenda unha serie de cuestións previstas nese precepto. Para estes efectos, a subsecretaría de Facenda e Función Pública, por Resolución do 15 de novembro de 2017 (BOE n. 283, do 21.11.2017), aprobou a aplicación informática GOBERNANZA-CONTRATACIÓN, así como o cuestionario electrónico necesario para elaborar o informe a que se refire o precepto citado, todo iso para coordinar o cumprimento das obrigas de información e elaborar o informe previsto no repetido artigo 328.4 da LCSP e cuxa finalidade é a de poder recompilar a información necesaria e facilitar o seu posterior tratamento.

O artigo 329 crea *ex novo* o Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, no seo da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, como órgano colexiado que funciona en pleno ou por seccións, e cuxa finalidade é asumir, en exercicio das súas competencias, compromisos específicos en áreas de acción común das distintas administracións públicas, conforme os principios do artigo 140 da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público. As referencias ás EELL atopámolos, en primeiro lugar, na composición do pleno dese órgano, no cal participará en representación destas un representante da asociación ou federación de EELL con maior implantación, designado por esta. En segundo lugar, e en canto á composición das diferentes seccións, establécese que o representante da asociación ou federación de EELL con maior implantación, designado por esta, que forme parte do pleno, formará parte, á súa vez, das seccións relativas á supervisión da contratación pública, á información cuantitativa e estatística, e á contratación pública electrónica.

Neste punto debemos citar novamente o Informe anual da Comisión UE sobre España 2018, cuxo obxecto é a avaliación dos avances no que respecta ás reformas estruturais e á prevención e a corrección dos desequilibrios macroeconómicos, e no que as institucións comunitarias, respecto do Comité de cooperación das instancias públicas centrais, autonómicas e locais en materia de contratación pública, din que será o órgano que procederá a elaborar unha Estratexia Nacional de Contratación Pública, na cal se plasmará unha visión estratéxica común para todos os niveis da Administración, incluída a local, con miras a loitar contra a corrupción, fomentar a profesionalización, promover a eficiencia económica, mellorar o uso da contratación pública electrónica e a contratación estratéxica e impulsar a participación das pemes.

Pola súa parte, o artigo 330 regula os órganos consultivos en materia de contratación pública que creen as diferentes CCAA, que exercerán a súa competencia no seu respectivo ámbito territorial, en relación coa contratación das entidades que integren o sector público autonómico, e, de establecerse así nas súas normas reguladoras, das EELL incluídas nel, sen prexuízo das competencias da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado. En Galicia, polo Decreto 237/2007 creouse a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG n. 244, do 19.12.2007), regulándose a súa composición e funcións, e configurando este órgano como un órgano consultivo, con funcións asesoras e de tutela da lexislación vixente, e que comprende dentro do seu ámbito de actuación as entidades locais galegas.

Seguindo cos diferentes órganos consultivos, atopamos novas referencias no artigo 332, en que se crea e se regula a Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación.

A dita oficina, cuxa finalidade principal é velar pola correcta aplicación da lexislación e, en particular, promover a concorrència e combater as ilegalidades en relación coa contratación pública, ten entre as súas funcións a de dar traslado inmediato, en función da súa natureza, á fiscalía ou órganos xudiciais competentes, ou ás entidades ou órganos administrativos competentes, incluídos o Tribunal de Contas e a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, no caso de que a oficina teña coñecemento de feitos constitutivos de delito ou infracción a nivel local (tamén estatal e autonómico). A esta oficina corresponderalle aprobar, por proposta do Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública, a Estratexia Nacional de Contratación Pública vinculante para o sector público, prevista no artigo 334, que se deseñará e executará en coordinación coas CCAA e EELL. Neste artigo prevese ademais do indicado, no seu apartado 11, que a función de supervisión que realizará a Oficina Independente de Regulación e Supervisión o será sen prexuízo das competencias que corresponden á Intervención Xeral da Administración do Estado en canto órgano de control da xestión económico-financeira do sector público estatal e ás que, no seu ámbito territorial, correspondan aos órganos equivalentes a nivel autonómico e local. Para estes efectos, as intervencións das EELL remitirán anualmente á dita oficina un informe global, que se fará público dentro do mes seguinte á súa recepción, cos resultados máis significativos da súa actividade de control na contratación pública.

O artigo 333 regula, pola súa banda, a Oficina Nacional de Avaliación, órgano colexiado integrado na Oficina Independente de Regulación e Supervisión da Contratación, que ten como finalidade analizar a sustentabilidade financeira dos contratos de concesións de obras e contratos de concesión de servizos. No referente á Administración local, a súa regulación prevé que ás reunións que celebre en que se traten informes das CCLL asistirá un representante da Federación de Entidades Locais con maior implantación, xunto cun representante da propia corporación no caso de que se tratase de municipios de gran poboación aos que se refire o título X da LRBRL. O apartado terceiro deste precepto establece ademais un importante informe preceptivo para os eventuais expedientes de contratación das EELL, e é o suposto de contratos de concesión de obras e de concesión de servizos a celebrar polos poderes adxudicadores e entidades adxudicadoras locais, onde esa Oficina Nacional de Avaliación, con carácter previo á licitación, tramitará un informe preceptivo nos seguintes casos: a) Cando se realicen achegas públicas á construción ou á explotación da concesión, así como calquera medida de apoio ao financiamento do concesionario, b) As concesións de obras e concesións de servizos en que a tarifa sexa asumida total ou parcialmente polo poder adxudicador concedente, cando o importe das obras ou os gastos de primeiro establecemento superen un millón de euros. Así mesmo, emitirá informe sobre os acordos de restablecemento do equilibrio do contrato, nos casos previstos nos artigos 270.2 e 290.4 respecto das concesións de obras e concesións de servizos que fosen sometidas a informe previamente de conformidade coas letras a) e b) anteriores ou que, sen teren sido sometidas a informe, supoñan a incorporación no contrato dalgún dos elementos previstos nestas.

Resumindo, e como tivemos ocasión de examinar, este libro IV da LCSP, relativo á organización administrativa para a xestión da contratación, e concretamente o capítulo relativo aos órganos consultivos, parece ter unha perspectiva de gobernanza de toda a contratación pública, cunha visión estratéxica común para todos os niveis da Administración, incluído o nivel local, sendo o xeito en que a nova estrutura creada se constituía e opere crucial para o logro de resultados eficaces, obxectivo este de carácter ambicioso, pero que debe dar cumprimento ás obrigas de gobernanza que establecen as directivas comunitarias e, ao mesmo

Regap



NOTAS

tempo, combater as irregularidades na aplicación da lexislación sobre contratación pública a todos os niveis (nivel local incluído, insistimos).

Pola súa parte, o capítulo relativo aos rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas contén tamén algunha referencia á Administración local. En concreto, o seu artigo 341, relativo aos rexistros de licitadores e empresas clasificadas das CCAA, establece que será nestes onde se inscribirán en todo caso as prohibicións de contratar que sexan declaradas polos órganos competentes das entidades locais do seu ámbito territorial, indicando igualmente que a inscrición nese rexistro autonómico de licitadores e empresas clasificadas acreditará os datos e as circunstancias dos empresarios ante os órganos de contratación das entidades locais do seu ámbito territorial.

Para finalizar co exame do articulado da LCSP, o seu artigo 347, que é ademais o último desta norma, e que ten por título a Plataforma de Contratación do Sector Público, contén tamén referencias ás entidades que integran a Administración local, ao establecer que os seus órganos de contratación, así como os das súas entidades vinculadas ou dependentes, poderán optar, de xeito excluínte e exclusivo, ben por aloxar a publicación dos seus perfís de contratante no servizo de información que para tal efecto establececese a comunidade autónoma do seu ámbito territorial, ou ben por aloxalos na Plataforma de Contratación do Sector Público. Para estes efectos, cómpre lembrar que unha das principais novidades en materia de publicidade na nova regulación da LCSP a atopamos en que os anuncios de licitación se publicarán unicamente no perfil de contratante de cada Administración pública (e no DOUE no caso de contratos SARH). Sobre o requisito de que o perfil de contratante estea aloxado na PCSP ou servizo de información equivalente a nivel autonómico, chama a atención que se omita esta exigencia na regulación exhaustiva que da figura do perfil de contratante se fai no artigo 63 da lei, pero si se preveña no relativo ás causas de nulidade do artigo 39 na súa letra c), no artigo 134.2 relativo ao anuncio de información previa, e na regulación que o artigo 347 fai da PCSP, e onde indica que a publicación de anuncios e outra información relativa aos contratos nos perfís de contratante producirá os efectos previstos nesta lei cando estes estean aloxados na PCSP ou servizo de información equivalente a nivel autonómico.

Vemos, pois, que a nova regulación da LCSP aposta polos perfís e as plataformas de contratación como medio de publicidade e transparencia, en prexuízo dos clásicos boletíns oficiais, e que ademais, ao establecer a obriga de aloxar os perfís na PCSP (ou equivalente autonómico), achega seguridade, concentración de información e accesibilidade para os potenciais licitadores e demais interesados, o que sen dúbida contribúe a afondar no cumprimento dos principios xerais da contratación pública previstos no artigo 1 da lei.

4 Análise da disposición adicional segunda: competencia en materia de contratación das entidades locais

4.1 Os órganos de contratación nas EELL

A diferenza da súa predecesora, e como xa tivemos ocasión de avanzar, a nova LCSP desdobra as normas específicas de contratación das EELL en dúas disposicións adicionais. A primeira delas, segundo o seu título, refírese ás competencias en materia de contratación, aínda que,

analizado o seu contido, se pode comprobar que regula outros aspectos como son as mesas de contratación ou o comité de expertos.

Comezando polos contratos administrativos (obras, subministracións, servizos, concesión de obras, concesión de servizos e especiais), atribúeselle a condición de órgano de contratación ao alcalde-presidente cando o seu valor estimado non supere o 10 por cento dos recursos ordinarios do orzamento nin, en calquera caso, a contía de seis millóns de euros, incluídos os de carácter plurianual cando a súa duración non sexa superior a catro anos, eventuais prórrogas incluídas sempre que o importe acumulado de todas as súas anualidades non supere nin a porcentaxe indicada, referida aos recursos ordinarios do orzamento do primeiro exercicio, nin a contía sinalada.

A principal diferenza coa regulación anterior vén dada porque se substitúe, desde o punto de vista cuantitativo, o concepto “importe do contrato” polo de “valor estimado”, que aparece perfectamente definido no artigo 101 da LCSP, o que en liñas xerais supón excluír o IVE dese importe e incluír eventuais prórrogas e modificacións do contrato á alza previstas no PCAP.

Sobre a distinción destes dous conceptos de “importe do contrato” e “valor estimado”, resulta moi clarificadora a STX de Galicia 6799//2016, do 21 de setembro de 2016, referida ademais a un contrato dun concello, na cal se analiza a diferenza entre eses dous termos para os efectos de determinar quen é o órgano de contratación, e na que se conclúe que *“... parece que debe interpretarse que o termo importe manexado no dito precepto se refire ao orzamento do contrato e, en consecuencia, para o seu cálculo non deben terse en conta as súas prórrogas, que, ademais, teñen carácter eventual...”*. Insistimos en que a nova regulación modifica a anterior neste punto, polo que o valor estimado debe calcularse na forma detallada no mencionado artigo 101 e, como dixemos, con exclusión do IVE, pero coa inclusión de eventuais prórrogas e modificacións do contrato á alza.

Esta competencia do alcalde-presidente como órgano de contratación entendemos que é, en principio, delegable, xa que non se atopa, como por outra parte é lóxico, na enumeración de materias indelegables que recollen os artigos 21.3 e 34.2 da LRBRL para alcaldes e presidentes, respectivamente.

A condición de órgano de contratación do pleno da corporación establécese de forma residual, ao dispor que esa competencia o será respecto dos contratos mencionados no apartado anterior que formalice a entidade local cando, polo seu valor ou duración, non correspondan ao alcalde ou presidente desta. Polo mesmo motivo que no caso anterior, trátase en todo caso dunha competencia plenaria delegable (artigos 22.4 e 33.4 LRBRL).

Seguindo a Jesús Colás Tenas⁵, debemos traer a colación a reflexión que este expón entre a relación dos eventuais acordos dos órganos de contratación locais e a previsión do artigo 174 do Texto refundido da Lei de facendas locais, relativo aos compromisos de gastos de carácter plurianual, e á que pola súa claridade expositiva nos remitimos, na cal, á vista das normas indicadas, conclúe que *“... a posibilidade de que o alcalde ou o presidente da entidade local poida comprometer gastos plurianuais respectando sempre os límites indicados*

5 COLÁS TENAS, J., “Las especialidades de la contratación pública en la Administración Local en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *Ponencia para la Federació de Municipis de Catalunya*, <https://www.fmc.cat/documents/23829/doc/Ponencia-Colas.pdf>

(artigo 174.5 TRLFL), sen prexuízo de que sexa logo o pleno o encargado de consentir en cada orzamento o financiamento efectivo dos compromisos xa adquiridos con anterioridade...".

Por último, e como moi ben apunta Concepción Campos Acuña⁶, "... serán indelegables as competencias atribuídas ao pleno municipal referidas á concesión de bens e servizos por máis de 5 anos e que superen o 20 % dos recursos ordinarios do orzamento, e o alleamento de bens que excedan o 20 % dos recursos ordinarios, na medida en que para a súa aprobación resulta necesaria a adopción de acordo plenario por maioría absoluta dos membros da corporación e, en consecuencia, resulta de aplicación a prohibición considerada no artigo 47.2 LRBRL...".

O apartado terceiro da disposición adicional que estamos a analizar contén unha das especialidades previstas para os municipios de poboación inferior a 5.000 habitantes (entendemos que, ao dicir expresamente "municipios" e non entidades locais, esta especialidade, e as demais previstas na lei, non son de aplicación a outras entidades locais aínda que a súa poboación sexa inferior a esa cifra). A dita peculiaridade, que é a relativa á autorización plenaria que permite a redacción e licitación de proxectos independentes relativos a cada unha das partes dunha obra cuxo período de execución exceda o dun orzamento anual, sempre que estas sexan susceptibles de utilización separada no sentido do uso xeral ou do servizo, ou poidan ser substancialmente definidas, xa se recollía no TRLCSP, aínda que se elimina o requisito da existencia da maioría absoluta para o acordo plenario, pasando na nova regulación a exixirse unicamente maioría simple. A dita competencia plenaria é ademais delegable, xa que non se previu o contrario.

Con respecto aos municipios de gran poboación, sometidos ao réxime xurídico previsto no título X da LRBRL, mantense a xunta de goberno local como órgano de contratación en todo caso; isto é, calquera que sexa o importe do contrato ou a súa duración. Engádesse expresamente que a competencia para aprobar os PCAX nestes concellos, igual que nos de réxime común, é do pleno.

O apartado quinto desta disposición adicional regula as xuntas de contratación nas entidades locais. Mantense, con respecto á regulación do TRLCSP, o seu carácter potestativo. Se a entidade local opta pola súa constitución, as xuntas de contratación actúan como órganos de contratación nos contratos de obras que teñan por obxecto traballos de reparación simple, de conservación e de mantemento, nos contratos de subministración que se refiran a bens consumibles ou de doada deterioración polo uso, e nos contratos de servizos cando o seu valor estimado ("importe" dicía a regulación do TRLCSP) non supere o 10 por cento dos recursos ordinarios da entidade, ou cando superen este importe as accións que estean previstas no orzamento do exercicio a que corresponda e se realicen de acordo co disposto nas bases de execución deste.

En canto á súa constitución, correspóndelle ao pleno (por maioría simple) acordar a constitución das xuntas de contratación e determinar a súa composición, debendo formar parte delas necesariamente o secretario ou o titular do órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da corporación e o seu interventor. Os límites cuantitativos, que poderán ser inferiores aos sinalados no parágrafo anterior, ou os referentes ás características dos contratos en que intervirá a xunta de contratación como órgano de contratación, serán

6 CAMPOS ACUÑA, C., *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 521.

determinados nos municipios de gran poboación pola xunta de goberno local e nas restantes entidades locais, polo pleno, por proposta do alcalde ou do presidente cando sexa o órgano que teña atribuída a competencia sobre os ditos contratos. Nos casos de actuación das xuntas de contratación prescindirase da intervención da mesa de contratación.

Vemos que a regulación da LCSP non presenta máis novidades que a indicada no relativo ás xuntas de contratación nas EELL.

Volvendo novamente ás competencias para actuar como órgano de contratación por parte dos órganos de goberno das EELL, os apartados 9, 10 e 11 conteñen as normas para a distribución das competencias en materia de contratación nos contratos privados, definidos no artigo 26.1 da lei, e nos contratos suxeitos á lexislación patrimonial. Establécese que lle corresponde ao alcalde-presidente a competencia para a celebración dos contratos privados, así como a adxudicación de concesións sobre os bens destas e a adquisición de bens inmobles e dereitos suxeitos á lexislación patrimonial cando o orzamento base de licitación nos termos definidos no artigo 100.1 (recordemos que o TRLCSP tomaba como referencia o “valor” do ben) non supere o 10 por cento dos recursos ordinarios do orzamento nin o importe de tres millóns de euros, así como o alleamento do patrimonio cando o seu valor non supere a porcentaxe nin a contía indicados.

Correspóndelle ao pleno a competencia para asinar os mesmos contratos cando esta non estea atribuída ao alcalde-presidente e, en todo caso, dos bens declarados de valor histórico ou artístico calquera que sexa o seu valor.

Nos municipios de gran poboación a que se refire o artigo 121 LRBRL, as competencias como órgano de contratación nos supostos anteriores corresponderanlle á xunta de goberno local, calquera que sexa o importe do contrato ou a súa duración.

Non queremos rematar a análise dos órganos de contratación no ámbito local sen referirnos á lexitimación dos cargos electos para a interposición de recursos contra os actos e acordos adoptados por aqueles. Neste sentido, o artigo 24.4 do RD 814/2015, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do TARC, dispón que están lexitimados para interpor recurso especial, de conformidade co disposto no artigo 63 da LRBRL, os membros das entidades locais que tivesen votado en contra dos actos e acordos impugnados. Sobre a aplicación do mencionado precepto da LRBRL, cómpre recordar as transcendentales sentenzas do TC 173/2004, 8/2006 e 210/2009, que consideraron, respecto dos membros das corporacións locais, que “... existe unha lexitimación ex lege...”, que convén concretamente, por razón do mandato representativo recibido dos seus electores, aos membros electivos das correspondentes corporacións locais para poder impugnar os actos ou actuacións destas que contradigan o ordenamento xurídico, e que non tería sentido admitir a lexitimación dun membro da corporación local unicamente cando tivese concorrido en sentido disidente á formación da vontade dun órgano colexiado, para negarlle a quen non tivese formado parte do órgano por causas alleas á súa vontade. A dita doutrina foi acollida polos diferentes TARC (resolucións do TARC 125/2013 e 203/2013, Resolución 62/2015 do OARC/KEAO do País Vasco ou Resolución 816/2017 do TARC da C.A. da Rexión de Murcia), para así outorgarlles esa lexitimación, salvo que formasen parte do órgano de contratación que tivese adoptado o acordo impugnado, e os ditos cargos electos non tivesen votado en contra del.

Regap



NOTAS

4.2 Centrais de contratación en municipios con menos de 5.000 habitantes

Outra das especialidades para os municipios con poboación inferior a 5.000 habitantes, e que xa recollía a normativa anterior, é a posibilidade de que as competencias en materia de contratación poidan ser exercidas polos órganos que, con carácter de centrais de contratación, se constitúan na forma prevista no artigo 228, que exige acordo do pleno. Así mesmo, poderán concertarse convenios en virtude dos cales se encomende a xestión do procedemento de contratación ás deputacións provinciais ou ás comunidades autónomas de carácter uniprovincial. De novo volvemos citar neste punto a previsión contida no artigo 36 da LRBRL, en concreto a letra g), referente á competencia das deputacións provinciais en contratación centralizada nos municipios con poboación inferior a 20.000 habitantes.

Recapitulando o disposto na normativa indicada, vemos que as EELL teñen un abano máis ou menos amplo á hora de decidir como xestionar a súa contratación pública, xa sexa directamente a través dos seus órganos de contratación, creando xuntas de contratación, ou centrais de contratación no caso dos municipios de menos de 5.000 habitantes, adheríndose a sistemas de contratación centralizada (de deputacións ou de asociacións de entidades locais) ou mesmo mediante encomendas de xestión puntuais de procedementos de contratación ás deputacións provinciais. A decisión, que entronca directamente coa autonomía local constitucionalmente garantida, debera adoptarse na procura dunha contratación pública local máis eficiente, transparente e íntegra, que permita incrementar a eficiencia do gasto público e facilitar, en particular, a participación das pequenas e medianas empresas e permitir que os poderes públicos locais empreguen a contratación en apoio de obxectivos sociais comúns, tal como prevén as directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE de contratación pública, e a propia LCSP/2017.

4.3 A mesa de contratación na Administración local

O apartado sétimo contén as especialidades no ámbito local aplicables ás mesas de contratación. Esas especialidades deben completarse co réxime xeral recollido nos artigos 63.3 e), 69.2, 140.3, 141.2, 146.2 b), 149, 150.1, 157, 159, 169.8, 170.2, 171, 187.1 e, especialmente, no artigo 326 da propia lei⁷. Todo iso sen esquecer a aplicación, no que non se opoña á LCSP, dos artigos 21 e seguintes do Real decreto 817/2009, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, de contratos do sector público (non derogado expresamente), e mesmo os artigos 15 e seguintes da Lei 40/2015 de réxime xurídico do sector público, relativos aos órganos colexiados das distintas AAPP.

Segundo establece a disposición adicional segunda, a mesa de contratación nas entidades locais estará presidida por un membro da corporación ou un funcionario desta, e formarán parte dela, como vogais, o secretario ou, se é o caso, o titular do órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico, e o interventor, ou, se é o caso, o titular do órgano que teña atribuída a función de control económico-orzamentario, así como aqueloutras que designe o órgano de contratación entre o persoal funcionario de carreira ou persoal laboral ao servizo da corporación, ou membros electos desta, sen que o seu número, en total, sexa inferior a tres. Os membros electos que, se é o caso, formen parte da mesa de

⁷ Sobre posibles dúbidas interpretativas da redacción do artigo 326 da LCSP pronunciouse recentemente a XCCA do Estado no seu Informe n. 3/2018.

contratación non poderán supor máis dun terzo do seu total de membros. Actuará como secretario un funcionario da corporación. Engádesse que nas entidades locais municipais, mancomunidades e consorcios locais, poderán integrarse na mesa persoal ao servizo das correspondentes deputacións provinciais ou comunidades autónomas uniprovinciais, que non poderá formar parte das mesas de contratación nin emitir informes de valoración das ofertas o persoal eventual e que, excepcionalmente, poderá formar parte da mesa persoal funcionario interino unicamente cando non existan funcionarios de carreira suficientemente cualificados e así se acredite no expediente.

Recapitulando o anterior, podemos concretar que o cargo de presidente da mesa de contratación nas entidades locais unicamente pode ocupalo un cargo electo ou un funcionario de carreira da entidade local correspondente ou da deputación provincial en caso de entidades municipais, consorcios ou mancomunidades do seu ámbito. Excepcionalmente, e acreditando no expediente a ausencia de funcionarios de carreira cualificados, podería tamén ocupar ese cargo un funcionario interino. *A contrario sensu*, non poden ocupar o dito posto os FHN da entidade, por seren vogais necesarios, nin o persoal laboral (propio e entendemos que tampouco o da deputación) nin o persoal eventual.

Como vogais necesarios estarán sempre o secretario ou o titular do órgano que teña atribuído o asesoramento xurídico e o interventor ou o titular do órgano que teña atribuídas a función de control económico-orzamentario. O resto dos vogais, de habelos, poden ser cargos electos, funcionarios de carreira da entidade (excepcionalmente interinos segundo o indicado con anterioridade) e o persoal laboral (en calquera das súas modalidades de fixo, indefinido ou temporal) da entidade. Igualmente, no caso de entidades municipais, mancomunidades e consorcios, poderían ser integrados na mesa funcionarios e persoal laboral das deputacións. Non pode ocupar o posto de vogal o persoal eventual.

Para os cargos de presidente e vogais xoga outra limitación, e é que o número de cargos electos non poderán supor máis dun terzo do total de membros da mesa (entendemos que secretario incluído para este cómputo).

Por último, como secretario da mesa actuará un funcionario de carreira da corporación, que pode ser interino ou da deputación provincial nos termos indicados anteriormente. Non poderían ocupar este posto nin cargos electos, nin persoal laboral nin persoal eventual.

A composición da mesa publicarase no perfil de contratante do órgano de contratación correspondente, entendendo aquí aplicable a antelación mínima exixida polo artigo 21.4 do RD 817/2009 de sete días con respecto á reunión de cualificación da documentación.

Sobre os cargos electos que poden formar parte das mesas de contratación e posteriormente do órgano de contratación, e aínda que o informe 1/2002 da Xunta Consultiva de Contratación da C.A. de Canarias indicou que *"... deberá separarse nitidamente da figura e as funcións do órgano de contratación, non só porque expresamente dispón a normativa que sexa designado por ela, senón tamén porque lles atribúe ao presidente da mesa e aos demais membros desta a misión de formular proposta de adxudicación do contrato ao órgano de contratación..."*, entendemos que nada impide que un concelleiro ou deputado provincial poida ser presidente ou vogal da mesa de contratación e, no mesmo expediente, formar parte do órgano colexiado de contratación. Neste sentido, citamos a Resolución n. 294/2017 do TACRC, que conclúe que, *"... mesmo cando é evidente que deben quedar*

Regap



NOTAS

claramente diferenciados no procedemento de licitación tanto o órgano encargado de valoración das ofertas e de efectuar a proposta de adxudicación, isto é, a mesa de contratación, como, doutra parte, o órgano de contratación competente para a adxudicación do contrato, iso non impide que unha mesma persoa forme parte dun e outro órgano cando se trate en ambos os dous casos de órganos colexiados. É obvio que a mera coincidencia dun dos membros dos dous órganos non determina unha confusión entre eles, manténdose a súa individualidade e separación, sen que tampouco a natureza do procedemento de contratación imponha que non poida participar na toma de decisión sobre a adxudicación quen, por ter sido así mesmo membro da mesa, interviñese na proposta. Ningunha das normas que regula esta materia impón tan rixida separación...". Da lectura desta resolución deducimos que, aínda que nada impide que un cargo electo forme parte dun e outro órgano (mesa e órgano de contratación) cando ambos os dous sexan colexiados (pleno ou xunta de goberno local no caso do órgano de contratación, pois a mesa de contratación en todo caso é un órgano colexiado), parecería desconforme a dereito o suposto en que un membro da mesa exerce logo como órgano unipersoal de contratación, polo que, ao noso xuízo, esa sería outra limitación en canto á composición das mesas de contratación no caso das entidades locais. É dicir, o cargo electo que é órgano de contratación unipersoal non podería formar parte da mesa de contratación.

4.4 A regulación do comité de expertos

Resulta novidosa a inclusión da especialidade prevista no apartado oitavo, relativa ao comité de expertos regulado no artigo 146.2 a) e do que se indica que, nas EELL, poderá estar integrado por calquera persoal funcionario de carreira ou laboral fixo con cualificación apropiada, que non participase na redacción da documentación técnica do contrato de que se trate e que, en todo caso, entre este comité deberá formar parte un técnico xurista especializado en contratación pública.

É obrigatoria a publicación da designación dos membros deste comité no perfil de contratante, tal como dispón o artigo 63.5 da LCSP, a cal debe facerse de forma nominativa (Informe 21/2009 da XCCA da C.A. de Aragón) e cos requisitos que impón o artigo 29 do RD 817/2009, isto é, ben directamente no PCAP ou ben establecendo neste o procedemento para efectuala, e en todo caso antes da apertura da documentación que contén a oferta sobre a que deben emitir o seu xuízo de valor.

5 Análise da disposición adicional terceira: normas específicas de contratación pública nas entidades locais

Nesta disposición terceira da lei regúlanse unha serie de especialidades da contratación local, case todas elas ou ben procedementais, ou ben relativas ás peculiaridades dos concellos de menos de 5.000 habitantes ou ás funcións reservadas a funcionarios/as con habilitación nacional, secretaría e intervención.

5.1 A tramitación anticipada

A primeira delas, no apartado segundo, refírese á posibilidade de tramitar anticipadamente os contratos en dous supostos: en primeiro lugar, aqueles cuxa execución material teña que comezar no exercicio seguinte; en segundo lugar, aqueles cuxo financiamento dependa dun préstamo, un crédito ou unha subvención solicitada a outra entidade pública ou privada, sometendo neste caso a adxudicación á condición suspensiva da efectiva consolidación dos recursos que han de financiar o contrato correspondente. Este segundo suposto supón unha novidade na lexislación contractual local, xa que non estaba nin no TRLCSP nin nas súas predecesoras.

Esta especialidade debe pórse en relación coa previsión xeral, aplicable a todas as AAPP, incluída a local, e prevista no artigo 117.2, relativa á aprobación do expediente de contratación, e onde se precisa que o expediente de contratación poderá ultimarse mesmo coa adxudicación e formalización do correspondente contrato, mesmo cando a súa execución, xa se realice nunha ou en varias anualidades, deba iniciarse no exercicio seguinte. Para estes efectos, poderán comprometerse créditos coas limitacións que se determinen nas normas orzamentarias das distintas administracións públicas.

Noutras palabras, a tramitación anticipada do expediente de contratación supón que a preparación do contrato e os actos administrativos de licitación e mesmo adxudicación poderán ter lugar no exercicio anterior a aquel en que comeza a súa execución, ou ben realizarse ata a obtención do compromiso firme de obtención dun préstamo, crédito ou subvención que financie unha parte ou a totalidade do contrato, de tal forma que o reflexo contable das ditas fases de gasto quedará posposto ata o exercicio seguinte no primeiro caso ou ata a obtención dese ingreso no segundo. A nova regulación supón un avance significativo ao noso xuízo, xa que permite ás EELL licitar contratos ata a fase inmediatamente anterior á adxudicación, momento en que debe confirmarse se existe o crédito axeitado e suficiente para atender as obrigas económicas inherentes ao contrato. A pesar do dito, e seguindo a José María Agüeras Angulo⁸, sería desexable que a dita tramitación anticipada "... *puidese facerse extensiva a todas as situacións en que xa fose aprobada inicialmente unha modificación de créditos, caso en que o seu bo fin e conseguinte existencia de crédito é, polo tanto, cuestión de tempo, tempo que pode empregarse precisamente en avanzar na licitación do contrato...*".

5.2 As funcións dos FHN

Os apartados terceiro e oitavo regulan determinadas funcións no expediente de contratación asignadas ao titular do órgano interventor da entidade local e ao secretario desta, respectivamente. Dada a recente entrada en vigor do RD 128/2018, polo que se regula o réxime xurídico dos funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, non queremos deixar pasar a ocasión sen facer unha superficial referencia a esta norma.

A LCSP dispón que os actos de fiscalización no seo do expediente serán exercidos polo órgano interventor da entidade local, os cales deberán recaer tamén sobre a valoración

8 AGÜERAS ANGULO, J.M., "Luces, sombras y contradicciones de la tramitación anticipada del expediente de contratación", <http://pedrocorvinosabogado.es/luces-sombras-contradicciones-la-tramitacion-anticipada-del-expediente-contratacion/>

que se incorpore ao expediente acerca das repercusións de cada novo contrato, agás os menores, no cumprimento pola entidade local dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira que exige o artigo 7.3 da Lei orgánica 2/2012. Esta previsión da Lei 2/2012, relativa a que nos contratos e outra serie de actos administrativos alí previstos se valoren as súas repercusións e efectos, e se supediten de forma estrita ao cumprimento das exigencias dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, xa era aplicable, ben que agora a LCSP precisa que o informe de fiscalización, agás nos contratos menores, debe referirse a esta cuestión expresamente.

A función xeral de control e de fiscalización interna da xestión económico-financieira e orzamentaria vén detallada no artigo 4 do RD 128/2018, e é unha función reservada a funcionarios con habilitación nacional das subescalas de intervención-tesouraría e de secretaría-intervención.

Recóllese tamén expresamente nesta disposición da LCSP que o órgano interventor asistirá á recepción material de todos os contratos, agás os contratos menores, en exercicio da función de fiscalización material dos investimentos que exige o artigo 214.2.d) do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais. Para esta función poderá estar asistido na recepción por un técnico especializado no obxecto do contrato, que deberá ser diferente do director de obra e do responsable do contrato, prevéndose igualmente que os servizos de asistencia das deputacións provinciais asistirán aos pequenos municipios para estes efectos.

Esta obriga xa viña recollida e con bastante detalle no artigo 20 do Real decreto 424/2017, polo que se regula o réxime xurídico do control interno nas entidades do sector público local, norma que ten por obxecto o desenvolvemento regulamentario das obrigas de control financeiro e función interventora previstas no artigo 213 do Texto refundido da Lei de facendas locais.

Respecto da función de secretaría, o apartado oitavo desta disposición adicional precisa que os informes que a lei asigna aos servizos xurídicos, e dispersos ao longo da norma, serán tramitados polo secretario. Engade que ese informe xurídico será tamén preceptivo na aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de prezos, prórrogas, mantemento do equilibrio económico, interpretación e resolución dos contratos. Vemos, pois, que se amplían os supostos de informe e tamén o seu obxecto, xa que a regulación do TRLCSP non a recollía para todos os supostos anteriores e no expediente o dito informe se limitaba ao PCAP, mentres que agora debe referirse a todo o expediente, entendemos que no momento previo á súa aprobación polo órgano de contratación.

Ademais de todo o anterior, precísase que lle corresponderá tamén ao secretario a coordinación das obrigas de publicidade e información que se establecen na Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno. A este respecto, debemos recordar que esa norma impón no seu artigo 8 a obriga de que os suxeitos incluídos no seu ámbito de aplicación, entre os que se atopan as EELL, fagan pública en relación cos seus contratos o seu obxecto, duración, o importe de licitación e de adxudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adxudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente, serán obxecto de publicación as decisións de desistencia e renuncia dos contratos. Engade que a publicación da información relativa aos contratos menores poderá realizarse trimestralmente e que deberán publicarse tamén

datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume orzamentario de contratos adjudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público.

Para completar o marco xurídico das obrigas da secretaría, engadiremos que o Real decreto 128/2018, cando desenvolve a función de fe pública no seu artigo 3.2 inclúe como función na letra i) a de actuar como fedatario na redacción de todos os contratos en que interveña a entidade local.

En relación cos municipios acollidos ao réxime regulado no seu título X, dispónse que lle corresponderá ao titular da asesoría xurídica a emisión dos informes atribuídos ao secretario ao titular do órgano de apoio á xunta de goberno a coordinación das obrigas de publicidade e información anteditas.

5.3 Outras especialidades

Os apartados quinto e sexto regulan dúas especialidades na tramitación de expedientes de contratación polas entidades locais. Así, recóllese que, nos contratos de concesión de obras e de servizos, o expediente acreditativo da conveniencia e oportunidade da medida que exige o artigo 86.1 da LRBRL relativo ao exercicio da iniciativa pública para o desenvolvemento de actividades económicas, co contido regulamentariamente determinado, se tramitará conxuntamente co estudo de viabilidade regulado nos artigos 247 e 285.2 desta lei.

A outra especialidade mencionada, que xa recollía o TRLCSP, é a relativa á aplicación aos contratos de obras das normas sobre supervisión de proxectos establecidas no artigo 235, e segundo o cal o informe de supervisión é preceptivo antes da aprobación do proxecto, cando o orzamento base de licitación do contrato de obras sexa igual ou superior a 500.000 euros, IVE excluído, e é facultativo nos proxectos de orzamento base de licitación inferior ao sinalado, salvo que se trate de obras que afecten á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra, caso en que o informe de supervisión é igualmente preceptivo. A supervisión poderán efectualas as oficinas ou unidades competentes da propia entidade contratante ou, no caso de municipios que carezan delas, as da correspondente deputación provincial ou Administración autonómica uniprovincial. No acordo de aprobación dos proxectos recollerase expresamente a referencia á supervisión favorable deste.

O seguinte apartado desta disposición adicional terceira contén outra especialidade relativa aos municipios de poboación inferior a 5.000 habitantes, na que se establece que nos contratos de obras cuxo financiamento supere un orzamento anual, poderán redactarse proxectos independentes relativos a cada unha das partes da obra, sempre que estas sexan susceptibles de utilización separada no sentido do uso xeral ou do servizo, ou poidan ser substancialmente definidas. A execución de cada un dos proxectos poderá ser obxecto dun contrato diferente, sen prexuízo da aplicación do previsto nos artigos 99 e 101. Sobre o indicado resultan de interese as resolucións do TACRC 571/2016 e 486/2017, que, partindo da Sentenza do 5 de outubro de 2000, Asunto C-16/1998, do TXUE, precisan que, “... dado o concepto de obra contido na directiva, para determinar se estamos ante unha única obra, con diversas prestacións, ou ante obras distintas, cómpre atender á finalidade técnica e económica a que responde a licitación; a existencia dunha única obra para estes efectos non depende de factores tales como que a competencia para a súa licitación corresponda en exclusiva a un poder adjudicador ou a varios ou que a súa execución poida ser efectuada

Regap



NOTAS

por un ou varios empresarios. O feito de que noutras ocasións se optase por efectuar unha soa licitación para todos os traballos non implica que esteamos ante unha única obra e que, en todo caso, cada suposto debe valorarse en función do seu contexto e das súas propias particularidades...".

A seguinte especialidade é a referida aos contratos que teñan por obxecto a adquisición de bens inmobles, e nos que o seu importe de adquisición poderá ser obxecto dun aprazamento de ata catro anos polas EELL, con suxeición aos trámites previstos na normativa reguladora das facendas locais para os compromisos de gastos futuros. Como novidade, engádese a posibilidade de que o dito aprazamento tamén poderá ser utilizado para a adquisición de títulos representativos da titularidade do capital de entidades que formen parte do sector público da entidade local para a súa reestruturación, cuestión esta realmente novidosa e que, a diferenza da relativa á adquisición de inmobles, non viña prevista na anterior regulación. Esa posibilidade de aprazamento, como tivo ocasión de ditaminar a XCCA no seu Informe 56/2009, é tamén aplicable aos contratos de arrendamento financeiro subscritos polas CCLL, os cales están suxeitos ao límite temporal de catro anos que para a adquisición de compromisos de gasto plurianuais establece a normativa de facendas locais e de contratos do sector público.

A última especialidade atopámola no apartado undécimo da disposición adicional que estamos a analizar. Nel establécese que os municipios de poboación inferior a 20.000 habitantes poderán licitar contratos non suxeitos a regulación harmonizada de concesión de servizos que se refiran á xestión de dous ou máis servizos públicos diferentes sempre e cando a anualidade media do contrato non supere os 200.000 euros, e o órgano de contratación xustifique no expediente de contratación esta decisión baseándose na necesidade obxectiva de proceder á xestión unificada dos ditos servizos.

Vemos que, para que poida aplicarse esa especialidade, deben darse unha serie de requisitos. En primeiro lugar, subxectivo, o municipio promotor do contrato debe ter unha poboación inferior aos 20.000 habitantes. En segundo lugar, que o seu obxecto sexa a concesión de dous ou máis servizos públicos cuxa anualidade media non supere a contía indicada e que polo seu importe se trate de contratos non SARH. En terceiro lugar, o órgano de contratación debe xustificar no expediente a necesidade obxectiva de xestionar de forma unificada os ditos servizos. Ademais do anterior, engádese como requisito que o PCAP precisará o ámbito funcional e territorial do contrato de concesión de servizos.

6 A xeito de conclusión

Retomando o inicio deste estudo, volvemos insistir na que, ao noso xuízo, é unha errónea localización das especialidades da Administración local na LCSP. Entendemos que un libro específico relativo a estes entes sería máis apropiado polas razóns xa apuntadas e permitiría separar por artigos moitas das cuestións que, nas actuais disposicións adicionais segunda e terceira, aparecen mesturadas.

Respecto á regulación que contén a LCSP das especialidades da Administración local, debemos sinalar que nos parece escasa, e que a natureza e o réxime xurídico da organización e do funcionamento da Administración local precisaría dunha regulación máis extensa e adaptada

a estas, con aplicación en determinados ámbitos dun réxime distinto ao da Administración estatal e a autonómica.

Ademais, e fóra da distinción que se establece entre os municipios que funcionan en réxime común e réxime de municipios de gran poboación en canto aos órganos de contratación, e algunha especialidade prevista para municipios de menos de 5.000 habitantes, cremos que sería desexable establecer maiores diferenzas dada a heteroxeneidade de entes que integran a Administración local no noso país e a problemática, coñecida por todos, da actual planta municipal.

Relacionado co anterior, cremos que merece especial referencia o papel que deben asumir as deputacións provinciais, tanto nas súas competencias de cooperación e asistencia técnica, xurídica e económica como de contratación centralizada e Administración electrónica, nos termos xa indicados.

As ditas competencias propias das administracións provinciais habilitan un amplo catálogo de servizos que estas poden prestar ás entidades municipais do seu ámbito territorial e as cales poden materializarse a través de diferentes figuras (convenios, encomendas, delegacións, programas de cooperación e outras), sendo estas ao noso xuízo imprescindibles en favor dos municipios de menor poboación, cando menos.

Sen querer afondar, é evidente que aspectos como os da preparación do expediente de contratación (en particular a redacción de prescricións técnicas), a composición das mesas de contratación, a licitación electrónica ou a contratación centralizada son materias en que as deputacións deben ofrecer aos concellos do seu ámbito territorial toda a cooperación e asistencia que lles sexa demandada.

De conformidade co exposto, non podemos deixar de formular algunha modesta proposta de *lege ferenda* en relación coa contratación pública en xeral e local en particular.

Neste sentido, avogamos, como xa se manifestou desde outras instancias⁹, pola extensión do recurso especial en materia de contratación a toda clase de contratos e independentemente do seu valor estimado, co establecemento dunha sorte de “acción pública” en materia de contratación, o que suporía ampliar os suxeitos lexitimados para impugnar, por unha total tecnificación das mesas de contratación no ámbito local (do mesmo xeito que sucede nas outras administracións), con prohibición expresa de participación nelas aos cargos electos (como xa ocorre desde o EBEP nos tribunais de selección de persoal), por unha regulación máis flexible, á vez que coherente cos principios de publicidade e concorrencia da contratación menor¹⁰, posibilitando unha publicidade “expreso” a través do perfil do contratante en calquera contratación, por pequena que sexa e evitando na medida do posible os encargos “a dedo” ao contratista de confianza, ou a tan demandada centralización na PCSP (ou outra plataforma) da remisión de toda a información a subministrar por parte das EELL,

9 Proposta de modificacións e mellora ao proxecto de Lei de contratos do sector público, polo que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello, 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, elaborado por membros do OBC: J.M. Gimeno Feliú e J.A. Moreno Molina (dirs.), e C. de Guerrero Manso, R. Fernández Acevedo, I. Gallego Córcoles, X. Lazo Victoria, T. Moreo Marroig, T. Medina Arnaiz e P. Valcárcel Fernández. Dispoñible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_2_-_Observaciones_al_Proyecto_de_Ley_29_enero_2017_Versio_n_3_2_f68c4305%232E%23pdf/chk.fdba7cd3c3540d93bae1a73a846ad1ab

10 Nesta liña sitúase o Decreto lei 1/2018 de medidas urxentes para a axilización, racionalización e transparencia de contratos do sector público de pequena contía, aprobado polo Goberno de Aragón.

establecéndose sistemas para verter datos que faciliten ese labor, todo iso sen prexuízo do incremento da transparencia e a rendición efectiva de contas.

Bibliografía

AGÜERAS ANGULO, J. M., "Luces, sombras y contradicciones de la tramitación anticipada del expediente de contratación", <http://pedrocorvinosabogado.es/luces-sombras-contradicciones-la-tramitacion-anticipada-del-expediente-contratacion/>.

TEJEDOR BIELSA, J., "No son círculos, no son concéntricos, no tienen por qué serlo... A vueltas con el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público", *Blog de espublico*, <http://www.administracionpublica.com/no-son-circulos-no-son-concentricos-no-tienen-por-que-serlo-a-vueltas-con-el-ambito-subjetivo-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/>

CAMPOS ACUÑA, C., *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

COLÁS TENAS, J., "Las especialidades de la contratación pública en la Administración local en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *Ponencia para la Federació de Municipis de Catalunya*, <https://www.fmc.cat/documents/23829/doc/Ponencia-Colas.pdf>.

As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal

Las dimensiones sociales de los contratos del sector público en Portugal

The social dimensions of public procurement in Portugal



PEDRO CRUZ E SILVA

Investigador do JusGov - Research Centre for Justice and Government
Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)
Avogado

Recibido: 10/05/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



NOTAS

Resumo: O presente artigo objetiva dar uma visão global da situação atual, na legislação portuguesa, no que concerne às possibilidades que a mesma abre para as entidades adjudicantes, através dos procedimentos de adjudicação e dos contratos subsequentes, para levar a cabo a implementação de políticas públicas horizontais; para tal, faz-se o confronto entre o texto do recém-actualizado Código dos Contratos Públicos e os requisitos nesta matéria constantes das diretivas comunitárias sobre aquisições públicas.

Palavras-chave: Políticas públicas horizontais, legislação portuguesa, procedimentos de adjudicação, diretivas comunitárias sobre aquisições públicas.

Resumen: Este artículo pretende ofrecer una visión global de la situación actual de la legislación portuguesa respecto de las posibilidades que la misma abre a las entidades contratantes, a través de los procedimientos de adjudicación y de los contratos posteriores, para llevar a cabo la implementación de políticas públicas horizontales; para ello, se confronta el texto del recientemente actualizado Código de los contratos públicos con las exigencias que, en esta materia, constan en las directivas comunitarias sobre compras públicas.

Palabras clave: Políticas públicas horizontales, legislación portuguesa, procedimientos de adjudicación, directivas comunitarias sobre compras públicas.

Abstract: By this article, it's tried to offer a global approach to the current state of portuguese law about the possibilities granted to public contractors to achieve new social and environmental policies by public procurment; in addition, it's compared the aproximation of the new portuguese public procurment law with the scope of the EU directives about the same policies.

Key words: social and environmental policies, portuguese law, public procurement, EU directives.

Abordar as dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal significa, antes de mais, falar de contratos. Significa, portanto, admitir a centralidade do contrato na esfera da ação pública. Ora, esta centralidade do contrato decorre de múltiplos fatores, dos quais

destacamos apenas três: a) a centralidade do contrato que decorre de um intensíssimo enquadramento internacional, do qual as diretivas comunitárias são apenas uma parte ou uma contribuição. Enquadramento internacional que vem já do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, de 1979, passando pelo Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos, de 1994, até à “Lei Modelo” da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, do mesmo ano de 1994. Verifica-se, desta forma, e no panorama internacional, a existência de uma teia regulatória detalhada e ambiciosa para o fenómeno dos contratos públicos, que decorre, muito provavelmente, do reconhecimento de que, segundo estimativas da Organização Mundial de Comércio, a contratação pública internacional representa cerca de 10% a 15% do PIB mundial; por outro lado, ainda há bem pouco tempo alguma imprensa europeia fazia eco do impacto financeiro do contrato como instrumento para o cumprimento das funções dos vários Estados-membros da União Europeia. Neste sentido, os números divulgados demonstram que trinta e cinco por cento da despesa pública e dezassete por cento do PIB de toda a União Europeia estão afetos à execução de políticas públicas através de contratos; b) a centralidade do contrato que decorre do facto de as fórmulas contratuais constituírem, na generalidade dos países, o “instrumento típico de normalização das relações”¹ entre as administrações públicas e a sociedade, em especial no domínio económico e nas atividades do terceiro setor ou setor social. Efetivamente, a fórmula contratual institui e normaliza (no sentido em que consolida) as relações de cooperação, de colaboração, de apoio financeiro e de sujeição de várias organizações a um controlo administrativo. A nova cultura contratual a que estamos assistindo nos últimos anos (também designada de “contract welfare”) parece especialmente desenhada para a realização de determinadas políticas públicas, introduzindo maior eficiência e eficácia na gestão e execução do serviço público, sem se perder a vigilância do titular das políticas e do serviço; c) por último, a centralidade do contrato que é normativamente imposta, isto é, que decorre da forma como o nosso Código do Procedimento Administrativo português², enquanto lei de procedimento comum, de que o Código dos Contratos Públicos será lei especial, equipara, em vários momentos e por várias formas, o contrato às demais formas do agir administrativo, isto é, o ato e o regulamento administrativo.

Admitir a centralidade do contrato nestes termos tão amplos, faz correr o risco, porém, de alargar o âmbito deste sucinto trabalho para lá das fronteiras naturais que decorrem do seu título –*As dimensões sociais dos contratos públicos*– e aporta uma muito delicada imprecisão à mensagem que queremos divulgar.

Importa, por isso, balizar o tema, definindo-o, em primeira linha, pela negativa: não abordaremos as temáticas contratuais ou as relações jurídicas contratuais que se criam entre as administrações públicas e o setor social (ou com a administração da saúde, por exemplo); mas definindo-o, também e em segunda linha, pela positiva: abordaremos a dimensão social dos contratos que estão especificamente regulados no nosso Código dos Contratos Públicos³, o equivale a dizer que, mesmo aos contratos aos quais se aplica o Código dos Contratos Públicos, isto é, aos contratos mais concorrenciais que o legislador foi capaz de

1 MARTINS, L.L., “Contrato Público e Organização Administrativa”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 673.

2 Introduzido pelo Decreto-Lei n. 4/2015, de 7 de Janeiro.

3 Introduzido pelo Decreto-Lei n. 111-B/2017, de 31 de Agosto, com entrada em vigor, na ordem jurídica portuguesa, no dia 1 de Janeiro de 2018, nos termos do artigo 13º do seu diploma preambular.

identificar –contratos de manifesto interesse industrial ou comercial, para utilizarmos as expressões legais em curso– é possível identificar preocupações sociais e, a partir deles (dos contratos), promover determinadas políticas públicas horizontais.

Estruturalmente, há um passo inultrapassável na compreensão do contrato na dinâmica da promoção de políticas públicas que se mostra resumido na seguinte questão: sempre que a administração pública lança mão de um contrato, estará, ao mesmo tempo, a executar uma política pública? Parece claro que não. Quando um determinado serviço público compra papel, ou um veículo automóvel, ou uma fotocopiadora, está, do mesmo passo, a cumprir uma política pública? Sem prejuízo da definição sempre imprecisa do que seja uma “política pública”, temos bem presente que estas aquisições não revelam, em si mesmas, nenhuma definição de políticas públicas.

Pode, pelo contrário, afirmar-se que o contrato estará ao serviço de determinadas políticas públicas quando, para além do seu conteúdo típico (partes, objeto, prazo ou preço, por exemplo), se acrescenta ao seu teor um segmento ou parte que, em condições de “normalidade contratual”, não estaria ali prevista. Isto é: o contrato assume a execução de políticas públicas quando lhe são apostas certas cláusulas “exorbitantes” ao próprio objeto contratual. O raciocínio exemplifica-se da seguinte forma: o contrato de empreitada de obra pública assumirá a vocação de promotor de políticas públicas ambientais ou sociais, por exemplo, quando exigir ao empreiteiro que, na execução da obra, utilize determinados produtos “amigos do ambiente” ou quando seja obrigado a contratar, em determinada percentagem, um número definido de desempregados de longa duração ou de pessoas com mais de cinquenta anos e em procura ativa de emprego. Era perfeitamente possível que o contrato de empreitada nada estipulasse quanto a estas obrigações “exorbitantes”, sem que isso representasse qualquer embaraço para a construção daquela obra pública em concreto. Todavia, ao invés de ser estipulada, em letra de lei, a obrigação de todos os adjudicatários de obras públicas recorrerem a certos produtos ou à contratação de certas pessoas pertencentes a determinados grupos sociais, tal obrigação passa, afinal, a constar de contrato ou dos documentos que enformam o procedimento pré-contratual, por força da disponibilidade que a lei demonstra para esse efeito –neste caso, o Código dos Contratos Públicos– determinando o cumprimento dos mesmos objetivos, mas, neste caso, por recurso ao mecanismo jurídico contratual.

Acima fizemos referência ao contexto regulador internacional da contratação pública, deixando menção de que as diretivas comunitárias são uma parte desse contexto regulador. Sendo, de facto, uma parte, as diretivas são, todavia, uma parte muito significativa dessa regulação, na medida, desde logo, em que criam obrigações específicas aos legisladores nacionais e condicionam, por esse motivo, as opções legislativas que, em cada Estado Membro da União Europeia, são oferecidas às leis, ou aos códigos, como é o caso do ordenamento jurídico português da contratação pública.

É reconhecido por todos, sem dificuldade, que a Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (de ora em diante, apenas Diretiva 2014/24/EU), relativa aos contratos públicos, deu novos impulsos a esta disciplina, configurando-se como mais uma onda, se a expressão for permitida, desta cíclica agitação que, mais ou menos de dez em dez anos, se acerca do direito das compras públicas no espaço comunitário.

Regap



NOTAS

Não foi, de facto, com esta Diretiva que se começou a falar de políticas públicas através dos contratos, ou de políticas horizontais associadas aos contratos públicos. Há um conjunto diversificado de outros instrumentos (recomendações, livros verdes⁴, e, acima de tudo, uma intensa produção judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia, tão intensa, quanto uniforme, aliás) que já reconheciam o potencial regulador da contratação pública para, sobretudo em momentos de crise, se transformar numa ferramenta que minimize os efeitos de recessões económicas e financeiras, através do incremento e da prossecução de políticas sustentáveis. Ganhou curso corrente a designação “contratação pública estratégica”, isto é, uma disciplina normativa que concilie as exigências da construção de um mercado interno, para o qual é imprescindível a efetiva concorrência dos operadores económicos nas compras públicas, com a adoção, paralelamente, de outros objetivos ou de outros desideratos, em especial no domínio social, ambiental e da inovação científica e tecnológica. Por isso se adota a expressão “políticas horizontais”⁵ para significar que estas políticas ambientais⁶ ou sociais devem ter a mesma legitimidade que qualquer outro objetivo prosseguido pela contratação pública, ou seja, na construção dos procedimentos pré-contratuais, os valores sociais ou ambientais devem valer tanto como os valores concorrenciais, de igualdade ou de transparência.

E se não foi com a Diretiva 2014/24/EU que esta abordagem começou, foi com ela, porém, que mereceu um impulso decisivo, que, de resto, vai encontrar o respetivo espelhamento no nosso Código dos Contratos Públicos, na sua redação atual. Vejamos, muito resumidamente, como.

A Diretiva é clara ao assumir uma tendencial mudança de paradigma: a contratação pública, diz-se no seu considerando segundo, deve ser encarada como um dos instrumentos de mercado a utilizar para garantir um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo no espaço comunitário, em linha com a Estratégia Europa 2020 (Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010), e, neste sentido, as regras jurídicas das compras públicas devem ser revistas, de forma a: *i)* aumentar a eficiência da despesa pública; *ii)* facilitar a participação das PME na contratação pública; *iii)* permitir a utilização dos contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. Ao longo de toda a Diretiva, perpassa um sentimento de reconhecimento de que a geração anterior das diretivas comunitárias sobre a contratação pública, de 2004, focalizando as dimensões de concorrência, de igualdade, de participação, de mercado, criando, com minucioso e rígido detalhe, vários tipos de procedimentos pré-contratuais, acabou por fazer excluir das compras públicas uma parte significativa do tecido empresarial, principalmente daquele que, agora, se tenta recuperar para as compras públicas, que são as PME. São muitas e variadas as referências às PME na Diretiva 2014/24/EU, das quais destacamos esta: *“dado o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação, é importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da presente diretiva, como através de iniciativas a nível nacional. As novas disposições previstas na presente diretiva deverão contribuir para*

4 Como, a título de exemplo, o “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, COM (2011) 15 final.

5 Entre outros, ARROWSMITH, S e KUNZLIK, P., “Public procurement and horizontal policies in the EC law: general principles”, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, em especial pp. 10-12.

6 Com manifesta atualidade, MONIZ, A.R.G., “Tutela do ambiente e preparação do procedimento de contratação pública no contexto da revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista dos Contratos Públicos*, n. 16, 2018, pp. 23 e ss.

*melhorar o nível de sucesso, ou seja, para assegurar a quota-parte das PME no valor total dos contratos adjudicados*⁷. Tributária e reveladora da tendencial mudança de paradigma da perspetiva comunitária sobre a contratação pública, colocando também o emprego e o trabalho no centro das suas preocupações, é a afirmação de que devem ser previstas regras específicas para a participação, em processos de adjudicação, de empresas que concedam oportunidades a desempregados, a membros de minorias desfavorecidas ou a grupos socialmente marginalizados⁸. Na mesma linha discursiva, a Diretiva afirma, também, a necessidade de os procedimentos adjudicatórios assegurarem o cumprimento de normas, de regras, de requisitos ambientais, sociais e laborais⁹. Como e onde se podem atingir estes desideratos? A Diretiva em análise foi capaz de identificar, pelo menos, três momentos diferentes dos procedimentos pré-contratuais que parecem adequados à assunção destes objetivos: em primeiro lugar, na aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas.

Colocadas as questões nestes termos, importa avançar, agora, para o texto do Código dos Contratos Públicos português e perceber, por recurso a alguns exemplos retirados das suas normas, como e de que forma estão nele espelhados os mecanismos de promoção de políticas públicas horizontais.

O primeiro exemplo é, simbolicamente, o da adjudicação por lotes, previsto no artigo 46º-A, mecanismo no qual o texto comunitário a que fomos fazendo referência parece depositar ostensivas (o futuro dirá se fundadas) esperanças. Aplicada ao direito das compras públicas português, a adjudicação por lotes é, apenas, uma possibilidade que se abre às entidades adjudicantes, a merecer opção se e quando a dispersão de adjudicações (e de subsequentes contratos) produzidas no mesmo procedimento for suficientemente apelativa para o decisor público. Por isso, o legislador nacional cuidou de prescrever que *“as entidades adjudicantes podem prever (...) a adjudicação por lotes”* (n. 1 do artigo 46º-A). Estabelece-se, porém e ao mesmo tempo, um dever expresso de fundamentação naqueles casos em que as compras são de valor considerável (€ 135.000,00 para a aquisição de bens ou serviços e € 500.000,00 para as empreitadas de obras públicas), por se entender –parece ser essa a interpretação razoável do preceito legal– que, nestes casos, a distribuição dos recursos públicos por vários operadores económicos encontra justificação no próprio valor pecuniário que a entidade adjudicante se predispõe a gastar junto dos respetivos mercados. Realizada, porém, a fundamentação exigida –por recurso, a título meramente exemplificativo, às razões constantes das alíneas a) e b) do n. 2 do mesmo artigo 46º-A– nada mais obriga a entidade pública à fragmentação da adjudicação. Acresce a isto que, mesmo nos casos em que tenha sido decidido o loteamento, é sempre possível à entidade adjudicante “recentrar” a adjudicação, desde que tal possibilidade esteja expressamente prevista nas peças do procedimento (n. 5 do artigo 46º-A). O legislador não o diz, mas parece ser aqui enquadrável a circunstância em que o somatório dos lotes adjudicados a diferentes operadores económicos acabe por ultrapassar, largamente, o valor pecuniário que seria dispensado no caso em que a adjudicação se fizesse apenas a um prestador de serviços ou empreiteiro (operação que não prescinde, naturalmente, da apresentação e apreciação, em concreto, das propostas dos concorrentes).

7 Considerando 124 da Diretiva 2014/24/EU.

8 Considerando 36 da Diretiva 2014/24/EU.

9 Considerandos 37 e 40 da Diretiva 2014/24/EU.

O segundo exemplo parece, contudo, ser ainda mais paradigmático: estamos a referir-nos, com precisão, aos designados “contratos reservados”, previstos no artigo 54º-A. Do que aqui se trata, portanto, é de garantir que determinados contratos das administrações públicas sejam adjudicados a empresas cujo objeto principal seja a integração social e profissional e a forma que se julgou adequada de garantir essa reserva de contratos foi a de permitir às peças do procedimento – neste caso, ao convite ou ao programa do procedimento, consoante estejamos a falar de um ajuste direto e de uma consulta prévia ou de um procedimento concursal aberto – a definição do universo dos potenciais candidatos ou concorrentes. Não se trata de prever, no critério de adjudicação, uma pontuação suplementar para empresas que promovam o emprego de pessoas com deficiência ou pessoas desfavorecidas (realidade que também existe, que, sobre a qual, alguma coisa se dirá de seguida e que, aliás, estaria razoavelmente em linha com o espírito do nosso Código dos Contratos Públicos de 2008, resultante da transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), mas sim de circunscrever, realmente, o universo daqueles que podem apresentar-se ao procedimento. Em nossa opinião, o texto legislativo ficou adequado em relação à previsão da Diretiva comunitária sobre a mesma matéria, com exceção da *ratio* dos 30% constante da segunda parte da norma, que constitui uma decisão ou uma escolha do legislador nacional.

O terceiro exemplo vem do preço ou custo anormalmente baixo, previsto no artigo 71º, e que mereceu, em nossa opinião, um tratamento de desfavor (até de alguma desconsideração) por parte da revisão do nosso Código. A proposta contendo preço anormalmente baixo passará a ser aquela que assim for qualificada em função de critérios que forem elaboradas pela entidade adjudicante, desaparecendo – com carácter legal – a previsão de uma determinada percentagem do preço base (sem prejuízo de continuar a ser possível que essa percentagem seja, afinal, um critério)¹⁰. A qualificação de uma proposta como anormalmente baixa só pode conduzir à exclusão do concorrente no caso em que os esclarecimentos por si prestados não sejam adequados e suficientes para a justificação do preço apresentado. Ora, no âmbito desses esclarecimentos, é possível ao concorrente demonstrar que a determinação de um preço bastante inferior ao preço base resultou, afinal, do cumprimento de obrigações legais em matéria ambiental, social ou laboral, isto é, o cumprimento de deveres jurídicos impostos por normas neste domínio pode determinar, em algumas circunstâncias, que o preço proposto para a venda de um bem, de um serviço ou de uma obra seja, afinal, consideravelmente inferior ao preço estipulado, *a priori*, pela entidade adjudicante. Apesar de colocadas as coisas nesta perspetiva pelo texto legal, somos da opinião, porém, que a análise que faz mais sentido é, precisamente, aquela que arranca da perspetiva oposta, isto é: a entidade adjudicante estabelece determinado preço base porque reconhece, por exemplo, que os custos laborais aplicáveis ao contrato que se propõe realizar estão legalmente enquadrados em instrumento de regulação coletiva de trabalho e que, portanto, é aparentemente impossível aos concorrentes apresentar preço inferior a determinado patamar, sob pena de compressão, ilegal, dos salários devidos aos trabalhadores. Pensamos que é para esta perspetiva – positiva e preventiva, se a expressão nos for consentida – que aponta a legislação comunitária e não para a perspetiva, definida pela negativa, que é exposta pelo texto legal do nosso Código dos Contratos Públicos.

10 Para mais, entre outros, FERNANDES, D.M., “O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante”, *Revista dos Contratos Públicos*, n. 16, 2018, pp. 93 e ss.

O quarto e último exemplo (outros mais haveria a disponibilizar, como a matéria das especificações técnicas do artigo 49º, por hipótese, mas as limitações de espaço não o concedem) vem do critério de adjudicação e, em especial, das novas fórmulas de densificação dos seus fatores e subfactores. Na vigência do nosso Código anterior¹¹, uma parte significativa da jurisprudência e de alguma doutrina nacional impôs a proibição de valoração das equipas ou das pessoas (dos quadros técnicos) dos concorrentes, na medida em que o então artigo 75º deixava expresso que o critério de adjudicação se há-de densificar em aspetos da proposta e não em qualidades ou atributos dos concorrentes, o que encontrou respaldo, aliás, em algumas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial o conhecido “Acórdão Lianakis”¹². Ora, o que a revisão do Código traz de novo em relação a esta matéria é a precisão de que a apreciação dos “aspetos da execução do contrato a celebrar”, para utilizarmos já a expressão legal prevista no n.1 do revisto artigo 75º, pode compreender, entre vários outros fatores, também a organização, a qualificação e a experiência do pessoal que, em concreto, será encarregue da execução do contrato em questão. Ou seja: mantém-se a proibição de valoração de qualidades ou características dos concorrentes (n. 3 do artigo 75º), mas passa a admitir-se que os fatores que densifiquem o critério de adjudicação tenham em atenção não as características abstratas (ou não diretamente relevantes para a execução do contrato em concreto) dos concorrentes, mas as aptidões das pessoas que, especificamente, sejam mobilizadas para a execução do contrato¹³. Ora, esta formulação abre, claramente, a porta para que as entidades adjudicantes criem, nos seus critérios de adjudicação, fatores que premeiem a contratação de desempregados de longa duração, desde que essas pessoas sejam, em concreto, as responsáveis, total ou parcialmente, pela execução do contrato. O que, nestas circunstâncias, se torna obrigatório é que o próprio contrato já preveja as fórmulas de controlo desta obrigação (n. 6 do artigo 75º), o que, no fundo, equivale a reconhecer que a definição de políticas sociais no momento do critério de adjudicação obriga a uma via bipartida: (i) fixação dos fatores do critério de adjudicação no programa do procedimento e (ii) especificação das obrigações contratuais que decorrem dessas políticas sociais no caderno de encargos. Ora, é à luz do artigo 75º, em especial da forma como o legislador gizou os fatores ou subfactores que densificam o critério de adjudicação que melhor se pode compreender o (confusamente) previsto no n. 2 do artigo 1º-A do Código dos Contratos Públicos: a obrigação aí imposta às entidades adjudicantes só pode ser cumprida no momento da execução do contrato e através dos mecanismos que, em concreto, o próprio contrato seja capaz de estabelecer. Do mesmo artigo 75º ressalta outra novidade, com especial importância no domínio ambiental, já que é para aí que está expressamente direcionado o próprio teor do seu n. 7, que é o designado “cálculo dos custos do ciclo de vida”, que parece apontar, em primeira linha, mais para uma fórmula de fixação de custo do contrato (o que tem muita importância porque o custo pode ser equivalente ao valor e é a partir do valor que se determina a escolha do procedimento –artigo 18º do Código dos Contratos Públicos– não através do preço base) do que para fatores de adjudicação propriamente ditos. Não retiramos importância ao tema, como é evidente, até porque se adivinham bastantes dificuldades na sua aplicação prática, mas no contexto das políticas sociais, assumem uma importância moderada, na medida em que, como referimos,

11 Introduzido pelo Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de Janeiro.

12 Acórdão do TJUE de 24 de Janeiro de 2008 – Proc. C-532/06.

13 O que, aliás, foi expressamente admitido pela decisão proferida pelo TJUE no seu “Acórdão Ambisig” (C-601/13), suscitado, de resto, em Portugal.

este cálculo, sendo decomposto em várias possibilidades, nos parece claramente vocacionado para a compreensão do real ou verdadeiro custo de um contrato, em comparação com o custo ficcionado ou aparente, que é, em muitos casos, o custo de aquisição.

Encerramos o presente trabalho com duas notas telegráficas: a) por um lado, e em jeito de balanço reflexivo, o Código dos Contratos Públicos português parece incorporar o essencial da diretiva comunitária sobre contratos públicos em matéria de promoção de políticas sociais, laborais ou ambientais, tanto ao nível das soluções substantivas como ao nível dos momentos procedimentais pré-contratuais em que essa promoção se pode realizar. A Diretiva escolhia, em primeiro lugar, a aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes, o que foi conseguido em sede de contratos reservados; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão, o que foi conseguido em sede de densificação dos fatores e subfactores do critério de adjudicação; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas, o que foi feito em sede de justificações às propostas com preço anormalmente baixo; b) por outro lado, o nosso Código não deixou de reconhecer que a promoção de políticas sociais justas pode passar pela assunção destes compromissos nos momentos adequados dos procedimentos pré-contratuais públicos, mas também pode passar pelo reconhecimento de que alguns contratos de serviços sociais podem merecer a exclusão da aplicação da Parte II (onde se encontram previstos os tipos de procedimentos pré-contratuais públicos) do Código. Ou seja, mesmo nos casos em que estejamos perante contratos concorrenciais –desde logo, os previstos no Anexo IX ao mesmo Código– o escasso interesse transfronteiriço desses contratos, desde logo, ou a especial sensibilidade que sempre comportam os serviços à pessoa, noutra dimensão, pode justificar que as entidades adjudicantes não tenham que passar pelo crivo dos procedimentos pré-contratuais previstos no Código. É o que se mostra previsto no artigo 6º-A, em estreita harmonia com o disposto sobre a matéria na Diretiva 24/2014/EU (seus considerandos 114 e 115) e que demonstra uma via dupla para determinados contratos com ambições sociais, se nos for concedida a expressão: nuns casos, submissão à disciplina do Código dos Contratos Públicos, noutros casos, exclusão de aplicação do mesmo Código, ou melhor dito, exclusão de aplicação da sua Parte II.

Bibliografia

- ARROWSMITH, S e KUNZLIK, P., “Public procurement and horizontal policies in the EC law: general principles”, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- FERNANDES, D.M., “O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante”, *Revista dos Contratos Públicos*, n. 16, 2018.
- MARTINS, L.L., “Contrato Público e Organização Administrativa”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MONIZ, A.R.G., “Tutela do ambiente e preparação do procedimento de contratação pública no contexto da revisão do Código dos Contratos Públicos”, *Revista dos Contratos Públicos*, n. 16, 2018.

Contratação pública local: perspectivas de modificação do ordenamento brasileiro a partir da nova Lei de contratação pública na Espanha

Contratación pública local:
perspectivas de modificación
del ordenamiento brasileño
a partir de la nueva Ley de
contratación pública en España

Public procurement local: prospects
for modification in Brazilian
planning from the new public
procurement Law in Spain

55 Regap

Regap



NOTAS

RICARDO HERMANY*

Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas
Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC
hermany@unisc.br

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO**

Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC
Avogada
betielisauzem@yahoo.com.br

Recibido: 05/06/2018 Aceptado: 12/06/2018

Resumo: O presente artigo centra-se em examinar a Lei 8.666/93 e o Projeto de Lei 6.814/2017 (nova Lei de Licitações), com perspectivas de verificar as contribuições que à nova Lei de Contratações do Setor Público na Espanha pode dar respaldo aos contratos públicos em âmbito local no Brasil. Se justifica tal pesquisa pela necessidade de se modificar o ordenamento brasileiro quanto os contratos administrativos e licitações. O problema de pesquisa evidencia-se –com base na Lei 9/2017 dos Contratos do Setor Público na Espanha– com as seguintes indagações: qual tratamento a referida norma dá aos entes locais, em especial se estabelece critérios diferenciados quanto a dimensão populacional dos municípios? E ainda, como tal normativa pode contribuir para as modificações na legislação brasileira? Assim, visando responder o objeto da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, aborda-se o princípio da subsidiariedade como base teórica da descentralização e do federalismo no Brasil; segundo, faz-se uma análise das diretrizes da contratação pública local no Brasil, realizando um comparativo entre a Lei 8.666

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutor em Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. E-mail: hermany@unisc.br

** Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa CAPES, modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br

de 1993 frente ao Projeto de Lei 6.814 de 2017; por fim, analisa-se a Lei 9/2017, a qual trata da contratação do setor público espanhol como subsídio ao debate do novo regramento dos contratos no Brasil. A pesquisa utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento o bibliográfico. A partir destas premissas pode-se concluir que a legislação espanhola traz normas diferenciadas conforme o número de habitantes nos municípios, bem como tal normativa pode influenciar na modificação da legislação brasileira, em matéria de licitações e contratos, no sentido de se estabelecer regras conforme o escalonamento dos entes locais.

Palavras-chaves: Descentralização e federalismo, Lei 8.666/93, Lei 9/2017 da Espanha, Princípio da Subsidiariedade, Projeto de Lei 6.814/2017.

Resumen: Este artículo se centra en examinar la Ley 8.666/93 y el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva Ley de licitaciones), con la perspectiva de verificar las contribuciones que la nueva Ley de contratación pública española pueda aportar a los contratos públicos locales en Brasil. Tal investigación queda justificada por la necesidad de modificar el sistema brasileño, en cuanto a los contratos administrativos y licitaciones. El problema de investigación se evidencia –basándose en la Ley 9/2017 de los contratos del sector público en España– con las siguientes preguntas: ¿qué tratamiento da esta ley a las autoridades locales, en particular si establece criterios diferenciados con respecto al tamaño de la población de los municipios? Y, además, ¿cómo tal normativa puede contribuir a las modificaciones en la legislación brasileña? De este modo, con el objetivo de responder al objeto de la investigación, se ha dividido la investigación en las siguientes fases: primera, se aborda el principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y del federalismo en Brasil; en segundo lugar, se hace un análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, comparando la Ley 8.666 de 1993 frente al Proyecto de Ley 6.814 de 2017; finalmente, se analiza la Ley 9/2017, la cual trata sobre la contratación del sector público español como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil. La investigación utiliza el enfoque del método hipotético-dedutivo y el procedimiento bibliográfico. A partir de estas premisas, se puede concluir que la legislación española tiene normas diferenciadas en los municipios dependiendo del número de habitantes, y que dicha legislación puede influir en la modificación de la legislación brasileña, en materia de licitaciones y contratos, con el fin de establecer reglas conforme al escalonamiento de las entidades locales.

Palabras clave: Descentralización y federalismo, Ley 8.666/93, Ley 9/2017 de España, principio de subsidiariedad, Proyecto de Ley 6.814/2017.

Abstract: This article focuses on examining the law of 8.666/93 and the project of law 6.814/2017 (new bidding law), with prospects to check the contributions that the new law on public sector contracts in Spain can give support to public procurement in locally in Brazil. Such research is justified by the need to change the Brazilian planning, as administrative contracts and tenders. The problem of research evidence, based on 9/2017 Law of public sector contracts in Spain, the following questions: which treatment that gives the local standard, particularly if different criteria about the size the population of the municipalities? And yet, as such rules may contribute to changes in Brazilian legislation? So, to answer the search object, divided the investigation in the following moments: first address-if the principle of subsidiarity as theoretical basis of decentralization and federalism in Brazil. In the second, an analysis of local public procurement guidelines in Brazil, making a comparison between the law 8.666 of 1993 front project of law 6.814 of 2017. Finally, analyze the law 9/2017, which deals with the recruitment of the Spanish public sector as grant to the debate on the new Bill of contracts in Brazil. The research uses the hypothetical-deductive method approach and the bibliographic procedure. From these premises it can be concluded that the Spanish legislation brings standards differentiated according the number of inhabitants in the municipalities, as well as such regulations may influence the modification of Brazilian legislation about tenders and contracts, to establish rules as the escalation of local ones.

Key words: Decentralization and federalism, Law 8.666/93, Law 9/2017 of Spain, Principle of subsidiarity, Project of Law 6.814/2017.

Sumario: 1 Notas introdutórias. 2 O princípio da subsidiariedade como base teórica da descentralização e federalismo no Brasil. 3 Diretrizes da contratação pública local no Brasil: comparativo da Lei 8.666/93 frente ao projeto de lei que tramita no Congresso Nacional para as novas regras dos contratos administrativos. 4 As contribuições da nova Lei de contratação pública da Espanha como subsídio ao debate do novo regramento dos contratos no Brasil: um enfoque na diferenciação de requisitos em virtude da dimensão populacional dos entes locais. 5 Considerações finais.

1 Notas introdutórias

Em 1993 surgiu a Lei Federal 8.666 (Lei de Licitações); a partir de então, esta se tornou uma das ferramentas mais utilizadas pela administração pública –direta e indireta– para à gerência do dinheiro e dos bens públicos, visando a boa aplicação dos recursos no momento oportuno e conveniente. Tal lei versa sobre serviços de publicidade, alienações, compras, concessões, locações e permissões da administração pública, observando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Porém, com o passar dos anos são necessárias algumas modificações na legislação referente a licitações e contratos públicos e com a tramitação do Projeto de Lei 6.814/2017, no Congresso Nacional, analisar-se-á se tal projeto atende demandas referentes aos entes locais com menor número populacional.

Para a realização desse estudo, observou-se a Lei 9/2017, de 8 de novembro, a qual trata dos contratos do setor público na Espanha, e a partir disso surgiram as seguintes indagações: a) que tratamento tal norma dá aos entes locais e, em especial, estabelece critérios diferenciados quanto a dimensão populacional dos municípios? E ainda, como tal normativa pode contribuir para as modificações na legislação brasileira de licitações e contratos administrativos?

Visando responder o problema da pesquisa, adotou-se o método de investigação hipotético-dedutivo e de abordagem o bibliográfico, dividindo-se à investigação em três momentos. Primeiramente, abordar-se-á o princípio da subsidiariedade como base teórica da descentralização e do federalismo no Brasil.

No segundo momento, far-se-á uma análise das diretrizes da contratação pública local no Brasil, realizando um comparativo entre a Lei 8.666 de 1993 frente ao Projeto de Lei 6.814 de 2017, que tramita no Congresso Nacional para estabelecer novas regras para os contratos administrativos. Por fim, analisar-se-á a Lei 9/2017, a qual trata da contratação do setor público espanhol como subsídio ao debate do novo regramento dos contratos no Brasil.

O presente artigo se justifica buscar a verificação de como a lei de contratos do setor público da Espanha pode contribuir para o melhoramento da Lei de Licitações e contratos brasileira, com referência ao tratamento dos entes locais, em especial quanto a dimensão populacional dos entes locais.

2 O princípio da subsidiariedade como base teórica da descentralização e federalismo no Brasil

O princípio da subsidiariedade ganhou destaque em conjunto com o federalismo cooperativo, eis que sua primeira referência teve origem nas lições de Aristóteles, bem como na encíclica papal *Quadragesimo anno* de Pio XI e também pode ser localizado na Carta Europeia de Autonomia Local, a qual foi consolidada em Estrasburgo, no dia 15 de outubro de 1985, sendo que nesse instrumento pode-se encontrar a citação de elementos que caracterizam o Princípio¹.

1 MARTINS, M.S.D'O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra, 2003.

Desse modo, o exercício das responsabilidades públicas deve encarregar, preferencialmente, às autoridades que forem mais próximas dos cidadãos. Em vista disso a imputação de uma responsabilidade para outra autoridade tem que levar em conta a natureza da tarefa e a amplitude, e ainda as exigências de economia e eficácia².

Assim, o princípio da subsidiariedade apresenta duas dimensões, sendo elas: uma vertical, na qual permeasse o máximo de competências a nível menor; e outra horizontal, que se insere no espaço local próprio, bem como compartilha o poder entre sociedade e governo³.

Consequentemente, a subsidiariedade se expressa através do que pode ser feito por uma sociedade, não podendo ser realizada por um ente maior, pois traz a ideia de supremacia da sociedade frente ao Estado, bem como insere o poder público diante do poder de decisão, tornando-se evidente a adoção de tal princípio no ordenamento brasileiro quando o mesmo se legitima através da repartição de competências, da descentralização política e das iniciativas privadas e comunitárias. Contudo, a exceção do princípio se configura quando as instâncias menores não são aptas –do ponto de vista da economia e da eficiência– para executar determinadas atribuições⁴.

Assim, o princípio da subsidiariedade, se for interpretado como um argumento para se restringir ou conter a intervenção do Estado, detém amplo domínio na aplicação, em exemplo, no âmbito do Estado, no caso do federalismo brasileiro, pode-se citar: o município como ente menor da federação, possui a capacidade de autogovernar e de solucionar de maneira simples as questões que o afetam diretamente; a repartição de competências revela, sob a ótica do princípio da subsidiariedade, que as entidades federativas são subsidiárias uma das outras, nas competências, ou seja, para à União só pode realizar o que o estado-membro ou o Distrito Federal não puderem fazer, e para o Estado-membro só se cobra aquilo que os municípios não puderem realizar⁵.

Ao passo que a subsidiariedade confere condições para a soberania do indivíduo, pelo fato de aproximar o diálogo do cidadão, estimulando a sua participação política, trazendo uma abertura ao diálogo pluralista e com as minorias. Bem como remete-nos a uma perspectiva de valorização dos espaços que são mais próximos do cidadão, assim, fortalecendo as estratégias de decisão formuladas no âmbito local de poder.

Ademais, o princípio da subsidiariedade não está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, mas é possível localizá-lo por meio da leitura combinada entre os artigos 1º, 18 e 34, inciso VII, alínea “c” da Constituição⁶. Portanto, a leitura subentendida do princípio supracitado, presente na Constituição, está relacionada com o modelo federativo

2 MARTINS, M.S.D'O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, cit.

3 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

4 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

5 CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] c) autonomia municipal. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, Brasília, 5 out., 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> (28 de maio de 2018)).

adotado, onde a organização descentralizada do Estado se destaca como um espaço favorável à aplicação deste princípio, sendo que, o federalismo permite a formação de uma base organizacional consideravelmente adequado para que a subsidiariedade desenvolva seu conteúdo e extensão⁷.

Desta forma, pode-se afirmar que a subsidiariedade assume um papel importante para os municípios e os cidadãos na busca pela cidadania ativa no âmbito local. A subsidiariedade, como um critério definidor de competências no âmbito interno, se mostra extremamente equilibrada e ponderada, bem como evidencia a importância do espaço de poder, em especial nos municípios. Eis que, a partir da noção de subsidiariedade, não apenas as estruturas institucionais locais são valorizadas, como também a articulação dos atores sociais tanto na sua relação cotidiana quanto nos espaços institucionais.

Assim, no plano político, tal princípio traduz-se através do princípio federativo, o qual se emprega como critério de repartição de competência entre as esferas federativas, quer como uma regra para a solução de conflitos de atribuições que existam entre elas, buscando com isso o fortalecimento do poder local e a manutenção da gestão administrativa o mais próximo dos cidadãos. Com isso, implicar a definição de que tarefas cumprirão as instancias menores e quais devem ser realizadas pelos entes maiores e central⁸.

Portanto, tal princípio contribui para o federalismo cooperativo, o qual representa uma forma ideal de relações entre governos fundamentadas na divisão de tarefas, tendo-se uma mistura entre as atividades dos entes federados, assim se fazendo necessário alguns mecanismos que busquem viabilizar as ações conjuntas nas políticas garantindo, desse modo, a participação e a representação de todos os atores da federação⁹.

O sistema de cooperação entre os governos se inicia pelo reconhecimento de que cada uma das unidades têm o dever de colaborar com as demais visando orientar, coordenar e controlar o processo político-administrativo. Ao passo que os recursos e a capacidade de execução vêm distribuídos de maneira desigual e por esta razão se justifica o sistema de cooperação, o qual adota condições mínimas para desempenhar o papel dentro da estrutura¹⁰.

Desse modo, o federalismo cooperativo, se concretiza na repartição de competências verticais, fundamentando-se no fato de que o governo central, regional e local tem como objetivo o desempenho da tarefa estatal que beneficie o cidadão. Devendo o federalismo assumir uma cooperação subsidiária ao fornecer auxílio aos entes menores, quanto estes não conseguirem realizar as tarefas sozinhos¹¹.

7 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

8 TORRES, S.F., *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

9 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

10 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, cit.

11 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, cit.



Nesse sentido, existe uma lacuna no artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal de 1988¹², eis que, deveria estabelecer normas para cooperação entre entes federativos, buscando executar competências comuns, destinando aos estados e municípios as atividades de execução, afastando à União, que é encarregada de estabelecer diretrizes e políticas nacionais¹³.

Pode-se afirmar que os municípios, junto com os estados e à União, detêm poder estatal, legitimamente, dentro do território. Sendo a autonomia tanto de natureza política quanto administrativa. Logo a eletividade da administração e o interesse local formam um dos dois princípios que são a base de formação da estrutura municipal¹⁴.

Todavia, mesmo que o município seja uma entidade intermediária entre o Estado e os indivíduos, é através dele que o princípio da subsidiariedade se concretiza, contanto que o indivíduo local não seja considerado como um ser utópico, isto é, deve ser visto como um ser concreto, sendo apontado como um cidadão, vizinho, contribuinte e participe diretamente na condução e fiscalização das atividades em âmbito administrativo, político e prestacional¹⁵.

Assim, salienta-se que, conforme previsto no artigo 18, caput da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o modelo federalista para a divisão espacial do poder entre os entes (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios), os quais são dotados de autonomias.

Sendo vedado o direito de secessão para todos os entes da federação, em qualquer hipótese ou condição, vedação esta que decorre da indissolubilidade do vínculo federativo, conforme previsão do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶, onde a forma federativa no Brasil possui status de cláusula pétrea, como previsto no artigo 60, § 4º, inciso I da Constituição¹⁷, vedando à abolição da federação.

A Constituição Federal expressou no seu texto, de acordo com Tavares (2012), que os municípios compõem a federação e são dotados de autonomia, eis que, é possível verificar tal posicionamento nos artigos 1º, 18 e 34. Desse modo, o art. 1º expressa que a República brasileira é formada pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e Distrito Federal. Já o artigo 18 retrata que a organização político-administrativa brasileira é composta pela União, pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios. E o artigo 34 reconhece e assegura à autonomia municipal.

A Constituição Federal de 1988, dessa maneira, não estabeleceu a federação descentralizada o todo, mas estabeleceu à descentralização das partes, passando a ter três ordens de poder, isto é, a ordem total –a União–, as ordens regionais –os estados-membros–, e as

12 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

13 KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, Oficina Municipal, São Paulo, 2003.

14 KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, cit.

15 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

16 TAVARES, A.R., *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

17 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

ordens locais –os municípios–. Logo a ordem total ao mesmo tempo que prevê e reconhece os estados-membros, concedendo-lhes competências e rendas, também, prevê e reconhece os municípios, dando-lhes competências e rendas¹⁸.

Destaca-se que o reconhecimento dos municípios como entes federados dotados de autonomia é uma singularidade do Estado brasileiro, pois os demais estados federados não atribuem para os seus entes locais a capacidade de autoadministração, autogoverno e auto legislação¹⁹.

Assim, a autonomia municipal se consagra com o processo de descentralização administrativa, política e financeira, repartida entre os entes da federação –União, estados-membros e municípios– consubstanciada em princípios norteadores que são capazes de fornecer bases legítimas para se auto organizar²⁰.

A Constituição abandonou a repartição de competências presente nas constituições anteriores, passando a externar um federalismo cooperativo e de equilíbrio. Com isso, se estruturou um sistema complexo composto por competências privativas, repartidas de forma horizontal, por competências concorrentes, repartidas de forma vertical, se autorizando, também, a participação das ordens parciais no âmbito das competências próprias na ordem central, através de delegação²¹.

Então sob o aspecto formal, os municípios brasileiros são entidades territoriais locais investidas de autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício das suas atribuições eles atuam com absoluta igualdade de condições com as outras esferas governamentais, ou seja, os atos praticados pelos municípios não dependem de autorização previa ou de ratificação posterior de qualquer outra entidade estatal²².

A Constituição adotou a classificação de competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme o artigo 23, incisos I ao XII, e parágrafo único. Eis que, nas competências comuns, todos os entes federativos buscam o exercício de ações cooperativas acerca de certas matérias, tendo este sistema de competências como princípio basilar o interesse, sendo assim, cabe a União questões e matérias referentes ao interesse geral, para os estados-membros pertence as matérias relacionadas ao interesse regional, e aos municípios pertence os assuntos que sejam referentes ao interesse local.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 enumerou um rol de competências municipais, nos seus artigos 29 a 31, §§ 1º, 2º, 3º e 4º. Sendo que os municípios, com a enumeração das suas competências, se tornam entes federados e dotados de autonomia, tendo poder para elaborar suas próprias leis orgânicas, sendo elas elaboradas pelo Executivo ou Legislativo, sem que sofram interferência dos estados ou União.

Quanto aos contratos administrativos e as licitações, prevê para à União a competência de editar normas gerais, as quais se aplicam a todos os entes. Bem como à União, os

18 CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, cit.

19 MEIRELLES, H.L., *Direito administrativo brasileiro*, 36ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.

20 ZIMMERMANN, A., *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

21 ALMEIDA, F.D.M., *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2000.

22 MEIRELLES, H.L., *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

estados-membros e os municípios, detêm competências legislativas em matéria de contratos e licitações, dentro do âmbito dos interesses locais.

Desse modo, o interesse local se entende não como um interesse exclusivo dos municípios, ou seja, o que o caracteriza e o define é a predominância do interesse dos municípios sobre o dos estados ou da União²³. Para que seja possível a identificação das competências dos estados-membros e município, é necessário estabelecer a definição das normas gerais tocante as competências da União, conforme previsão do artigo 22, XXVII da Constituição²⁴.

Consequentemente, apenas as “normas gerais” são de observância obrigatória para as demais esferas do governo, os quais têm liberalidade para regular de forma diversa o restante, dispondo sobre “norma específica”. Logo, os demais entes federativos dispõem também de competência para legislar sobre licitações e contratos administrativos.

Dessa maneira, à União, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, detém competência para dispor sobre contratos e licitações através da Lei Federal n. 8.666/1993, sendo tal norma obrigatória a todos os entes da federação. E também existem competências privativas aos entes federativos –estados e municípios– para editarem normas especiais. Logo, eventual omissão da União em editar normas gerais não poderá ser obstáculo aos demais entes federativos para o exercício de suas competências²⁵.

Por todo o exposto, percebesse que o princípio da subsidiariedade é a base teórica que retrata a necessidade da descentralização, bem como fortalece a ideia do federalismo no Brasil, tendo como referencial a justiça e a liberdade. O federalismo no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 “inovou” ao prever os municípios como entes federados dotados de autonomia, ao passo que tal autonomia permite aos municípios a contratação administrativa de forma autônoma.

Desse modo, passa-se a análise das diretrizes da contratação pública local no Brasil, estabelecendo um comparativo entre a atual lei de contratos e licitações (Lei 8.666 de 1993) e o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, visando a revogação da atual lei, prevendo novas regras para contratos administrativos e licitações.

3 Diretrizes da contratação pública local no Brasil: comparativo da Lei 8.666/93 frente ao projeto de lei que tramita no Congresso Nacional para as novas regras dos contratos administrativos

O processo licitatório, executado, se caracteriza como um instrumento importante, o qual é utilizado pela administração pública para aplicação do dinheiro público, onde se seleciona a proposta mais vantajosa, no momento conveniente e oportuno, em benefício do atendimento

23 MEIRELLES, H.L., *Direito Municipal Brasileiro*, cit.

24 Art. 22, Constituição federal: Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; [...]. (BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, cit.).

25 JUSTEN FILHO, M., *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010.

ao interesse da coletividade, assegurando, deste jeito, a obediência aos princípios norteadores –tanto dos atos procedimentos licitatórios quanto dos atos administrativos– e mobilizando, também, as compras públicas²⁶.

Em vista disso a licitação se constitui como um procedimento administrativo, indispensável às entidades governamentais, devendo se analisar a igualdade entre os participantes, elegendo a melhor proposta dentre às expostas pelos interessados, devendo preencher os requisitos mínimos fundamentais para a efetivação das obrigações propostas.

Assim sendo, a contratação pública pode ser definida como uma unidade de procedimentos para que a obrigação de licitar se constitua como mecanismos céleres. A Lei 8.666/93 –estatuto das licitações e contratos– regula seus procedimentos.

Consequentemente, as licitações não serão sempre iguais, as quais obedecem em razão de certas exigências regimes jurídicos diversos que concretizam as suas espécies e modalidades. Portanto, as modalidades são várias espécies de licitações conforme os regimes jurídicos correspondentes; assim, as modalidades de licitações variam conforme as formalidades e a quantidade²⁷.

A necessidade de licitar está expressa na Constituição Federal de 1988, conforme o artigo 37, inciso XXI²⁸, o qual expõe que toda contratação pública, via de regra, tem à obrigação de ser realizada por meio de processo licitatório. Sendo importante citar as exceções previstas a obrigação de licitar, ou seja, trata-se dos casos em que a licitação é dispensável ou inexigível, devendo o órgão público justificar os motivos de não ter licitado, eis que tal conduta reforça o caráter obrigatório dos processos licitatórios, de acordo com Juruena e Marques (2016).

O artigo 3º da Lei 8.666/93²⁹ expõe que as licitações se destinam a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia, ao selecionar a proposta mais vantajosa à administração, visando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Destacam Fraga e Nunes (2016) que, por meio da leitura do texto constitucional, interpreta-se que todo serviço público realizado no país deve respeitar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, tendo em vista a finalidade pública decorrente. Ademais, são objetos passíveis de licitação as obras e serviços, as compras, a alienação de

26 JURUENA, C.G. e MARQUES, M.P., “Casos emblemáticos envolvendo o controle de licitações públicas de municípios da região do vale do Rio Pardo: uma análise a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F. e Juruena, C.G. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

27 GASPARINI, D., *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2002.

28 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, cit.).

29 Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018)).

bens, as concessões e permissões de serviços públicos, as locações de bens públicos, as concessões e as permissões par ao uso privativo de bem público.

Desse modo, o objeto da licitação determinado, exhibe duas formas pelas quais este poderá ser licitado, sendo eles: o edital, em regra, e por meio da modalidade de carta convite, conforme o artigo 22, §3º da Lei 8.666. O procedimento licitatório, conforme o artigo 38 da Lei 8.666/93, tem início em sua fase interna –denominada também como fase preparatória–, a qual começa pela abertura do processo administrativo, contendo a descrição breve do objeto a ser licitado e do recurso próprio para a despesa³⁰.

Após a fase interna, de acordo com os autores, inicia-se a fase externa do procedimento licitatório, sendo que esta começa no momento em que a licitação se torna pública. Logo, a primeira etapa desta fase se configura pela publicação e divulgação do ato convocatório; assim, o artigo 43 da Lei 8.666/93 traz todos os atos da fase externa. O primeiro deles é a abertura dos envelopes que contem a documentação para a habilitação dos concorrentes, em segundo ocorre a devolução dos envelopes aos concorrentes que não foram habilitados, desde que não tenha havido algum recurso. Em terceiro a abertura dos envelopes daqueles que foram habilitados, e no quarto momento a verificação da conformidade de cada proposta e acordo com os requisitos do edital. Em quinto ocorre o julgamento e a classificação das propostas. E, por último, a deliberação da autoridade competente para a homologação e adjudicação do objeto ora licitado³¹.

Conseqüentemente, conforme as necessidades da administração pública, esta poderá se valer de várias modalidades para a realização da licitação, sendo elas: a concorrência, a tomada de preço, o convite, o concurso e o leilão, conforme previsto no artigo 22, incisos I ao V, da Lei 8.666/93. Bem como as modalidades de pregão, com previsão legal na Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, e do regime diferenciado de contratações, previsto na Lei 12.462 de 04 de agosto de 2011.

A modalidade de concorrência está prevista no 22, §1º, da Lei 8.666/93, sendo considerada como a modalidade mais complexa das licitações. Podendo ser utilizada em qualquer tipo de contrato, inclusive de alienação de bens e direitos, tornando-se obrigatória a sua utilização para obras e serviços de engenharia, onde o valor venha a ultrapassar R\$ 1.500.000,00 ou para compras e serviços R\$ 650.000,00.

O artigo 22, §2º da Lei 8.666/93 prevê a modalidade de tomada de preço, prestando-se a celebração de contratos referentes a obras, serviços e compras de menor vulto do que os exigidos na concorrência³². Ou seja, compras e serviços com valor até R\$ 650.000,00 e serviços de engenharia que não ultrapassem R\$ 1.500.000,00. Aqui podem participar somente aqueles cadastrados previamente, ou que tenham preenchido os requisitos de participação com até 48 horas antes da data prevista.

Já a modalidade convite tem previsão no artigo 22, §3º da Lei 8.666/93, sendo utilizada na contratação de menor valor, o qual tem um procedimento mais simples, ou seja, de valores de até 80.000,00 e obras e serviços de engenharia de até 150.000,00. Podem participar

30 ALEXANDRINO, M. e PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.

31 BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.

32 ALEXANDRINO, M. e PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

apenas os convidados pela administração pública e outros interessados então cadastrados e que requeiram a extensão do convite por 24 horas antes da apresentação das propostas.

A modalidade de licitação concurso se destina a atribuição de seleção de produção intelectual ou de prêmio, isto é, tem como objetivo a escolha de trabalhos científicos, técnicos ou artísticos, conforme o artigo 22, §4º da Lei 8.666/93. E a modalidade leilão é utilizada para a alienação de bens e direito pelo maior preço, como está disposto no artigo 22, §5º da Lei 8.666/93. A modalidade pregão foi instituída pela MP 2.026/2000, a qual foi transformada na Lei 10.520/2002, veiculando normas gerais, de caráter nacional, em matéria de licitações públicas. Assim, nesta modalidade é utilizada –pela União, pelos estados, Distrito Federal e municípios– para a aquisição de bens e serviços comuns, com qualquer valor de contrato³³.

A Lei 8.666 de 1993 prevê diversos casos em que a administração pode ou deve deixar de realizar licitações, tornando-as dispensada, dispensáveis e inexigíveis. Os casos de dispensa estão previstos nos parágrafos 2º e 4º do art. 17; e no artigo 24 da Lei 8.666/93³⁴. De retardamento na execução de obras e serviços, conforme art. 8º, parágrafo único, parte final, da Lei 8.666/93. E situações de inexigibilidade, conforme art. 25 da Lei 8.666/93.

Ademais, a Lei 8.666 de 1993 não dispõe de muitos mecanismos que facilitem e promovam a realização do controle social³⁵, em acompanhamento aos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos, eis que, apenas, no seu artigo 39³⁶ prevê que os procedimentos licitatórios tenham início através de audiência pública, somente nos casos que os valores ultrapassem R\$ 150.000.000,00.

A previsão de audiência pública, obrigatória e prévia à publicação do edital nas licitações de valores mais levados, visa ampliar o acesso à informação referente aos contratos a serem firmados com a administração. Todavia, em âmbito local, percebe-se que o controle social e a ampliação ao acesso à informação, através de audiências públicas, encontra-se fragilizado, pois este somente é permitido para processos licitatórios com valores altíssimos, assim, demonstra-se o descuido com processos licitatórios que envolvam valores menores, os quais, frequentemente, são utilizados pelos gestores municipais, desse modo, tal fato pode prejudicar a população nos municípios.

E ainda, ressaltasse que pelo fato do Brasil ser composto por 5.570 municípios, onde os quais, na maioria das vezes têm um orçamento com valores pequenos e inferiores a quantia prevista como requisito para o início licitatório por meio de audiência pública, dificulta-se

33 ALEXANDRINO, M. e PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

34 O artigo 24 nos incisos I e II prevê os preços para dispensa de licitação relacionada a obras e serviços de engenharia, com valores até R\$ 15 mil; já para compras e serviços, valores até R\$ 8 mil.

35 Possui como lógica a subsidiariedade em sentido horizontal, sendo que a sociedade pode controlar os contratos, buscando o aperfeiçoar a democracia representativa. Assim, se aplica a lógica da subsidiariedade para ter maior competência e controlar os contratos através de instrumentos de controle social, logo, por meio de audiência pública.

36 Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

com isso o controle e o acesso à informação destes cidadãos sobre das licitações que envolvam pequenos valores.

A Constituição Federal de 1988 prevê, como órgão público e de controle, o Tribunal de Contas, especializado em auxiliar e orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo dos gastos públicos, no que tange às atividades orçamentárias, contábeis e financeiras, com relação a legitimidade, a legalidade, a economicidade, a oportunidade, a eficiência e a finalidade, sem se subordinar ao Poder Legislativo, conforme o artigo 71 da Constituição³⁷.

A Lei 8.666 de 1993 trata sobre todas as especificidades referentes a licitações e, quando menciona o controle externo destas, estabelece critérios como o controle de legalidade, de regularidade da despesa e de sua execução, e especialmente o combate às irregularidades na execução da referida lei, com observância aos preceitos constitucionais³⁸, sendo importante ressaltar que tais critérios estão previstos, especificamente, no artigo 113³⁹ da referida lei.

Nesse sentido, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul enumera as atribuições da corte de contas estadual, no exercício do controle externo, conforme o artigo 71. Desse modo, Camargo e Antonello (2016) explanam que a Constituição Estadual garante amplo poder de investigar, examinar e requisitar os elementos que forem necessários para o exercício das suas atribuições, vedando a sonegação de informações, oriundas do sigilo, eis que se cultiva a transparência dos atos da administração pública como forma de exercício do direito fundamental de acesso à informação.

Logo, no exercício das suas competências a corte de contas detém variados mecanismos e ferramentas para exercer a fiscalização dos atos da administração pública, dos gestores públicos, das licitações e contratos.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no uso das suas atribuições, criou o LicitaCon, o qual trata de uma ferramenta sistematizada, importante, que contribui, significativamente, no monitoramento e acompanhamentos das licitações e contratos administrativos que são firmados por órgãos, entidades e poderes nas esferas públicas, municipais e estadual, do Rio Grande do Sul.

Portanto, a Resolução 1.050 de 2015 do Estado do Rio Grande do Sul dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse sentido o artigo 2º, da resolução supracitada, explana que tal sistema informatizado é destinado ao envio de informações, de dados e de documentos relacionados a licitações

37 JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., rev., atual. e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

38 CAMARGO, D.A. e ANTONELLO, I.P., “O caso de inexigibilidade de licitação na região oeste: uma análise jurisprudencial do TJ/RS e do LicitaCon como forma de monitoramento das licitações”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G. e Giacobbo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

39 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

e contratos, visando o efetivo exercício do controle externo e de disponibilização de informações para a sociedade, facilitando e incentivando o controle social.

Por todo o exposto, merece destaque os projetos de leis referentes a nova Lei de Licitações –projetos de Lei 1.292 de 1995; 6.814 de 2017 e outros 230 apensados– que tramitam no Congresso Nacional, visando com isso a modernização nas licitações e contratos. Tais projetos revogam as atuais leis que dispõem sobre licitações e contratos (Lei 8.666/93), pregão (Lei 10.520/02), e do regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/1). A proposta de lei utiliza como base para redação final é a PL 6.814/17.

Desse modo, em análise do Projeto de Lei 6.814 de 2017, é visível identificar diversas inovações, em comparação a atual Lei de Licitações e contratos, a Lei 8.666 de 1993. Nesse sentido, uma das inovações é a inversão de fases, ou seja, após a apresentação das propostas e lances, o julgamento das propostas antes da habilitação, conforme previsto no artigo 15 do Projeto de Lei 6.814/17⁴⁰. Assim, o referido projeto estabelece no capítulo II –fase preparatória–, na seção III, os critérios de julgamentos das propostas, conforme previsto do artigo 30 ao 35. No capítulo V aborda o tópico “do julgamento”, entre os artigos 53 e 54. E logo após, traz os requisitos para a habilitação, sendo compreendida entre os artigos 55 ao 63 do referido projeto de lei. Ademais, passa existir a obrigatoriedade de contratação do seguro, que pode vir a dar garantia para a conclusão de uma obra pública, quando surgem dificuldades enfrentadas por parte da empresa então contratada, conforme previsto no artigo 19, §2º, inciso III⁴¹ do projeto de lei.

O texto também põe fim aos projetos básico e executivo, inserindo a figura do projeto completo, previsto no artigo 5º, inciso XXIII. Outra medida é a reformulação de limites conceituais da contratação integrada, que poderá ser utilizada apenas em caso de contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, conforme artigo 5º, inciso XXX. O referido projeto de lei trata, também, da responsabilização solidária, da empresa que presta determinado serviço, pelo dano causado ao erário na contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, com base no artigo 66.

Outrossim, o Projeto de Lei 6.814/17, cria a modalidade de diálogo competitivo, o qual é utilizado na Europa. Nesse sentido, a administração promove o diálogo com os licitantes previamente selecionados para desenvolver meios para atender às suas necessidades. Ao final os licitantes apresentam à proposta final, onde, normalmente, esse tipo de licitação será utilizado em casos de inovação técnica ou de tecnologias de domínio restrito no mercado, conforme estabelece o artigo 25, inciso VI combinado com o artigo 29.

40 Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – publicação do edital de licitação; III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; VII – homologação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei 6814, de 03 de fevereiro de 2017. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018)).

41 Art. 19. O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. [...] § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: [...] III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei 6814, de 03 de fevereiro de 2017. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, cit.*)

O Projeto de Lei 6.814/17 (nova Lei de Licitações), aprovado pelo Senado e encaminhado para votação da Câmara dos Deputados, apresenta o uso da arbitragem em contratos administrativos, inclusive quando se tratar do seu equilíbrio econômico-financeiro. Dessa maneira, os artigos 44-A (aplicável às contratações pelo Regime de RDC) e 86, § 3º, do referido Projeto de Lei, introduzem a composição amigável nos contratos públicos oriundos de processos licitatórios.

E ainda, o referido projeto estabelece um aumento nos valores referentes a dispensa de licitação, ou seja, eleva o valor relacionado a obras e serviços de engenharia de até R\$ 15 mil para até R\$ 60 mil; já para compras e serviço os valores aumentam de até R\$ 8 mil para até 15 mil, conforme disposto nos incisos I e II do art. 68. Contudo, o PL 6.814/17, para os municípios não traz alterações que resolvem a questão do escalonamento dos municípios, ou seja, não estabelece normas diferenciadas segundo o tamanho destes.

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) encaminhou demandas aos parlamentares que compõem a comissão mista de análise do Projeto de Lei 6.814/2017 (nova Lei de Licitações) durante o Conselho Político. Assim, tal documento elaborado pela CNM destaca necessidades de alterações no referido projeto quanto a quatro pontos.

Um dos pontos enfatizados pela CNM é a criação de um sistema eletrônico nacional para contratos e licitações, observando os sistemas de compras públicas que geram custos enormes para a realização das licitações. Desse modo, é importante que venha a ser buscada uma solução integrada e que esta esteja disposta na própria lei, criando um sistema unificado de licitações.

Desta forma, a sugestão de inclusão e previsão no PL 6.814/2017 de um sistema eletrônico nacional integrado de contratos e licitações é extremamente importante, eis que a administração pública é carente de um sistema como esse. Como bem destaca o documento entregue aos parlamentares, a existência de diversos sistemas de compras públicas, por não ser interligado, entre os entes da administração pública direta e indireta, acarretam altos custos, bem como dificulta o acesso a todos os fornecedores.

Ademais, a criação de um sistema como esse pode facilitar o controle das licitações e contratos públicos, como já ocorre no Estado do Rio Grande do Sul, através do sistema LicitaCon, o qual foi criado e disponibilizado pelo Tribunal de Contas do Estado, sendo feito o envio de informações, de dados e de documentos relacionados a licitações e contratos, visando o efetivo exercício do controle externo e de disponibilização de informações para a sociedade, facilitando e incentivando o controle social.

A segunda demanda indicada pela CNM como passível de alteração no PL 6.814/2017 é a exclusão da modalidade convite, observando que com o surgimento do pregão, é necessário flexibilizar e democratizar a participação de um número maior de concorrentes. Ressalta-se ainda que a alteração se mostra pertinente frente aos mecanismos que foram inseridos no projeto e licitações nos casos de contratação direta, que podem vir a gerar problemas quando a interpretação da norma.

A terceira alteração encaminhada aos parlamentares é a atualização dos valores da contratação direta, pois um dos grandes desafios e problemas enfrentados é a atualização dos valores nessa modalidade. O valor que é disposto em lei não é suficiente para a aquisição ou

execução de serviços relevantes. E a última traz a exclusão da publicação em jornal de grande circulação, observando os critérios de economicidade e transparência dos atos administrativos.

Assim, passa-se à abordagem das contribuições da nova lei de contratação pública da Espanha, visando a busca de subsídios para o debate do novo regimento das licitações e contratos públicos no Brasil, conforme o PL 6.814/2017, focando especialmente no tocante a diferenciação de requisitos em virtude da dimensão populacional dos entes locais.

4 As contribuições da nova lei de contratação pública da Espanha como subsídio ao debate do novo regimento dos contratos no Brasil: um enfoque na diferenciação de requisitos em virtude da dimensão populacional dos entes locais

Em análise à Lei 9/2017, de 8 de novembro de 2017, que trata dos contratos do setor público da Espanha, a qual entrou em vigor no dia 8 de março de 2018, transpondo ao ordenamento jurídico espanhol as diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho 2014/23/UE e 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, foi possível verificar que a lei traz diferenciações na contratação para os entes locais com menor número de habitantes.

Assim, encontra-se na legislação espanhola normas aplicáveis a entes locais com menos de 20.000 ou menos de 5.000 habitantes, sendo que estas normas são encontradas na disposição adicional segunda (competências em matéria de contratação nas entidades locais) e na disposição adicional terceira (normas específicas de contratação pública nas entidades locais).

Conforme a diretiva adicional 2ª, no parágrafo 12 da LCSP (D.A. 2ª, §12 LCSP), as entidades do setor público que não obedecerem ao estatuto da administração pública em âmbito local serão regidas pelas disposições gerais da lei. Bem com salienta-se que tais normas referentes às administrações públicas locais se aplicam aos municípios com diferentes tamanhos.

Desse modo, pode-se encontrar na LCSP diversas regras que estabelecem diferenciações aos municípios com população inferior a 5.000 habitantes. Nesse sentido, a D.A. 2ª, §3 da LCSP aborda que o regime comum previsto para os municípios a estes é aplicado. Além disso, a competência é atribuída ao Pleno para autorizar a redação e a licitação de projetos independentes, relativos a cada parte de uma obra em que o período de execução ultrapasse o orçamento anual, desde que sejam propensos de utilização separada ou consideravelmente definido.

Com referência as competências em matéria de contratação, a D.A. 2ª, §6 da LCSP, com a finalidade de facilitar a contratação de municípios com menos de 5.000 habitantes, estabelece que as entidades contratantes podem ser exercidas pelos organismos que, com caráter de centrais de contratação, são constituídos na forma prevista no artigo 228 da LCSP através de acordos de efeito. Bem como podem ser celebrados acordos para a gestão de procedimentos de contratação para disputas provinciais ou para comunidades autônomas de natureza uniprovincial.

Regap



NOTAS

Nesse mesmo sentido, pode-se citar a D.A. 3ª, §10 da LCSP, as entidades locais, sem prejuízo, podem aderir ao sistema de contratação centralizada e das centrais de contratação das comunidades autônomas e de outras entidades locais, e ainda a centrais de contratação criadas por associações de entidades locais.

Já quanto a aprovação das despesas, a D.A. 3ª, §4, da LCSP estabelece que, nos municípios com menos de 5.000 habitantes, poderá ser substituída por uma certificação de existência de crédito emitida pelo secretário auditor ou, se for o caso, pelo auditor da empresa.

Com relação aos contratos de obras firmados por municípios com até 5.000 habitantes a LCSP, na D.A. 3ª, §7, estabelece que se o financiamento exceder ao orçamento anual podem ser redigidos projetos independentes relativos a cada parte da obra, desde que sejam suscetíveis de utilização separada no sentido de uso geral ou de serviço, ou podem ser substancialmente definidas. A execução de cada um dos projetos pode ser objeto de um contrato diferente, sem que prejudique a aplicação dos artigos 99 e 101 da LCSP.

E ainda, com relação aos municípios com uma população de até 20.000 habitantes, a LCSP, na D.A. 3ª, §11, aborda que estes podem licitar contratos sem que estejam sujeitos a regulação harmonizada de concessão de serviços relacionados com a gestão de dois ou mais serviços públicos diferentes, desde que a anuidade média do contrato não ultrapasse 200.000 euros, e que o órgão de contratação justifique no registro de contratação a presente decisão com base na necessidade objetiva de proceder à gestão unificada desses serviços. Em qualquer caso, a lista de cláusulas administrativas específicas deve especificar o âmbito funcional e territorial do contrato de concessão de serviços.

Ademais, é importante ressaltar que a nova legislação espanhola que regulamenta os contratos do setor público (Lei 9/2017), também, estabelece regramentos de caráter geral como instrumentos de formulação de políticas públicas. Ou seja, busca-se utilizar os contratos públicos como ferramentas para a implementação de políticas públicas, especialmente a nível local, o que cria um amplo espaço para a elaboração de contratos públicos que visem esta finalidade.

Conforme pode ser vislumbrado com o exposto no capítulo anterior, o Projeto de Lei 6.814/2017, que trata da nova Lei de Licitações e contratos brasileiros, não diferencia o tamanho e a estrutura dos municípios como faz a lei da Espanha. Pode-se observar no projeto de lei brasileiro que este não traz nenhuma melhoria que venha a resolver a questão do escalonamento dos municípios, ou seja, não estabelece normas proporcionais que atendam as potencialidades locais, em licitações e contratações nos municípios conforme o seu tamanho e densidade populacional.

5 Considerações finais

A presente pesquisa teve como objetivo analisar o Projeto de Lei 6.814/2017 (nova Lei de Licitações), verificando as modificações que são propostas a serem inseridas no ordenamento brasileiro e se tais modificações trariam um melhoramento nas licitações e contratos públicos no âmbito local. Bem como buscou-se analisar os tipos de contribuições que à lei 9/2017 de contratos do setor público da Espanha poderiam contribuir para a melhoria das contratações realizadas pelos municípios.

No decorrer do presente trabalho verificou-se que o princípio da subsidiariedade serve de embasamento teórico retratando as necessidades da descentralização, fortalecendo, também, os ideais do federalismo no Brasil. Sendo que este, a partir da Constituição Federal de 1988 trouxe inovações ao elevar e prever os municípios como entes federados, dotados de autonomia, a qual permite que os entes locais realizem contratações públicas de modo autônomo.

Com relação as diretrizes da contratação pública local no Brasil, podemos extrair da análise comparativa entre a atual Lei de Licitações (8.666/93) frente ao Projeto de Lei 6.814/2017 (nova Lei de Licitações), podendo serem citadas as seguintes inovações: inversão nas fases, isto é, após a apresentação das propostas e lances, deve ser realizado o julgamento das propostas antes da habilitação; a exigência de contratação de seguro obrigatório para servir de garantia a conclusão de uma obra pública quando a empresa contratada enfrentar dificuldades; o texto também põe fim aos projetos básicos e executivos, sendo estes substituídos pelo projeto completo; outra modificação de limites conceituais da contratação integrada.

Além do projeto de lei passa a prever a responsabilização solidária para a empresa que prestou determinado serviço e causou danos ao erário na contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação; a criação de diálogo competitivo entre os licitantes previamente selecionados; o uso da arbitragem em contratos administrativos; e ainda prevê um aumento nos valores referentes a dispensa de licitação.

Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Municípios entregou demandas pertinentes aos parlamentares, com a intenção de alcançar modernizações na legislação que atendam às necessidades dos gestores locais. Assim, tais demandas são referentes a sugestão de criação de um sistema eletrônico nacional integrado de contratos e licitações públicas; a exclusão da modalidade convite; a atualização dos valores da contratação direta (dispensa); e exclusão da publicação em jornal de grande circulação.

Ante o exposto, verificou-se que o projeto de lei apresenta diversas falhas, bem como não traz nenhuma melhoria que resolva a questão do escalonamento dos municípios, ou seja, não busca estabelecer normas proporcionais que atendam as potencialidades na esfera local nas licitações e contratações nos municípios conforme o seu tamanho e densidade populacional.

Outrossim, é visível que o projeto de lei continua a pecar na carência quanto a mecanismos que facilitem e incentivem o controle da sociedade. Consequentemente, o projeto da nova Lei de Licitações continua idêntico à Lei 8.666/93, sendo extremamente vago em matéria relacionada ao controle social, no âmbito municipal, prevendo a hipótese de audiência pública, para valores altos, em uma realidade distante da situação atual dos municípios, sem estender tal hipótese para as licitações de pequenos valores. Bem como a referida lei apresenta falhas ao não prever mecanismos ou ferramentas específicas para o controle dos contratos administrativos.

Porém, merece destaque o LicitaCon, que é uma ferramenta sistematizada elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, sendo importante, que contribui, significativamente, no monitoramento e acompanhamentos das licitações e contratos administrativos que são firmados por órgãos, entidades e poderes nas esferas públicas, municipais e estadual, do Rio Grande do Sul.

Regap



NOTAS

Então, visando responder o problema da pesquisa que tem com base a Lei 9/2017, de 8 de novembro, a qual trata dos contratos do setor público na Espanha, surgiram as seguintes indagações: a) que tratamento tal norma dá aos entes locais, em especial estabelece critérios diferenciados quanto a dimensão populacional dos municípios? E ainda, como tal normativa pode contribuir para as modificações na legislação brasileira de licitações e contratos administrativos?

Foi possível verificar que a legislação espanhola referente a contratos do setor público estabelece diretrizes adicionais diferenciadas, visando o melhor atendimento às necessidades municipais, conforme o número de habitantes, ou seja, os entes locais que apresentem população de até 5.000 habitantes ou até 20.000 habitantes tem respaldo na legislação através de normas específicas a estes.

Bem como, analisou-se que, pelo geral, a referida norma estabelece instrumentos de formulação de políticas públicas, assim, buscando a utilização dos contratos públicos como uma ferramenta de implementação de políticas públicas, em especial ao nível local.

Nesse sentido, tal norma pode contribuir na legislação brasileira de licitações e contratos administrativos, no sentido de que o Projeto de Lei 6.814/2017 carece de normativas que atendam os municípios que detém baixo número de habitantes, eis que, com processos burocratizados nas licitações e contratos, há uma dificuldade em atender as necessidades de forma célere e eficaz.

Referências

- ALEXANDRINO, M. e PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.
- ALMEIDA, F.D.M., *Competências na Constituição de 1988*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2000.
- BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- BARROSO, L.R., *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- BITENCOURT, C.M. e RECK, J.R., "A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto", Costa, M.M.M. da e Leal, M.C.H. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, EDUNISC, Santa Cruz do Sul, 2014.
- BRASIL, Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, Brasília, 5 out., 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> (28 de maio de 2018).
- BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração*

Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018).

CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei 6814, de 03 de fevereiro de 2017. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018).

CAMARGO, D.A., e ANTONELLO, I.P., “O caso de inexigibilidade de licitação na região oeste: uma análise jurisprudencial do TJRS e do LicitaCon como forma de monitoramento das licitações”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G. e Giacobbo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, *Lei de Licitações: CNM entrega demandas a parlamentares durante Conselho Político*, de 4 abril de 2018. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/lei-de-licitacoes-cnm-entrega-demandas-a-parlamentares-durante-conselho-politico> (1 de junho de 2018).

ESPANHA, *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*, 26 de febrero de 2014. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. (28 de maio de 2018).

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, *Constituição (1989). Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*, 3 de outubro de 1989. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358 (30 de maio de 2018).

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, *Tribunal de Contas do Estado. Resolução n. 1050/2015. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.* Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf (30 de maio de 2018).

FRAGA, J.M. e NUNES, L.F., “A fiscalização e o controle dos atos da administração pública nas licitações municipais: uma breve introdução aos estudos de caso”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G. e Giacobbo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

GASPARINI, D., *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2002.

JURUENA, C.G. e MARQUES, M.P., “Casos emblemáticos envolvendo o controle de licitações públicas de municípios da região do vale do rio pardo: uma análise a partir da

Regap



NOTAS

- jurisprudência do tribunal de justiça do rio grande do sul”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F. e Juruena, C.G. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- JUSTEN FILHO, M., *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010.
- JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., rev., atual. e ampl, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, Oficina Municipal, São Paulo, 2003.
- KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- MARTINS, M.S.D’O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra, 2003.
- MEIRELLES, H.L., *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.
- MEIRELLES, H.L., *Direito administrativo brasileiro*, 36ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.
- MORAES, A. de, *Direito constitucional*, 27ª ed., rev. e atual, Atlas, São Paulo, 2011.
- TAVARES, A.R., *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- TORRES, S.F., *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- ZIMMERMANN, A., *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia
contencioso-administrativa

Contentious-administrative
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Deslinde de termos municipais de distinta comunidade autónoma. 1.2 Retención pola Xunta de Galicia de fondos de cooperación local para o pagamento das débedas dos concellos coa Sociedade Galega de Medio Ambiente, SA (SOGAMA), polo tratamento de residuos sólidos urbanos. 1.3 Ordenanza municipal reguladora da venda ambulante. Compatibilidade coa Directiva de servizos. 1.4 Axudas do Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL). Incumprimento da condición de “xeración de emprego”. Obriga de reintegro. 1.5 Sanción de inhabilitación temporal a secretario-interventor municipal pola comisión de varias infraccións moi graves. Prazo de caducidade do procedemento sancionador. Inexistencia de feito infractor. 2 Expropiación forzosa. 2.1 Valoración de solo afecto a sistemas xerais. Deberase atender á situación e clasificación real do solo. Xa non se aplica a antiga xurisprudencia que obrigaba a valorar o solo rústico como urbanizable programado. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Plan xeral de ordenación municipal. Nulidade por omisión de avaliación ambiental estratéxica. 3.2 Plan de delimitación de espazos e usos portuarios de porto de interese xeral. Nulidade por omisión de avaliación ambiental. 3.3 Demolición de edificacións en execución de sentenza anulatoria de licenza urbanística ditada nun proceso contencioso-administrativo. Protección, no incidente xudicial, do propietario terceiro de boa fe. 3.4 Disciplina urbanística. O expediente tramitado para cumprir unha sentenza de condena por inactividade da Administración non está sometido a prazo de caducidade. 4 Persoal. 4.1 Cesamento de funcionarios temporais. Só teñen dereito a percibir unha indemnización se o vínculo de interinidade incorreu en fraude de lei. 4.2 Persoal interino para execución de programas de carácter temporal. A Administración non incorre en fraude se se prolonga a interinidade durante varios anos pola prórroga do programa. Inexistencia de dereito a indemnización por cesamento. 4.3 Reclamación dos enfermeiros de centros sanitarios públicos de recoñecemento como “tempo efectivo de traballo” o consumido no cambio de quenda para a transmisión de información sobre o estado dos pacientes (solapamento). 4.4 Restricións á cobertura de postos de traballo da Administración autonómica por persoal laboral. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Lexitimación activa *ad procesum* de sociedade de responsabilidade limitada. Necesidade de adoptar previamente acordo societario para promover o litixio. É posible emendar a súa omisión ao longo do proceso. 5.2 Posibilidade de suspender o proceso ao formularse unha “cuestión prejudicial contencioso-administrativa”. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Reclamación de

indemnización contra a Administración sanitaria por “perda de oportunidade”. Lexitimación activa dos herdeiros do paciente falecido. 7 Subvencións. 7.1 Convocatoria de subvencións para o financiamento de plans de formación de traballadores. Non se pode circunscribir exclusivamente aos sindicatos con maior representatividade. 7.2 Subvencións por paralización definitiva de buques de pesca. Non é posible exixir directamente o seu reintegro por terse outorgado de xeito incorrecto. Antes debe tramitarse un procedemento de revisión de oficio. 7.3 Reintegro de subvencións do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER). Prescrición da acción para exixir o reintegro. 8 Tributos. 8.1 Reclamacións económico-administrativas. O recorrente pode presentar novas probas en fase de recurso administrativo e contencioso-administrativo. 9 Universidades. 9.1 Efecto vinculante e inderrogabilidade singular dos plans de estudos. Improcedencia da exixencia de superación de exame “B1” de lingua estranxeira para a obtención do título de grao.

1 Administración local

1.1 Deslinde de termos municipais de distinta comunidade autónoma

A Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, en dúas sentenzas do 23 de abril de 2018 (recs. 290/2015 e 299/2015, relatores: Mangas González e Fernández Dozagarat), desestima os recursos promovidos, respectivamente, polo Concello de Grandas de Salime e polo Principado de Asturias contra a Orde FAP/662/2015, do 25 de marzo, do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, aprobatoria do deslinde entre os termos municipais da Fonsagrada (Lugo) e Grandas de Salime (Asturias) (BOE 17/04/2015).

Conclúe, en primeiro lugar, que este tipo de procedementos administrativos non incorre en causa de “caducidade” pola demora na súa tramitación. E, en canto ao fondo do asunto, que:

«Conforme o artigo 50.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, “reguladora das bases de réxime local”, por un lado, e “a xurisprudencia establecida, entre outras, nas sentenzas do Tribunal Supremo do 4 de xuño de 1941, 23 de xuño de 1941 e 16 de maio de 1959”, por outro, as cuestións que se suscitan entre municipios pertencentes a distintas comunidades autónomas sobre deslinde dos seus termos municipais serán resoltas pola Administración do Estado, logo de informe do Instituto Xeográfico Nacional, audiencia dos municipios afectados e das respectivas comunidades autónomas e ditame do Consello de Estado. Así se fixo neste caso, cumpríronse os trámites exixidos e respectáronse os deslindes anteriores e a conformidade manifestada polos interesados, e se se lle deu prioridade ao informe do IXN é polo carácter técnico destes e a obxectividade do seu resultado».

1.2 Retención pola Xunta de Galicia de fondos de cooperación local para o pagamento das débedas dos concellos coa Sociedade Galega de Medio Ambiente, SA (SOGAMA), polo tratamento de residuos sólidos urbanos

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), na súa Sentenza do 25 de xaneiro de 2018 (rec. 4137/2016, relator: Díaz Casales), desestima o recurso promovido contra unha resolución da Consellería de Facenda da Xunta de Galicia que dispuxo a retención dos fondos de cooperación local para determinado concello coa finalidade de compensar a súa débeda con SOGAMA. A sala toma como referencia principal da súa decisión os fundamentos dos autos do Tribunal Constitucional que non admitiron as sucesivas cuestións de inconstitucionalidade formuladas fronte á disposición adicional 21 da Lei 11/2013, do 26 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para 2014, que elevou de xeito moi significativo o canon que se lle debe aboar a SOGAMA

polo tratamento de residuos sólidos e estableceu para o seu pagamento a posibilidade de retención dos créditos municipais (ex. Auto do Tribunal Constitucional 84/2016, do 26/04/2016, cuestión de inconstitucionalidade 4184-2015, publicado no BOE do 18/06/2016). Afírmase o seguinte nesta sentenza do TSXG:

«(...) resulta evidente que avalado polo Tribunal Constitucional que a disposición adicional 21.ª da Lei galega 11/2013, aplicada a este caso, ten o carácter de lei singular, cumprindo os parámetros de proporcionalidade, excepcionalidade e adecuación, este motivo de impugnación está abocado ao fracaso, porque a Consellería ao aplicar a retención non fixo máis que axustarse a aquela disposición legal que non cabe descoñecer. Sen que resulte de aplicación, a este respecto, a doutrina sentada polo T.C. na St. 41/2016 do 3 de marzo (ditada no recurso 1792/2014) en relación co artigo 57 bis da LBRL, que previa a posibilidade de retención ás comunidades autónomas para atender ás obrigas destas coas entidades locais, substituíndoas no exercicio das súas competencias, que se declarou inconstitucional baseándose en que interfere nas relacións financeiras entre o Estado e as comunidades autónomas e, polo tanto, nun ámbito material reservado á lei orgánica que, conforme o artigo 157.3 da CE, reserva que non se produce neste caso, polo que se impón a estimación do motivo de impugnación.

(...) do contrato orixinario extráense datos reveladores de que o que fixo o concello coa sinatura do contrato orixinario foi adherirse ao sistema institucional de tratamento dos residuos promovido pola Xunta de Galicia a través dunha empresa mixta, así resulta de: a) a omisión dun proceso de selección do contratista; b) que o contrato se asinase en Cerceda, c) recoñécese que Sogama é a única designada para levar a cabo a xestión integral do tratamento, conforme o artigo 29 da Lei 10/1997 e o Plan de Xestión de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, e d) o prezo fíxase en función do vixente na data de celebración do contrato, polo que a posibilidade da súa negociación resulta, cando menos, dubidosa. Por iso, deberíamos concluír que resulta discutible a afirmación de que se mudou un prezo privado fixado contractualmente para convertelo nun canon.

En todo caso, como advertimos, o incremento do importe do servizo vén amparado pola lei singular ditada en atención á necesidade de asegurar a sustentabilidade do sistema de tratamento a través dunha empresa pública e non podemos compartir que se estea a aplicar retroactivamente, porque interpretada sistematicamente a D.A. 21.ª da Lei 11/2013 resulta que esta prevé, no apartado 2.º, desde a súa entrada en vigor o novo prezo do servizo e dedica o apartado 4.º aos modelos do contrato de adhesión, polo que, tendo entrado en vigor a lei o 1 de xaneiro de 2014 e sendo aplicados os prezos ás facturas emitidas a partir de marzo dese ano, é evidente que non hai aplicación retroactiva, porque ata febreiro de 2014 se facturou o servizo polo prezo actualizado que correspondía ata a esa data, respectando o prazo de dous meses concedido aos concellos para desistir da súa vinculación.

Tampouco a retención practicada se produciu antes da súa previsión, porque, malia ser certo que se aplicou a débedas xeradas nos meses de marzo a decembro de 2014 e o procedemento para levala a cabo non estivo desenvolvido ata a aprobación da Lei 11/2014, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2015, o que resulta evidente é que se aplicou con posterioridade á súa vixencia, porque a retención dos fondos de cooperación local tivo lugar en setembro de 2015 en relación con débedas xeradas antes, pero que resultaban, por disposición legal, vencidas, líquidas e exixibles. Polo que non se fixo aplicación retroactiva ningunha, senón que o que se fixo foi someter unha situación xurídica preexistente á entrada en vigor da lei

Regap



NOTAS

–a prestación dun servizo a un concello por unha empresa pública– á nova regulación establecida por ela, pero sen afectar aos efectos xa despregados, que ademais vén xustificada, segundo veremos ao tratar da sentenza do T.C., por imperiosas razóns de interese xeral, por iso nin quebra o principio de irretroactividade nin a seguridade xurídica, polo que tamén estes motivos do recurso deben ser desestimados.

(...) En relación coa solicitude de presentar unha nova cuestión de inconstitucionalidade en relación coa D.A. 21.ª da Lei 11/2013, debemos advertir, por unha parte, que a potestade da súa presentación lles corresponde exclusivamente aos órganos xudiciais, á marxe da petición que ao respecto formulen as partes. Así o declarou o T.S. na St. do 26 de xaneiro de 2015 (ditada no recurso 5/14) (...).

(...) Tampouco cabe formulación de inconstitucionalidade ningunha en relación cos artigos 59 e 60 da Lei 11/2014, de orzamentos da comunidade autónoma para 2015, en atención a que se tería infrinxido o principio de seguridade xurídica, xa que, regulándose o procedemento de retención a partir de xaneiro de 2015, se aplicou a débedas xeradas con anterioridade á súa entrada en vigor, isto é, marzo a decembro de 2014.

Neste caso é evidente que o mecanismo articulado por estes artigos se realizou en relación con débedas da entidade local xeradas con anterioridade á súa entrada en vigor, pero tamén o é que non estamos en presenza de situacións esgotadas e consolidadas, senón que, pola contra, se trata de situacións de discrepancia xurídica que, mesmo, estaban a ser xurisdiccionalmente discutidas, polo que non se incorreu nunha retroactividade prohibida conforme o criterio sentado polo T.C. e o T.S., como recorda este último na St. do 20 de decembro de 2017 (recurso 784/2014).

1.3 Ordenanza municipal reguladora da venda ambulante. Compatibilidade coa Directiva de servizos

O Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo) –TS–, na súa Sentenza do 15 de marzo de 2018 (rec. 4007/2015, relator: Menéndez Pérez), analiza a compatibilidade da ordenanza de venda ambulante do Concello de Carnota (BOP 17/08/2012) co disposto na Directiva 2006/123/CE e na Lei 7/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizo e o seu exercicio, limitándose a anular o precepto que establece como único criterio para a adxudicación dos postos de venda a orde de presentación das solicitudes. Segundo o alto tribunal:

«(...) debemos darlle a razón á parte recorrente. O artigo 8.2.a) da Lei 17/2009, do 23 de novembro, incluído no capítulo II desta, dispón que cando o número de autorizacións para realizar unha determinada actividade de servizos estea limitado, o procedemento de concesión polas administracións públicas garantirá o cumprimento dos principios de publicidade, obxectividade, imparcialidade, transparencia e concorrencia competitiva. Tal precepto si é de aplicación, pois o artigo 4 do Real decreto 199/2010, do 26 de febreiro, que regula o exercicio da venda ambulante ou non sedentaria e que se dita ao abeiro do artigo 149.1.13.ª da Constitución, que establece a competencia exclusiva do Estado sobre as bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica, ordena que o procedemento para o outorgamento da autorización para o exercicio da venda ambulante ou non sedentaria e para a cobertura das vacantes será determinado por cada concello, respectando, en todo caso, o

réxime de concorrencia competitiva, así como as previsións do capítulo II da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizo e o seu exercicio, ordenando tamén que o procedemento será público e a súa tramitación deberá desenvolverse conforme criterios claros, sinxelos, obxectivos e predicibles. E, á súa vez, o parágrafo terceiro do artigo 54 da Lei 7/1996, do 15 de xaneiro, de ordenación do comercio polo miúdo, incluído no seu capítulo IV, dedicado á venda ambulante ou non sedentaria, dispón que o procedemento para a selección entre os posibles candidatos deberá garantir a transparencia e a imparcialidade e, en concreto, a publicidade axeitada do inicio, desenvolvemento e fin do proceso. Á vista de tales normas, está claro que non se axusta a elas a previsión daquel núm. 2 do artigo 10 da ordenanza, segundo a cal a concesión das autorizacións se efectuará pola orde de presentación de solicitudes».

1.4 Axudas do Fondo Estatal de Investimento Local (FEIL). Incumprimento da condición de “xeración de emprego”. Obriga de reintegro

A Sentenza do 26 de decembro de 2017 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid (rec. 738/2016, relator: Fernández Antelo) desestima o recurso interposto polo Concello de Ourense fronte a unha resolución da Dirección Xeral de Coordinación de Competencias coas Comunidades Autónomas e as Entidades Locais que o obrigou a reintegrar 188.000 euros por incumprir as condicións dunha axuda que recibira do Fondo Estatal de Investimento Local (FEIL) para o fomento do emprego. A sentenza alcanza as seguintes conclusións:

«(...) no que atinxe á alegación de inconstitucionalidade do artigo 10 do Real decreto lei 9/2008 pola súa identidade co artigo 6 do Real decreto lei 13/2009, declarado inconstitucional na STC 150/2012, do 5 de xullo, procede indicar que na data do ditado desta resolución constan ata 6 sentenzas que inadmiten a cuestión de inconstitucionalidade fronte ao citado artigo (...). O teor do artigo 37 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións, abunda a excluír non só a dúbida de constitucionalidade –que, porén, non se explica no seu fondo máis alá de transcribir parcialmente a STC 150/2012–, senón o propio xuízo de relevancia.

Centrado o obxecto principal do debate xurisdiccional na realidade e entidade do incumprimento pola corporación recorrente das condicións da concesión da axuda, tanto lei como xurisprudencia afirman inequivocamente a necesidade do seu cumprimento substancial, así como a consecuencia de reintegro en caso de incumprimentos esenciais. (...) Cómpre lembrar que o Real decreto lei 9/2008, do 28 de novembro, establece que o FEIL ten por obxecto financiar a realización de proxectos de investimento que sexan especialmente xeradores de emprego mediante a contratación de obras no ámbito municipal. De tal xeito, a xeración de emprego, entendendo por tal a creación ex novo de postos efectivos de traballo para traballadores desempregados ou recentemente incorporados ao mercado de traballo, é requisito esencial da concesión, o cal obriga a examinar, en cada caso concreto, o cumprimento substancial de tal fin, entendendo como substancial o que, aínda que poden existir variacións conxunturais e non significativas no emprego contratado –consecuencia da evolución lóxica no tempo das obras contratadas–, non se poden considerar realmente xeradores de emprego os contratos laborais realizados co único e exclusivo fin de obter a axuda económica, pasando a prescindirse, unha vez conseguida esta, dos traballadores

Regap



NOTAS

contratados, ou acudindo a contratos temporais especialmente deseñados para manter no emprego os traballadores o tempo indispensable para a obtención da axuda e a superación dos eventuais controis financeiros que a Intervención Xeral ou rexional poida levar a cabo no lexítimo exercicio das súas facultades de control, inspección e supervisión. De tal modo, nos contratos desta natureza a consecución do obxectivo de xeración de emprego despraza, en canto á súa natureza esencial, o feito do cumprimento substancial ou non do obxecto do contrato, erixíndose en parámetro primeiro de control pola intervención do cumprimento do fin da axuda.

CUARTO.- En aplicación ao caso concreto da normativa e xurisprudencia expostas no fundamento precedente tras valorar no seu conxunto senllos expediente e probas admitidas e practicadas, á luz das consideracións vertidas ut supra, cómpre apreciar que o informe 2015/2339, da Intervención Delegada Territorial en Ourense, do 2 de maio de 2016, de control financeiro de subvencións e axudas nacionais, reiterándose nas conclusións do informe previo do 24 de febreiro, é claro, motivado e fundado cando conclúe que: só se crearon 6 postos de traballo fronte aos 8 comprometidos; só se mantiveron 4 postos de traballo fronte aos 10 postos comprometidos; non resultan financiábeis as melloras non realizadas, por importe de 114.103,81 euros (máis dun 15% do total do financiamento autorizado).

Tales asertos, non obstante, non foron desvirtuados pola corporación demandante, debidamente valorada a proba destes, o que determina a adecuación a dereito da resolución impugnada ante a existencia –e entidade no caso concreto– de senllos incumprimentos, respectándose a debida exixencia de proporcionalidade á vista da relevancia do observado pola intervención delegada en relación coa consideración ontolóxica e financeira do proxecto na súa totalidade».

1.5 Sanción de inhabilitación temporal a secretario-interventor municipal pola comisión de varias infraccións moi graves. Prazo de caducidade do procedemento sancionador. Inexistencia de feito infractor

A Sentenza do 28 de marzo de 2018 da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional (rec. 64/2017, relator: López-Muñiz Goñi) anula as sancións impostas polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ao secretario-interventor dun concello de Galicia pola suposta comisión das infraccións moi graves consistentes en: *“O notorio incumprimento das funcións esenciais inherentes ao posto de traballo”* e *“A desobediencia aberta ás ordes ou instrucións dun superior”*.

A sentenza considera, en primeiro lugar, que o procedemento sancionador non incorreu en causa de caducidade pola superación do prazo de seis meses entre a data da súa incoación e a de notificación da resolución sancionadora:

«(...) A discusión céntrase en determinar se é de aplicación o límite de tempo de seis meses establecido no artigo 28.3 do Decreto da Comunidade de Galicia 94/1991, lexislación aplicable conforme o establecido no artigo 150.4 do Real decreto lexislativo 781/1986: A tramitación do expediente axustarase ao que estableza a lexislación da comunidade autónoma respectiva e supletoriamente o regulamento disciplinario dos funcionarios da Administración civil do Estado, ou se pola contra o prazo de tramitación sería de 12 meses, en virtude das modificacións introducidas polo artigo 92 bis puntos 10 e 11 da Lei 27/2013,

que lle atribúe a competencia ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas cando os feitos denunciados puidesen ser constitutivos de faltas moi graves, tipificadas na normativa básica estatal, tanto para a incoación de expedientes disciplinarios aos funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, así como para a imposición de sancións: Son órganos competentes para a imposición de sancións disciplinarias aos funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional os seguintes: o Ministro de Facenda e Administracións Públicas, cando a sanción que se impoña sexa por falta moi grave, tipificada na normativa básica estatal (artigo 92 bis.11 da Lei 27/2013). O razoamento do xulgador de instancia é que, atribuíndo a competencia ao Ministro de Facenda e Administracións Públicas para a instrución e sanción das infraccións disciplinarias moi graves, o procedemento que debe seguirse é o establecido con carácter xeral para os funcionarios da Administración do Estado regulado no RD 33/1986, que sufriu unha modificación en canto ao prazo en que debe tramitarse o expediente disciplinario, introducida pola disposición adicional 29 da Lei 14/2000, que establece respecto procedemento disciplinario dos funcionarios da Administración xeral do Estado; Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración do Estado, aprobado polo Real decreto 33/1986, do 10 de xaneiro, o prazo de doce meses. (...) Debe entenderse que o lexislador pretende que o órgano instrutor e sancionador, no suposto de infraccións moi graves, sexa o ministro do ramo e que, polo tanto, o procedemento que debe observarse é o establecido con carácter xeral para a tramitación dos expedientes disciplinarios dos funcionarios públicos do Estado. Esta tendencia lexislativa obsérvase desde o momento en que se lle atribúen as competencias para sancionar polas infraccións máis graves ao Ministro de Administracións Públicas, e ao tempo se suprimen as competencias do Conselleiro de Administración Pública de Galicia, en materia de funcionarios con habilitación de carácter nacional, artigo 13.2.17 derogado pola Lei de Galicia 3/2002».

Pero, entrando a coñecer do fondo do asunto, conclúe que o secretario-interventor recorrente non cometeu as infraccións que se lle imputaron, considerando que:

«(...) non se debe esquecer que, no ano 2013, existían normas de ámbito nacional que establecían un tope ao gasto público e restricións no gasto, sobre todo se non se aprobaran os orzamentos correntes do concello e se atopaban prorrogados os anteriores, coas limitacións orzamentarias e de gasto que esta prórroga implicaba. (...) Á vista do anterior, e aplicándoo ao caso que nos ocupa, o tipo sancionador exige o notorio incumprimento das funcións esenciais inherentes ao posto de traballo ou funcións encomendadas. E este incumprimento non se desprende dos informes emitidos ata un total de dez, senón que pola contra parece que a secretaria cumpría coa súa obriga e mesmo salvaba a súa responsabilidade ante posibles decisións non axustadas a dereito, aínda que ás veces lle puidese o celo profesional. Así se pode deducir dos informes emitidos por outros funcionarios de habilitación nacional existentes no expediente. En todo caso, o alcalde, e o pleno do concello poderían ter adoptado as decisións que considerasen oportunas para o bo goberno do concello, con independencia do sentido dos informes emitidos. (...).

En relación coa infracción tipificada no artigo 92.bis.2.i) A desobediencia aberta ás ordes ou instrucións dun superior, salvo que constitúan infracción manifesta do ordenamento xurídico, debe dicirse que se lle notificou á secretaria que non debía entrar no concello, que non debía entrar no seu despacho e que entregase as chaves do seu despacho e da porta de acceso ao edificio da corporación local, así como o ordenador de traballo, en virtude

Regap



NOTAS

da existencia dun expediente disciplinario incoado contra ela e a adopción dunha medida cautelar consistente na suspensión provisional de funcións. Estes acordos de incoación de expediente disciplinario e de suspensión preventiva de funcións da secretaria son adoptados polo Decreto da alcaldía do 19 de xuño de 2013. Esta medida cautelar de suspensión de funcións foi anulada por sentenza ditada o 22 de xullo de 2013, no procedemento abreviado n.º 145/2013, do Xulgado do Contencioso Administrativo n.º 1 de Ourense, por falta de motivación. Confírmouse esta sentenza pola Sentenza ditada pola Sección Primeira da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 16 de abril de 2014 ditada no recurso de apelación n.º 336/2013. Polo tanto, se se declarou nula a medida preventiva de suspensión de funcións, que se executou por medio do requirimento feito pola Policía Municipal á hoxe recorrente, con data do 19 de xuño de 2013, polo que se lle exixía que abandonase o seu despacho oficial, e o edificio municipal, así como que fixese entrega das chaves de ambos os dous, e se tal medida se declarou nula por sentenza firme, non pode falarse da existencia dunha desobediencia a unha orde do seu superior.

Outro tanto pode dicirse do Decreto 22/2013 do 167 de decembro de 2013, que ordena a incoación de expediente disciplinario a XXXXX, e a suspende cautelarmente de funcións, pois esta suspensión de funcións foi declarada nula por sentenza ditada polo Xulgado do Contencioso Administrativo n.º 2 de Ourense por medio da Sentenza do 9 de maio de 2014 ditada no procedemento ordinario n.º 43/2014, quedando firme ao non admitirse o recurso de apelación interposto contra esta polo Concello da Pobra de Trives, pola sentenza ditada pola Sección Primeira da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia con data do 25 de marzo de 2015 ditada no recurso de apelación, Sentenza n.º 192/2015».

2 Expropiación forzosa

2.1 Valoración de solo afecto a sistemas xerais. Cumprirá atender á situación e clasificación real do solo. Xa non se aplica a antiga xurisprudencia que obrigaba a valorar o solo rústico como urbanizable programado

O TS, na súa Sentenza do 15 de febreiro de 2018 (rec. 3262/2016, relator: Tolosa Tribiño), nun proceso referido a Galicia, realiza as seguintes aclaracións sobre este particular:

«(...) Faremos a continuación referencia a como, en materia expropiatoria, fundamentalmente para levar a cabo grandes infraestruturas (aerportos, autovías, liñas ferroviarias, etc.), xurdiu a problemática sobre a clasificación que se debía ter en conta para os efectos de valorar o solo rústico ou non urbanizable. Neste sentido, o Tribunal Supremo desenvolveu a denominada doutrina sobre sistemas xerais, a teor da cal os terreos clasificados como non urbanizables, ou sen clasificación específica, que estivesen destinados a sistemas xerais debían ser considerados para os efectos da súa valoración como urbanizables, sempre e cando se destinasen a crear cidade. É dicir, o decisivo é que as infraestruturas en cuestión creasen cidade e estivesen integradas na estrutura urbana da localidade de que se trate, o que non deixa de ser unha cuestión fáctica, suxeita ás regras ordinarias da carga da proba (STS do 2 de abril de 2012, entre outras). (...)

Non obstante, tras a nova Lei do solo 8/2007 e o seu Texto refundido 2/2008, este Tribunal Supremo ditou unha serie de sentenzas en que considera que xa non é posible a aplicación da doutrina sobre sistemas xerais. Para iso débese partir (SSTS do 30 de xuño de 2014, recurso 4372/2011, e do 13 de febreiro de 2015, recurso 2050/2012) de que as situacións básicas do solo na nova normativa son dúas: rural e urbanizado, e que “a inclusión nun ou outro estado constitúe unha cuestión de feito”, o que exige, ao tratarse dunha situación de feito, unha valoración fáctica das circunstancias concorrentes no momento da valoración”. De forma concreta, a Sentenza do Tribunal Supremo do 2 de febreiro de 2015, con cita das dúas do 27 de outubro de 2014 (recursos 6421/2011 e 174/2012) e a do 17 de novembro de 2014 (recurso 1945/2013), nega a posibilidade de aplicar a doutrina dos sistemas xerais tras a Lei 8/2007. A fundamentación é a seguinte:

“Sentada pois a procedencia de valorar o terreo expropiado conforme os preceptos da Lei 8/2007, corresponde agora establecer se a dita norma modificou os criterios de valoración que se contiñan na Lei 6/1998 respecto ao solo non urbanizado, e especialmente a posibilidade de seguir aplicando a xurisprudencia referida a sistemas xerais destinados a crear cidade, invocada polo recorrente. Esta xurisprudencia, que interpretaba as normas de valoración contidas na Lei 6/1998 (en concreto do seu artigo 25), nas cales se partía de que os terreos se deben taxar segundo a súa clasificación urbanística, sostíña como excepción que, nos casos en que uns terreos destinados a sistemas xerais se atopen clasificados como non urbanizables ou carezan de clasificación específica, procede valoralos como urbanizables sempre e cando a infraestrutura que xustificase a súa expropiación estivese destinada a crear cidade, o que obrigaba a valorar tales infraestruturas ou servizos e a súa integración na estrutura urbana co fin de determinar se contribuía a crear cidade e se a súa valoración como solo non urbanizable xeraba un indebido illamento ou singularización respecto do seu ámbito. O fundamento desta xurisprudencia baseábase, pois, no principio de equidistribución das cargas e dos beneficios derivados do plan, intentando evitar que por razón da súa clasificación formal no plan se prexudicase aqueles propietarios respecto aos demais propietarios non expropiados que se beneficiarían da expansión da cidade. Esta xurisprudencia establecera, non obstante, algunhas correccións negándose a aplicación sen máis daquela tese ás calzadas interurbanas, pois doutro xeito chegaríase ao absurdo de considerar urbanizable todo solo sobre o que se proxecte establecer unha vía de comunicación, incluídas as autoestradas, as estradas nacionais en toda a súa extensión e as redes ferroviarias (véxase a Sentenza do 29 de abril de 2004, xa aludida, e a máis recente do 16 de xuño de 2008 –casación 429/05, FX 1.º–). A Lei 8/2007 cambia os criterios de valoración do solo, desvinculando a súa taxación da súa clasificación urbanística, para atender exclusivamente á súa situación; así se establece expresamente no artigo 21.2 da dita norma, ao sinalar que o solo se taxará na forma establecida nos artigos seguintes, segundo a súa situación e con independencia da causa da valoración e do instrumento legal que a motive. Aténdese, polo tanto, á situación fáctica ou real do terreo no momento da súa valoración, distinguindo no seu artigo 12 dúas situacións posibles: solo rural ou solo urbanizado.

A situación de solo rural non só se aplica aos terreos que tradicionalmente se consideraron como tales, por estaren excluídos do proceso de transformación urbanística ou pola protección dos seus valores ecolóxicos, agrícolas, gandeiros e forestais, entre outros, senón tamén (artigo 12.b) para o solo para o que os instrumentos de ordenación territorial e urbanística prevexan ou permitan o seu paso á situación de solo urbanizado, ata que remate

Regap



NOTAS

a correspondente actuación de urbanización, e calquera outro que non reúna os requisitos a que se refire o apartado seguinte.

Pola contra, tan só pode valorase como solo urbanizado o que se integra de forma legal e efectiva na rede de dotacións e servizos propios dos núcleos de poboación, contando con todas as dotacións e servizos requiridos pola lexislación urbanística sen ou poidan chegar a contar con eles sen outras obras que as de conexión das parcelas ás instalacións xa en funcionamento. De aí que non se alcanza a consideración de solo urbanizado ata que se concluíu o proceso de urbanización.

Así, o solo rural, tal como foi definido pola lei, valórase, segundo dispón o artigo 22 da dita norma, mediante a capitalización da renda anual real ou potencial, a que sexa superior, da explotación segundo o seu estado no momento ao que deba entenderse referida a valoración sen que en ningún caso (...) poderán considerarse expectativas derivadas da asignación de edificabilidades e usos pola ordenación territorial ou urbanística que non fosen aínda plenamente realizados.

En definitiva, a Lei 8/2007 desvincula a valoración do solo da súa clasificación urbanística e atende unicamente á súa situación fáctica como solo completamente urbanizado. En palabras do Tribunal Constitucional na súa recente Sentenza 141/2014 do 11 de setembro, a actual opción do lexislador de desligar definitivamente a valoración da clasificación do solo persegue, por outra parte, tal como se explica na exposición de motivos da lei, paliar a especulación, en liña co mandato constitucional ex artigo 47 CE, e lograr que a valoración se leve a cabo conforme o “que hai” e non ao que “di o plan que pode chegar a haber nun futuro incerto”, para cuxos efectos a lei distingue dúas situacións: a de solo rural, que é aquel que non está funcionalmente integrado na trama urbana, e a de solo urbanizado, que é o que foi efectiva e axeitadamente transformado pola urbanización. Ambos os dous valóranse, como segue razoando a exposición de motivos, “segundo a súa natureza, sendo así que só no segundo a dita natureza integra o seu destino urbanístico, porque ese destino xa se fixo realidade.

Este cambio tamén afecta aos solos que se destinen ou polos que vaian discorrer infraestruturas e servizos públicos de interese xeral supramunicipal, como é o caso que nos ocupa, pois tamén nestes casos se atenderá ao que a norma denomina situación básica dos terreos. E así o dispón expresamente o artigo 12.2 no seu apartado segundo ao establecer que este criterio de valoración será tamén de aplicación aos solos destinados a infraestruturas e servizos públicos de interese xeral supramunicipal, tanto se estivesen previstos pola ordenación territorial e urbanística como se fosen de nova creación, cuxa valoración se determinará segundo a situación básica dos terreos en que se sitúan ou polos que discorren de conformidade co disposto nesta lei.

Tales previsións normativas non permiten tomar en consideración as características da infraestructura que xustifica a expropiación nin a súa influencia no desenvolvemento posterior da cidade, para atender unicamente á situación fáctica dos servizos urbanísticos cos que conta o terreo expropiado no momento da súa valoración, polo que non resulta posible aplicar a xurisprudencia de sistemas xerais invocada polo recorrente, dado que xa non é posible valorar o solo rural como se estivese de facto urbanizado e contase con todos os servizos urbanísticos necesarios, polo feito de que transcorra unha infraestructura supramunicipal, con independencia das súas características e a súa integración no planeamento municipal”.

En definitiva, á hora de valorar os terreos que se vexan afectados por unha expropiación para executar unha infraestrutura supramunicipal, cumprirá ter en conta a súa situación real, tal como se dispón na actual lexislación do solo estatal, con independencia de que a dita infraestrutura poida ou non crear cidade e de que estea contemplada no planeamento municipal" ».

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Plan xeral de ordenación municipal. Nulidade por omisión de avaliación ambiental estratéxica

O TSXG, na súa Sentenza do 31 de maio de 2018 (rec. 4311/2016, relator: Recio González), declara a nulidade total do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Muxía, aprobado definitivamente por Orde da Xunta de Galicia do 11 de abril de 2016, por terse omitido durante a súa tramitación a preceptiva avaliación ambiental estratéxica (EAE). Entre outras consideracións incide o tribunal en:

«(...) Que non se aplique a Lei 21/2013 pode derivar da súa DT 1.ª. Pero aplícase a Lei 9/2006. (...) unha cousa é que consideren que non hai vulneracións aos valores ambientais protexidos e outra que non teña que someterse por iso á EAE, cando admiten que son terreos integrados na Rede Natura. Non pode compartirse que soamente pola súa clasificación, para os efectos urbanísticos, se teña que chegar á conclusión de que xa son obxecto de protección integral, porque unha cousa é a correcta clasificación do solo de acordo coa normativa urbanística e outra distinta que non se someta a EAE, sen que poidan as administracións demandadas determinar sen respectar a lei cales son os posibles riscos ambientais decidindo tendo en conta só á clasificación do solo que é o que ha de someterse ou non á EAE. A iso cómpre engadir que a propia testemuña-perito admite que o termo municipal está incluído no LIC, en concreto cinco parroquias. De forma que cabe dicir que, aínda que o requisito temporal se cumpre para a obriga da EAE, o que falta é a motivación para non sometelo. (...) Non se pode compartir esta motivación para a declaración de inviabilidade porque, conforme sinala a lei, estamos ante un suposto previsto no seu artigo 6: é un municipio que en gran parte se atopa na zona de especial conservación ZEC Costa da Morte delimitada no Decreto 37/2014, polo que se declaran zonas especiais de conservación os lugares de importancia comunitaria de Galicia e se aproba o plan director da Rede Natura 2000 de Galicia (en concreto, todos os terreos situados entre a praia de Area Maior e a desembocadura do río do Castro). A Lei 42/2007, do 13 de decembro, do patrimonio natural e da biodiversidade, contén no seu artigo 46 as medidas de conservación da Rede Natura 2000: "Calquera plan, programa ou proxecto que, sen ter relación directa coa xestión do lugar ou sen ser necesario para esta, poida afectar de forma apreciable ás especies ou hábitats dos citados espazos, xa sexa individualmente ou en combinación con outros plans, programas ou proxectos, someterase a unha axeitada avaliación das súas repercusións no espazo, que se realizará de acordo coas normas que sexan de aplicación, segundo o establecido na lexislación básica estatal e nas normas adicionais de protección ditadas polas comunidades autónomas, tendo en conta os obxectivos de conservación do dito espazo. Á vista das conclusións da avaliación das repercusións no espazo e supeditado ao disposto no apartado 5, os órganos competentes para aprobar ou autorizar os plans, programas ou proxectos só poderán manifestar a súa

regap



NOTAS

conformidade con estes despois de se teren asegurado de que non lle causará prexuízo á integridade do espazo en cuestión e, se procede, tras telo sometido a información pública. Os criterios para a determinación da existencia de prexuízo á integridade do espazo serán fixados mediante orde do Ministro de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente, oída a Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.

Non se avaliaron os efectos significativos sobre o medio ambiente das determinacións do PXOM de Muxía, polo que procede, con estimación da demanda e ao considerar non suficientemente xustificadas o non sometemento do plan á avaliación ambiental estratéxica, a estimación da demanda e conseguinte anulación deste, pola falta de sometemento a avaliación ambiental estratéxica do PXOM de Muxía, afectando a áreas da Rede Natura e non xustificarse debidamente a omisión do procedemento ambiental legalmente exixido».

3.2 Plan de delimitación de espazos e usos portuarios de porto de interese xeral. Nulidade por omisión de avaliación ambiental

A Sentenza do 4 de decembro de 2017 da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional (rec. 324/2015, relator: Ruiz Piñeiro) declara a nulidade da Orde do Ministerio de Fomento 822/2015, do 13 de abril, pola que se aprobou a Delimitación de Espazos e Usos Portuarios (DEUP) do Porto de Vigo, xa que:

«(...) a tramitación da DEUP impugnada debeu ser sometida ao correspondente trámite de avaliación ambiental. En primeiro lugar, debemos destacar que a zona afectada está parcialmente incluída na Rede Ecolóxica Europea Natura 2000, nos termos que reflicte o actor no escrito de conclusións. Para estes efectos, baste sinalar que o recorrente afirma que están expresamente na zona de servizo marítimo do Porto de Vigo as augas adxacentes das Illas Cíes, parte interior da ría, así como a enseada de San Simón e partes afectas á Costa da Soavela e as illas Estelas. Podería resultar afectado o Parque Natural Terrestre das Illas Atlánticas, a referida Rede Natura 2000 e Lugares de Importancia Comunitaria de Galicia. Ningunha alusión a todo iso se fai na resolución de 2012 que consta nos folios 245 e seguintes do expediente, que realiza unha fundamentación xenérica, limitándose a afirmar que a versión definitiva da modificación da Delimitación dos Espazos e Usos Portuarios do Porto de Vigo non define un marco para futuros proxectos nin supón afeccións significativas sobre o medio ambiente. En segundo lugar, parécenos tamén relevante que a innecesariedade do trámite de avaliación ambiental se decide na citada resolución de 2012, pero o DEUP que se impugna foi posteriormente modificado respecto do que examinou a Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental do Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente».

3.3 Demolición de edificacións en execución de sentenza anulatoria de licenza urbanística ditada nun proceso contencioso-administrativo. Protección, no incidente xudicial, do propietario terceiro de boa fe

Na Sentenza do TS do 25 de maio de 2018 (rec. 325/2016, relator: Tolosa Tribiño), referida a Galicia, clarifícase a interpretación da garantía establecida no artigo 108.3 da Lei 29/1998 reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (modificado pola Lei orgánica 7/2015) en favor do propietario (terceiro de boa fe) de edificacións que deben demolerse en execución de sentenza anulatoria da súa licenza urbanística, nos seguintes termos:

«(...) Sostén a parte recorrente que a única interpretación do precepto sería fixar por parte do xuíz e en execución de sentenza o importe da indemnización a resarcir, o responsable desta e unha data para o seu aboamento ao terceiro afectado, integrando para iso dentro do incidente de execución de sentenza a tramitación por parte da Administración pública dun expediente de responsabilidade patrimonial do que resulten tales datos. A Sentenza [do Tribunal Supremo] do 21 de marzo de 2018 contén distintos razoamentos que nos permiten alcanzar unha conclusión contraria á sostida no recurso (...). Conclúe a sentenza “que a exigencia da prestación de garantías suficientes para responder ao pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe, á cal se refire o precepto como condición previa á demolición dun inmovible ordenada por un xuíz ou tribunal, non precisa a tramitación dun procedemento contradictorio nin require que tales indemnizacións fosen fixadas como debidas nun procedemento de responsabilidade patrimonial ou nun incidente de execución de sentenza en que se declare e recoñeza o dereito do terceiro e determine a cantidade líquida que resulte exíxible por este, senón que se configura como un trámite integrado na execución de sentenza, que consiste na adopción polo órgano xurisdiccional das medidas de aseguramento que resulten suficientes para responder ao pagamento das indemnizacións que se lles poidan recoñecer a terceiros de boa fe á marxe do proceso, medidas de aseguramento que deben ser valoradas, na súa existencia e alcance, polo órgano xudicial atendendo aos datos e elementos de xuízo de que dispoña e poida solicitar no procedemento, resolvéndose as controversias que poidan xurdir respecto diso no correspondente incidente de execución de sentenza, como dispón o artigo 109.1 da Lei xurisdiccional”. (...)»

Por esas razóns e no referente á pretensión exercitada, a sentenza rexeita que, ata o momento en que se resolva sobre a determinación do carácter debido das indemnizacións, non se proceda á demolición das vivendas, pois “tal demolición non se condiciona a esa determinación senón á prestación de garantías suficientes nos termos que xa indicamos antes, da mesma forma que a adopción das medidas necesarias ao efecto non suspende o procedemento de execución e non impide, polo tanto, que tamén se vaian adoptando as medidas convenientes para facer efectiva no seu momento a demolición, como é o caso do requirimento ao Goberno de Cantabria que se acorda no auto impugnado, para os efectos de identificar a persoa responsable do derrubamento e informar sobre as actuacións que se levaron a cabo ao respecto e que cuestiona a recorrente”.

(...) Ademais diso, ningunha incompatibilidade se advirte entre o feito de que a Administración por mandato xudicial, mesmo por iniciativa propia, inicie un procedemento de responsabilidade patrimonial para fixar as indemnizacións derivadas dunha ilegalidade urbanística, coa aplicación concreta do artigo 108.3 LXCA, dado que, se o dito expediente culmina e se aboan as indemnizacións fixadas neste, resulta evidente que non será preciso o xogo do precepto controvertido, xa que os dereitos dos terceiros afectados non necesitarán ser garantidos, ao ter quedado previamente completamente satisfeito. (...) En definitiva, o que resalta a resolución que é obxecto de recurso, en consideración que compartimos, é a fraude de lei que suporía que o concello nunca resolvese o expediente de responsabilidade patrimonial e o presunto prexudicado non reaccionase ante a desestimación presunta da súa reclamación, pois así obteríase, de feito, unha inexecución indefinida dunha sentenza firme, conculcando o dereito á execución das sentenzas, que, como reiteradamente declarou o Tribunal Constitucional, forma parte do dereito á tutela xudicial efectiva establecido no artigo 24.1 da Constitución. (...).

Regap



NOTAS

OITAVO.- En concreto o que expón o recorrente é se “o terceiro implicado no asunto deste recurso debe ser considerado como tal, xa que o promotor en cuestión desde o momento en que presentou unha solicitude de licenza de obras e a obtivo con todos os parabéns da Administración, sendo anulada a posteriori polos tribunais de xustiza coa conseguinte demolición, nesas circunstancias ten un marcado carácter de terceiro de boa fe á luz do noso dereito civil e administrativo, sobre todo cando non se demostrou o contrario”. Este tema é unha das cuestións máis relevantes que presenta o novo precepto, exixindo analizar se esa condición de terceiros só pode predicarse dos que teñan un título de propiedade, ou se tamén cabe estendelo aos que gozan do inmovible por outro título, como por exemplo o arrendatario, ou se cabe considerar como tal o promotor ou construtor respecto das vivendas non alleadas, etc., como acontece neste caso. (...) DÉCIMO: O primeiro que cabe aclarar é que a condición de terceiros de boa fe non pode predicarse exclusivamente dos titulares de edificacións que constitúan a súa vivenda habitual ou o lugar onde desenvolven a súa actividade profesional, dado que tal restrición suporía deixar fóra da protección do precepto o groso dos supostos reais que adoitan afectar a residencias vacacionais ou segundas residencias. Non obstante, e en consonancia co criterio exposto na nosa anterior sentenza, debemos concretar que a finalidade do novo artigo 108.3 da LXCA é dispensarlles protección ás persoas que gozan de boa fe dunha edificación e, con posterioridade, unha sentenza xudicial ordenou a súa demolición por considerala ilegal, sen que tivesen coñecemento da situación de ilegalidade en que se atopaba á devandita edificación. Consecuentemente, o promotor que obtivo a licenza declarada nula non pode ser considerado terceiro de boa fe comprendido no artigo 108.3 LRXCA. En primeiro lugar, porque como titular da licenza foi parte no proceso e, en consecuencia, non pode ser considerado terceiro. En segundo lugar, o artigo 108.3 vén salvagardar os intereses de terceiros que non son titulares da licenza cuxos dereitos poidan verse afectados pola demolición da obra amparada na licenza sen teren sido parte no proceso. En definitiva, o titular da licenza declarada nula que interveu no recurso non é un terceiro alleo ao proceso ao que se lle poida ter como terceiro de boa fe para os efectos do artigo 108.3 LRXCA».

3.4 Disciplina urbanística. O expediente tramitado para cumprir unha sentenza de condena por inactividade da Administración non está sometido a prazo de caducidade

Na Sentenza do TSXG do 19 de abril de 2018 (rec. 4458/2017, relator: Recio González) clarifícase a inaplicación da institución da caducidade aos expedientes administrativos de disciplina urbanística que se tramitan para cumprir a condena xudicial a un concello de restaurar a legalidade urbanística infrinxida por un particular, co seguinte argumento:

«(...) Na sentenza fíxabase un prazo procesual para o seu cumprimento, en concreto de tres meses, transcorrido o cal non pode considerarse producida a caducidade. Trátase dun prazo procesual, non se pon en dúbida que transcorreu, pero a solución acollida na sentenza apelada, ademais de non estar prevista legalmente, levaría consigo á utilización desta vía fraudulenta pola Administración de deixar transcorrer os prazos concedidos para a execución de sentenza, ou ben o prazo xeral contido no artigo 112 da LXCA, sabendo que desta forma se produciría a caducidade. Esta non sería apreciable mesmo transcorrendo o prazo de caducidade dun ano previsto na LOUGA para tramitar o procedemento en urbanismo cando se trate dun procedemento de execución de sentenza, sen prexuízo de que de transcorrer

sexa declarada, xa que nunca se produce automaticamente, e que en execución da sentenza se inicie a tramitación de novo procedemento, sen prexuízo da conservación dos actos que sexan válidos».

4 Persoal

4.1 Cesamento de funcionarios temporais. Só teñen dereito a percibir unha indemnización se o vínculo de interinidade incorreu en fraude de lei

A Sentenza do TSXG do 6 de xuño de 2018 (rec. 100/2018, relator: Rivera Frade) desestima a reclamación indemnizatoria interposta polo cesamento dunha funcionaria interina da Universidade de Vigo tras máis de seis anos desempeñando un posto vacante, ao considerar que:

«(...) é verdade que nos atopamos neste caso ante unha prestación de servizos da apelante como funcionaria interina de forma ininterrompida durante 6 anos e medio, na mesma categoría profesional, no mesmo campus e para a mesma Administración pública. E foino para atender necesidades non de urxente necesidade, senón estruturais e permanentes da Administración. Pero isto foi o que xustificou o seu nomeamento como interina para ocupar o posto de traballo litixioso, e foino por vacante en virtude de dous nomeamentos sucesivos, isto é, por carecer de titular o posto que ocupaba. (...) Non existe unha norma que fixe unha duración máxima da relación de interinidade, senón que se poderá manter durante o tempo en que a praza para a que foi nomeado se mantéña en situación de vacante, o cal constitúe unha das causas previstas na lei para a cobertura por funcionario interino (...). O único incumprimento que se lle podería atribuír á Administración é (...) o do artigo 70 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, o atraso na execución das ofertas públicas de emprego, isto é, o atraso en pór en marcha os mecanismos que o ordenamento xurídico arbitra para que a situación de vacancia non se prolongue no tempo (...). En definitiva, ao non entenderse que se produciu un abuso nos nomeamentos da actora como funcionaria interina e o seu mantemento durante os seis anos e medio en que estivo a ocupar o posto de traballo litixioso, decaen non só os argumentos baseándose nos cales invoca a súa condición de persoal indefinido non fixo, senón tamén, e por derivación do anterior, aqueles en virtude dos cales alega ter sido privada da posibilidade de participar nun proceso selectivo para adquirir a praza en propiedade, e decae tamén a posibilidade de ser indemnizada cunha indemnización equivalente a 20 días de ano traballado, pretensión esta última que, segundo se desprende da cita que fai no seu recurso da Sentenza do TSX de Castela e León do 23 de decembro de 2017, a vencella á existencia dun uso abusivo e fraudulento dos nomeamentos, o cal foi descartado».

O mesmo TSXG, na súa Sentenza do 30 de maio de 2018 (rec. 283/2017, relator: Seoane Pesqueira), recoñece fronte á mesma universidade o dereito doutro auxiliar interino, con vínculo temporal fraudulento pero correctamente cesado, a percibir unha indemnización equivalente ao salario de 20 días por ano de servizo, cos seguintes argumentos:

«(...) O problema xorde cando, unha vez apreciado tal carácter abusivo ou fraudulento das prórrogas de nomeamentos, se han de concretar as consecuencias xurídicas, xa que neste caso previamente se produciu a execución da RPT aprobada en 2016 e a cobertura regulamentaria

Regap



NOTAS

da praza, de xeito que non cabe a declaración de indefinido non fixo do actor (...); por iso tampouco pode ser aplicable o artigo 28.1 da Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia (...), xa que non existiu unha sentenza xudicial firme que recoñecese a situación laboral de carácter indefinido (...). De cara a buscar a consecuencia ao encadeamento fraudulento de nomeamentos temporais en casos como este de cobertura regulamentaria da praza, hoxe a xurisprudencia social atópase resumida na Sentenza do 28 de marzo de 2017 do Pleno da Sala do Social do Tribunal Supremo (recurso 1664/2015), segundo a cal, se se amortiza a vacante ou se produce a cobertura regulamentaria da praza, indemnízase como se se tratase de despedimento por causas obxectivas, isto é, 20 días por ano de servizo (...). Incúmbelle ao xuíz nacional achar unha medida eficaz no ordenamento xurídico nacional para sancionar os abusos cometidos coas persoas que prestan servizos para a Administración en réxime de dereito administrativo (...). É dicir, a solución pola que optou o xulgador a quo é a procedente neste caso, unha vez que cómpre desbotar a readmisión do demandante».

4.2 Persoal interino para a execución de programas de carácter temporal. A Administración non incorre en fraude se se prolonga a interinidade durante varios anos pola prórroga do programa. Inexistencia de dereito a indemnización por cesamento

Na súa Sentenza do 25 de abril de 2018 (rec. 48/2018, relator: López González) desestimou a reclamación formulada fronte a un concello polo cesamento dun funcionario interino nomeado para a execución de programas de carácter temporal, tras sete anos de servizos, coa seguinte motivación:

«(...) Nomeouse, por Decreto do 14 de maio de 2010, a demandante auxiliar administrativa, en condición de funcionaria interina, grupo C2, tendo tomado posesión do seu posto de traballo o 18 de maio do mesmo ano. Tal nomeamento tiña por obxecto o desenvolvemento das funcións inherentes á execución do Proxecto URBAN para a rexeneración urbana dos barrios históricos de orixe da cidade marítima de Ferrol, e mentres este estivese vixente. O referido proxecto requiría a tramitación de expedientes de contratación na unidade correspondente que non dispuña de persoal suficiente para tal fin, e iso motivou a interina adscrición da actora a esa unidade, na cal realizou tarefas administrativas en relación coas contratacións que o proxecto xeraba, así como respecto doutros expedientes contractuais alleos a este. O dito proxecto mantívose en vigor ata a súa conclusión o 31 de decembro de 2016. (...) Estamos ante un nomeamento por razón de urxente necesidade para o desempeño de funcións propias dun funcionario de carreira cando concorren determinadas circunstancias, neste caso a execución dun programa de carácter temporal, ademais das propias da unidade, e esa situación é a que define o funcionario interino.

(...) Certo é que o Proxecto URBAN se estendeu na súa execución e desenvolvemento ata o 31 de decembro de 2016, rompendo as previsións iniciais que o estendían ata o 30 de xuño de 2011, e que durante ese tempo a actora tivo que tramitar expedientes de contratación alleos á materia do proxecto en si, pero non o é menos que, por unha banda, iso supuxo unha vantaxe ou beneficio para a recorrente, que viu así prolongada a súa actividade de traballo respecto da inicialmente prevista, máxime cando para aquela execución, á marxe de previsións temporais, non se fixaba un prazo concreto que resultou prolongado no tempo e que concluíu por aplicación da Lei 15/2014, do 18 de setembro (modificativa do artigo 10 da

Lei 7/2007), que si introduciu unha duración máxima para a execución de catro anos; e, por outro, que se o incremento de persoal na unidade tiña por obxecto non só a execución do repetido programa, senón tamén a non paralización da tramitación do resto de expedientes de contratación alleos ao proxecto, lóxico parece que a actividade da actora non se constrinxise exclusivamente ao programa e tivese que tramitar igualmente o resto de expedientes. E si o autorizan os artigos 10 do Estatuto básico do empregado público e 25 da Lei de emprego público de Galicia, baixo o concepto de acumulación de tarefas. (...) En consecuencia, o posto que ocupaba a actora era de carácter temporal, non estrutural; o seu nomeamento non tiña por obxecto a cobertura de necesidades de carácter permanente; non aparece recollido na relación de postos de traballo; e, por iso, non cabe falar de fraudulento nomeamento da actora nin de renovación ou sucesivas e concatenadas contratacións desta para o dito posto de interina que permitan falar de nomeamentos de carácter indefinido nos termos a que alude a directiva comunitaria invocada ou a xurisprudencia sentada no seu desenvolvemento. E o seu cesamento axustouse ao previsto: a expiración do Proxecto URBAN ou, o que é igual, a desaparición das razóns de necesidade que determinaron o nomeamento».

4.3 Reclamación dos enfermeiros de centros sanitarios públicos de recoñecemento como “tempo efectivo de traballo” o consumido no cambio de quenda para a transmisión de información sobre o estado dos pacientes (solapamento)

A Sentenza do TSXG do 18 de abril de 2018 (rec. 31/2018, relator: López González) desestima a reclamación interposta polos enfermeiros dun centro hospitalario público de recoñecemento como tempo efectivo de traballo o habitualmente dedicado por enriba da súa xornada laboral, no momento de cambio de quenda, á transmisión da información clínica relevante para garantir a continuidade asistencial no servizo –“solapamento”–. Afirma o seguinte ao respecto:

«(...) Coincide este tribunal co parecer do xulgador de instancia no que se refire ás vantaxes que para o bo funcionamento dos servizos asistenciais derivarían da contemplación e regulación normativa dese período dedicado á información clínica e asistencial dos pacientes. Tal coincidencia de criterio prodúcese tamén en canto ao non recoñecemento, neste caso, dese pretendido exceso de xornada/tempo de traballo/solapamento.

Na Comunidade Autónoma de Galicia non existe norma legal ou regulamentaria nin acordo convencional entre as partes interesadas que avale a pretensión das actoras. Tampouco quedou acreditado de forma fidedigna que as demandantes, de modo habitual, cumplan o trámite informativo a que aluden e dediquen a iso o tempo que indican. Se é que o fan, non cabe dúbida de que é pola súa propia vontade, conduta que resulta plausible, pero que, de ningún xeito lle pode ser exixida, e non podería selo sen regulación previa.

O que as recorrentes postulan non é o recoñecemento dun dereito, pois este non existe ao non atopar sustento normativo en que asentarse; non cabe instar o recoñecemento dun dereito inexistente; o que piden non é senón unha alteración do réxime da súa xornada de traballo e a dita alteración só pode vir determinada por unha regulación normativa que emane dunha negociación previa entre os representantes dos empregados e os órganos directivos da Administración. Iso suporía unha reorganización do sistema, neste caso da xornada de

Regap



NOTAS

traballo, respecto da cal este órgano xurisdiccional nada pode decidir so pena de excederse no seu labor e invadir a esfera de acción da concertación social. Tería podido prosperar a pretensión deducida se, efectivamente, o SERGAS lles impuxese aos seus empregados, en atención a un concerto previo, ou mesmo tolerase, en ausencia de normativa legal ou convencional, unha prolongación da xornada a aquel fin informativo, o que aquí non sucede. De aí que a pretensión das actoras se deba conceptuar como o exercicio dun dereito de petición acerca dunha nova ordenación da función pública sanitaria, seguramente máis idónea e acertada que a actual para o desenvolvemento do servizo e que as partes implicadas deberan estudar de cara ao futuro, pero de ningún xeito dun dereito individualmente recoñecible que, polo momento, carece de amparo normativo no noso ordenamento.

QUINTO.- Que noutros servizos de saúde de diferentes comunidades autónomas se contemple e regule ese dereito ao exceso de xornada/tempo de traballo/solapamento non determina a súa extrapolación, sen máis, á Comunidade galega, mesmo cando si poida servir de exemplo para que se inicie, polo menos, o estudo de posibilidade de acoller idéntica solución. De aí que a sentenza invocada pola parte recorrente, ditada pola Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía (Granada), con data do 21 de abril de 2016, confirmada en casación pola Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de xuño de 2017 (recurso n.º 170/2016), non poida producir neste suposto o efecto pretendido pola representación apelante. E iso polas seguintes razóns:

1.º- Porque nese caso o recurso era formulado pola central sindical de enfermaría SATSE en representación do colectivo de enfermeiros.

2.º- Porque, mesmo cando o pacto de concertación social en Andalucía non definía o concepto de xornada de traballo nin contemplaba o exceso por solapamento, o certo é que estaba acreditado o tempo dedicado a esa información clínica como práctica habitual, o que non sucede no caso que nos ocupa.

3.º- Que non debemos esquecer que se trata dunha sentenza ditada no marco da xurisdición social en que se resolve un suposto de conflito colectivo, que presupón unha controversia que pode ser solucionada aplicando unha norma xurídica, pois o que se cuestiona é a existencia, o alcance, o contido ou os suxeitos dunha relación xurídica disciplinada pola lei ou polo convenio colectivo, ou afectada por decisión ou práctica de empresa. Pola contra, no caso axuizado, estamos ante un conflito de intereses ou económico que ten como finalidade a modificación da orde xurídica preestablecida, cambiando dalgún xeito as condicións de traballo e, como é lóxico, estas controversias non poden atopar solución en dereito, nin o xuíz pode suplantar a actividade negociadora das partes, único procedemento para pacificar a situación (sentenzas do Tribunal Supremo do 19 de abril de 2000 –recurso 2980/99–; do 1 de xuño de 2010 –recurso 73/09–; do 13 de maio de 2014 –recurso 109/13–; do 21 de outubro de 2014 –recurso 308/13–; e do 20 de xaneiro de 2015 –recurso 207/13–). E

4.º- Porque SATSE non pretendía –de ningún xeito – alterar a orde normativa que rexe as relacións dos enfermeiros coa demandada APESHIP, senón tan só que un determinado período de actividade interquendas, procesualmente acreditado e non expresamente regulado no convenio colectivo, obteña o tratamento de tempo efectivo de traballo que impón a obrigada aplicación da Directiva 93/104/CE. E isto non é alterar a orde xurídica establecida e cambiar as condicións de traballo, senón –máis ben ao contrario– aspirar a que a empresa respecte e faga efectivas as normas de obrigado cumprimento. E debe observarse tamén –con iso

volvemos á cuestión revisoria tratada no fundamento xurídico precedente, in fine– que esta sala xa indicou nalgũa ocasión que o feito de que «as partes intenten solucionar o obxecto litixioso á marxe da canle xudicial en absoluto supón que non haxa posibilidade de residencialo ante os tribunais... Non se trata de decidir como han de ser as cousas (conflito de intereses), senón como son á vista das normas aplicables (conflito xurídico)» (literalmente, Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de maio de 2015 –recurso 56/14–)».

4.4 Restricións á cobertura de postos de traballo da Administración autonómica por persoal laboral

A Sentenza do TS do 5 de xuño de 2018 (rec. 3174/2015, relator: Teso Gamella) confirma en casación a sentenza do TSXG anulatoria dun precepto do *Decreto da Xunta de Galicia 1/2014, do 9 de xaneiro, regulador do Centro de Recuperación Integral para Mulleres que Sofren Violencia de Xénero, en que se prevía a posibilidade de que o seu director fose contratado en réxime laboral (alta dirección). Afirmase o seguinte na sentenza:*

«(...) A Administración recorrente postula que resulta de aplicación ao caso o denominado persoal de “alta dirección” por aplicación directa do artigo 13 do EBEP (cos seus caracteres de natureza directiva, mérito e capacidade, eficacia e eficiencia, e se é laboral resulta aplicable o réxime especial da “alta dirección”).

Convén, antes de nada, recordar a clasificación dos empregados públicos que fai o artigo 8 do EBEP, cando distingue entre: a) Funcionarios de carreira. b) Funcionarios interinos. c) Persoal laboral, xa sexa fixo, por tempo indefinido ou temporal. E d) Persoal eventual. Nesta orde de cousas, a definición, polo que atinxe ao caso, do persoal laboral, no artigo 11 da mesma lei, comprende aqueles que en virtude de contrato de traballo formalizado por escrito, en calquera das modalidades de contratación de persoal previstas na lexislación laboral, prestan servizos retribuídos polas administracións públicas. En función da duración do contrato, este poderá ser fixo, por tempo indefinido ou temporal.

Pois ben, son as leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto as que establecerán os criterios para a determinación dos postos de traballo que poden ser desempeñados por persoal laboral, como dispón o citado artigo 11. E esa chamada é cuberta polo artigo 27 da Lei da función pública de Galicia, segundo a interpretación da norma autonómica que realiza a sala de instancia, cando establece como norma xeral a provisión dos postos de traballo da Administración e os seus organismos autónomos polo persoal funcionario, relacionando seguidamente as excepcións á dita norma, entre as que non se inclúe o suposto agora examinado. Do mesmo xeito, o artigo 13 do EBEP comeza sinalando que o Goberno e os órganos de goberno das comunidades autónomas poderán establecer, en desenvolvemento deste estatuto, o réxime xurídico específico do persoal directivo, así como os criterios para determinar a súa condición, de acordo, entre outros, cos principios que a continuación establece o dito artigo 13 (persoal directivo, mérito e capacidade, eficacia e eficiencia, e cando é laboral réxese polo réxime especial da “alta dirección”). O certo é que o posto de directora do centro, do artigo 3.2 do decreto impugnado na instancia, atendidas as funcións que describe o artigo 4 do mesmo decreto, non encaixa na definición do persoal directivo que fai o artigo 13.1 do EBEP, cando declara que é persoal directivo o que desenvolve funcións directivas profesionais nas administracións públicas, definidas como tales nas normas específicas de cada Administración. Téñase en conta que as devanditas funcións

Regap



NOTAS

directivas profesionais non se corresponden coas que se enumeran no citado artigo 4 do decreto impugnado na instancia. Isto é, funcións de coordinación, velar polo cumprimento dos dereitos, elaborar memorias, informes e estatísticas, e realizar labores de asistencia e xestión que encomende a Secretaría Xeral de Igualdade.

CUARTO.- Debemos reparar, ademais, en que a disposición derradeira primeira do decreto impugnado na instancia realiza a caracterización do centro creado, cando prevé que o dito Centro de Recuperación Integral para Mulleres que sofren Violencia de Xénero se configura como unha unidade adscrita á Secretaría Xeral de Igualdade, que ten competencias en materia de atención integral ás vítimas da violencia de xénero. (...).».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Lexitimación activa ad procesum de sociedade de responsabilidade limitada. Necesidade de adoptar previamente acordo societario para promover o litixio. É posible emendar a súa omisión ao longo do proceso

A Sentenza do TS do 1 de xuño de 2018 (rec. 1056/2016, relator: Córdoba Castroverde) revoga a do TSXG impugnada que non admitira un recurso contencioso-administrativo interposto por unha sociedade de responsabilidade limitada por non ter adoptado antes do inicio do proceso o preceptivo acordo corporativo de promover o preito. Incide o alto tribunal nesta sentenza en que:

«(...) non é exixible que a autorización para litigar deba adoptarse con anterioridade á interposición do recurso contencioso-administrativo. Á vista desta xurisprudencia, a decisión do tribunal de instancia considerando que a ausencia dun acordo corporativo previo non era emendable é contraria ao artigo 138 da LX en relación co artigo 45.2.d) da LX e á xurisprudencia antes sinalada. Por iso, o defecto apreciado era emendable e o tribunal debeu entrar a valorar o documento presentado no trámite de conclusións, sendo indiferente que o acordo achegado levase data posterior á interposición. Todo iso implica a estimación deste motivo e exige entrar a considerar se o documento presentado serve para acreditar o presuposto exixido no artigo 45.2.d) da LX.

CUARTO.- Acordo adoptado polos administradores mancomunados dunha sociedade de responsabilidade limitada. Este tribunal tivo ocasión de pronunciarse en innumerables sentenzas sobre as exixencias deste requisito procesual, nas cales se afirmou que se trata de acreditar a decisión de litigar dunha persoa xurídica, que deberá ser tomada polo órgano a quen as normas reguladoras desta lle atribúan tal facultade, co fin de evitar o risco de iniciar un litixio non querido, ou que xuridicamente non caiba afirmar como querido pola entidade que figure como recorrente. (...) A acreditación dese extremo é, polo demais, ben sinxela. Á falta dunha previsión estatutaria ad hoc que lle atribúa algún ámbito de intervención á Xunta Xeral, enténdese que esa decisión corresponde ex lege ao administrador (artigo 209 da Lei de sociedades de capital), polo que basta achegar os estatutos e verificar se existe algunha cláusula atributiva de competencia á Xunta Xeral na materia que nos ocupa. Se non a hai, é dicir, en defecto de previsión específica atributiva de competencia á Xunta Xeral, adquire plena operatividade a competencia inicial e xeral que a Lei societaria lle atribúe ao administrador; pero en todo caso cómpre examinar os estatutos, pois esa competencia do

administrador para acordar o exercicio da acción non pode presumirse, desde o momento que a Lei de sociedades non a establece necesaria e incondicionalmente, nin a dá por suposta».

5.2 Posibilidade de suspender o proceso ao formularse unha “cuestión prexudicial contencioso-administrativa”

A Sentenza do TSXG do 2 de maio de 2018 (rec. 7029/2017, relator: Cibeira Yebra Pimentel) recoñece a posibilidade de suspender o prazo para ditar sentenza nun proceso contencioso-administrativo á espera de que se resolva outro conexo en trámite ante outro órgano xudicial superior:

«(...) carecería de toda lóxica que se resolvese este preito actual (sobre os efectos da dita acta) antes de que se resolvese o litixio principal en que se substancia a cuestión clave de que depende, litixio que, ademais se está a substanciar en primeira e única instancia ante un órgano superior ao xulgado, como é a Sala do TSXG, polo que, conforme os criterios ao respecto da Lei de axuízamento civil, aplicable por analoxía con carácter supletorio, procedía suspender o curso das actuacións ata que se resolvese con sentenza firme o referido proceso conexo. Fronte a iso, nada valen os argumentos do recurso que pretenden desvirtualos, porque, na liña interpretativa mantida no escrito de oposición a este por parte do INSS, aínda que o obxecto deste outro sexa a liquidación resultante da alta de oficio, está claro que esta depende esencial e exclusivamente da propia declaración desta e é a súa consecuencia necesaria en todos os aspectos. Non se vulnera, polo tanto, o disposto no artigo 43 da LAC nin o artigo 22 da Lei 23/2015, ordenadora do sistema de inspección do traballo e seguridade social. Por outro lado, por moito que se insista en que a acta da alta de oficio non é presuposto da acta de liquidación e que esta última é independente daquela, con razón se insiste na oposición ao recurso en que hai unha clara ligazón e conexión entre ambos os dous procedementos, sen que se discuta de ningún xeito a competencia e funcións da TXSS, senón a vinculación entre a declaración da alta e a liquidación sobrevida como consecuencia dela, non sendo razoable soste que poida existir unha acta de liquidación independente do acto da alta de oficio, xa que, cos matices que se di, sería practicamente imposible a existencia dunha acta de liquidación por un traballador se este non está dado de alta, do que hai que deducir que os actos de Inspección do Traballo e da TXSS eran totalmente conexos e interdependentes neste caso, xa que, aínda que se tramiten de xeito separado, están totalmente ligados e é imposible resolver un sen ter en conta o outro. En canto á alegación na apelación de falta de litispendencia entre un e outro acto, está claro que o auto do xulgado non acode a esa institución para a solución do conflito, xa que, aínda sendo certo que proveñen de actos diferenciados ditados por organismos distintos, hai tal grao de conexión entre eles –o artigo 43 da LAC está ben interpretado e aplicado– que cómpre resolver primeiro o relativo á vixencia ou non da alta de oficio sobre o que se refire ao derivado das consecuencias deste relativas á liquidación e sanción impostas partindo da consideración de que a situación da alta de oficio é a adecuada, cando o certo é que precisamente iso é o que está en discusión no outro recurso e que predetermina con carácter necesario a adecuación a dereito, ou non, da liquidación e sanción discutidas, tal como se xustifica con corrección no último apartado do escrito da TXSS, coa apropiada mención da xurisprudencia que se invoca respecto diso, ante a evidencia de que non procede resolver sobre o accesorio de algo principal, que está en espera de ser solucionado noutro recurso distinto e do que dependen necesariamente a posible validez, ou non, das liquidacións e sancións practicadas e impostas neste».

regap



NOTAS

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Reclamación de indemnización contra a Administración sanitaria por “perda de oportunidade”. Lexitimación activa dos herdeiros do paciente falecido

A Sentenza do TSXG do 7 de abril de 2018 (rec. 365/2017, relator: Rivera Frade) revoga a de instancia no sentido de recoñecerlle aos fillos da paciente falecida nun hospital público lexitimación activa para solicitar a indemnización pola “perda de oportunidade” que sufriu na atención hospitalaria:

«(...) O feito de que o falecemento tivese lugar non a consecuencia dunha defectuosa asistencia sanitaria, ou mala praxe, senón por unha perda de oportunidade, dará lugar a que a cuantificación do dano causado se faga dunha forma prudente, pero non elimina a posibilidade de que os familiares máis directos da vítima, como son neste caso o esposo e os fillos da falecida, perdan interese lexítimo en reclamar unha indemnización ao seu favor, que o será pola vía da indemnización do dano moral causado, pois ademais, tendo falecido a súa nai, titular inicialmente do dereito a reclamar, ese dereito trasládase aos seus herdeiros, os cales poderán exercer a acción correspondente para obter a reparación a que se estime que ten dereito.

Tal como se desprende dos artigos 139 e seguintes da Lei 30/1992 (artigos 32 e seguintes da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público), cando se reclama pola vía da responsabilidade patrimonial da Administración, a regra xeral é que o titular da indemnización é o/a prexudicado/a, é dicir, o particular lesionado ou que sofre o dano, por ser o único que ten dereito a percibila, e só en caso de falecemento, ou incapacidade legalmente declarada, de quen sofre directamente o dano, poden reclamar os herdeiros do prexudicado.

E malia non recoñecérselles lexitimación para reclamar aos familiares próximos de quen sofre directamente o dano se este non faleceu, pois como se razoa na Sentenza desta sala do 8 de febreiro de 2017 (recurso 312/2016) “para exceptuar a regra xeral hai que acreditar un dano autónomo ou independente a eses familiares, que non pode limitarse ao lóxico padecemento que polo común se produce, pois se abondase con invocar esa dor que ten lugar por acharse próximo ao/a prexudicado/a, a excepción tornárase en regra xeral”; non obstante, o que se cuestiona neste procedemento é a lexitimación dos fillos da vítima falecida, aos que o baremo contido na Lei 35/2015, de 22 de setembro, de reforma do sistema para a valoración dos danos e perdas causados ás persoas en accidentes de circulación, e antes no Real decreto legislativo 8/2004, do 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos de motor, lles recoñece a condición de prexudicados e, nesa condición, están lexitimados para reclamar unha indemnización, nun caso en que ademais, para despxear as dúbidas expresadas pola aseguradora no seu escrito de contestación á demanda, a parte actora no escrito de conclusións deixou claro que a cifra indemnizatoria que se solicita a favor dos fillos e do viúvo é acorde coa perda polo dano moral sufrido con motivo do falecemento da súa nai e esposa, respectivamente.

É incuestionable que os apelantes resultaron prexudicados polo falecemento da súa nai, e sufriron un dano moral autónomo que debe ser indemnizado. Por este dano moral enténdese presentada a reclamación en sede administrativa, á marxe de que nela se invocase como base desta unha deficiente prestación da asistencia sanitaria, e á marxe tamén de que na sentenza

de instancia o que se apreciou foi unha perda de oportunidade. O certo é que o resultado final foi o falecemento da súa nai e, como xa se expuxo, a perda de oportunidade non elimina a posibilidade de que os familiares máis directos da persoa falecida perdan interese lexítimo en reclamar unha indemnización, aínda que a súa cuantificación deba minorarse respecto da que lles tería correspondido de terse apreciado unha mala praxe sanitaria».

7 Subvencións

7.1 Convocatoria de subvencións para o financiamento de plans de formación de traballadores. Non se pode circunscribir exclusivamente aos sindicatos con maior representatividade

O TS, na súa Sentenza do 29 de maio de 2018 (rec. 386/2015, relator: Teso Gamella), estima un recurso da Confederación Intersindical Galega contra a Orde da Consellería de Traballo e Benestar da Xunta de Galicia do 13 de setembro de 2012 que aprobou a convocatoria de subvencións para o financiamento de plans de formación dirixidos prioritariamente a persoas traballadoras ocupadas, mediante a subscripción de convenios de ámbito autonómico (DOG 14/09/2012), en canto as restrinxe aos sindicatos e organizacións empresariais con maior representatividade. Indica así o Tribunal Supremo que:

«(...) os motivos de casación deben ser estimados, porque para ser beneficiarios das subvencións destinadas ao financiamento dos plans de formación, dirixidos prioritariamente aos traballadores ocupados, non é necesario que as organizacións empresariais e sindicais correspondentes teñan a condición de máis representativas. Así, a nosa xurisprudencia veu distinguindo, dunha banda, entre os sindicatos máis representativos respecto de todo aquilo que afecta ou está en conexión coa súa faceta institucional e, doutra, a que posúen noutros ámbitos de actuación. En particular, declaramos que, en materia de subvencións para actividades de formación e noutras análogas, non cabe excluír como posibles beneficiarios destas os sindicatos que non teñen a condición de máis representativos. Neste sentido, por todas, a Sentenza do 13 de maio de 2011, ditada no recurso de casación núm. 1997/2009, que cita sentenzas anteriores, sinalouse que, malia que en relación coa representación institucional dos intereses dos traballadores se debe reputar constitucional o outorgamento de capacidade só aos sindicatos máis representativos, cando nos enfrontamos a supostos consistentes no dereito a percibir subvencións para a organización de actividades enmarcadas dentro dos fins propios dos sindicatos “limitar as subvencións aos ditos sindicatos máis representativos vulnera o dereito á liberdade sindical (artigo 28.1, en conexión co 7 da Constitución) porque a promoción dos traballadores é atribuída pola Constitución a todos os sindicatos, sen distinción, e nos fins de promoción deben incluírse as actividades socioculturais e de formación”. Tamén o Tribunal Constitucional declarara, STC 147/2001, do 27 de xuño, que “conculca a liberdade sindical o criterio da maior representatividade como criterio exclusivo e excluínte para determinar o acceso das organizacións sindicais a unhas subvencións públicas cuxa finalidade era susceptible de incardinarse dentro dos fins de defensa e promoción dos intereses económicos e sociais que lles atribúe a Constitución española a todos os sindicatos sen distinción (...)” porque este tipo de subvencións ten incidencia na orde competitiva entre os sindicatos, de xeito que, se foren destinadas en exclusiva aos situados no vértice conforme os resultados nas eleccións, iso situaría estes nunha posición superior aos demais para ofrecer

Regap



NOTAS

mellores servizos aos traballadores, máis alá dos medios propios de que dispoñan e de calquera criterio que tome en consideración a proporcionalidade dos resultados das eleccións ou os custos que lles pode supor a participación no exercicio de funcións públicas ou calquera outro extremo que se xustifique como non discriminatorio, producíndose, ademais, unha indución ou presión indirecta para a afiliación dos traballadores a determinados sindicatos”.

Pois ben, a solución alcanzada pola sentenza impugnada é contraria, respecto do fondo do asunto, cos artigos 14 e 28.1 da CE, a teor da doutrina xurisprudencial exposta. Deste xeito, procede a casación e a estimación en parte do recurso contencioso-administrativo unicamente no relativo á mención a esa maior representatividade dos sindicatos, que fai a convocatoria de subvencións públicas que acorda a orde impugnada no recurso contencioso-administrativo, desestimándose en recurso contencioso-administrativo, no demais, referente ao resultado da convocatoria sobre a concesión á recorrente do plan intersectorial».

7.2 Subvencións por paralización definitiva de buques de pesca. Non é posible exixir directamente o seu reintegro por terse outorgado de xeito incorrecto. Antes debe tramitarse un procedemento de revisión de oficio

Así o conclúe o TS na súa Sentenza do 4 de xuño de 2018 (rec. 1121/2016, relator: Córdoba Castroverde), confirmatoria da anulación dunha orde da Xunta de Galicia de reintegro dunha subvención de 834.000 euros outorgada pola paralización definitiva dun buque de pesca, coas seguintes consideracións:

«(...) A Xunta de Galicia invocando o carácter modal das subvencións aduce que é obriga dos beneficiarios proceder ao reintegro das axudas cando obteña a subvención falseando as condicións ou incumprindo estas, e neste caso, ao seu xuízo, o beneficiario incumpriu a prohibición de non estar incurso en concurso de acredores antes da solicitude de axuda, e presentou unha declaración responsable de non estar incurso en prohibición, polo que se outorgou a axuda á vista da declaración sen comprobar a documentación adxunta da cal se desprendía a situación de concurso. Considera que o carácter modal dunha subvención implica que proceda a devolución do percibido sen que iso supoña a revisión do acto administrativo declarativo de dereitos seguindo o procedemento de revisión de oficio do artigo 102 e ss. da LRPAC.

A cuestión exposta exige partir da diferenza existente entre o procedemento de reintegro dunha subvención ou a revisión de oficio ou declaración de lesividade dunha resolución administrativa concedendo unha subvención, previstos no artigo 36 e 37 da Lei xeral de subvencións e 103 da Lei 30/1992. Este tribunal sostivo en anteriores sentenzas, entre elas na nosa recente STS n.º 556/2018, do 5 de abril de 2018 (rec. 3661/2015), que, cando se trata do reintegro de subvencións por incumprimento dos requisitos ou indebida utilización das cantidades recibidas, isto é, por incumprimento da finalidade para a que se conceden ou outorgan, chega coa comprobación administrativa do dito incumprimento para acordar a denegación da subvención ou a devolución do percibido. (...) Agora ben, cando o que se cuestiona, como no caso que nos ocupa, é a legalidade do acto inicial da concesión da subvención ou, dito doutra forma, o erro padecido ao concedela, non estamos ante un suposto de reintegro, senón de revisión de oficio ou declaración de lesividade porque o que se pretende é declarar nulo un acto favorable por entender que a súa adopción foi contraria

ao ordenamento xurídico. Tal diferenza reflíctese tamén na Lei xeral de subvencións, cuxo artigo 36 prevé os supostos de invalidez da resolución de concesión por incorrer nalgún suposto de nulidade ou anulabilidade da decisión administrativa de concesión da subvención, que debe exercerse mediante a revisión de oficio ou a declaración de lesividade, mentres que o artigo 37 regula as causas de reintegro en que, a diferenza das anteriores, se trata de incumprimentos das condicións ou obxectivos aos cales se suxeitou a concesión da subvención inicialmente válida e axustada a dereito. En definitiva, mentres que os supostos excepcionais de reintegro previstos no artigo 37 da LXS están referidos a graves incumprimentos a posteriori que prexudican a finalidade da subvención, pola contra, os supostos previstos no artigo 36 fan referencia a vicios de nulidade e/ou de anulabilidade en relación co outorgamento da subvención que, descubertos a posteriori, poñen de manifesto algún tipo de infracción que debeu imposibilitar o acto de outorgamento, o que exige unha anulación previa ou unha declaración previa de nulidade de pleno dereito. A única excepción é o motivo de reintegro previsto no apartado a) Obtención da subvención falseando as condicións requiridas para iso ou ocultando as que o tivesen impedido que aparece referida á validez da decisión de concesión, pero na cal o erro aparece inducido pola conduta do solicitante. Ambos os dous procedementos presentan notables diferenzas tanto na súa tramitación e prazos de prescrición como nos motivos en que é posible fundar a decisión de fondo. No suposto que nos ocupa, a sentenza de instancia considera que a Administración pretende solicitar a devolución da subvención baseándose na existencia dunha causa que concorria no momento da súa concesión e tivese impedido a súa obtención, polo que, de conformidade coa xurisprudencia antes referida, non estamos ante un suposto de reintegro, senón ante a obriga de solicitar a súa lesividade ou revisión de oficio agás que se demostrase que o solicitante da axuda falseou ou ocultou información que puidese determinar a aplicación da causa de reintegro prevista no artigo 37.a) da LXS «Obtención da subvención falseando as condicións requiridas para iso ou ocultando as que o tivesen impedido».

Pois ben, tal como afirma a sentenza de instancia, non pode considerarse que o solicitante da axuda falsease ou ocultase a situación de concurso no momento de solicitar a axuda. De feito, da documentación que achegaba á súa solicitude desprendíase esa situación; en concreto, tal como afirma a sentenza de instancia, a dita circunstancia reflectíase nunha certificación rexistral que presentou. Á vista destes datos, non pode sosterse que a empresa recorrente ocultase información relevante que, de ter sido coñecida, tería determinado unha resolución distinta, pois no momento de presentar a súa solicitude de axuda da documentación achegada desprendíase a concorrencia da causa que posteriormente a Administración pretende facer valer para acordar o reintegro da subvención. O certo é que, de concorrer esta causa legal que impedía a súa concesión, a Administración debeu apercebirse da súa concorrencia e denegar a subvención e, se non o fixo, outorgando a subvención, non pode acudir a un procedemento de reintegro. A causa de reintegro esgrimida fai referencia á invalidez da concesión inicial por entender que non se cumprían as condicións necesarias para obter a axuda. En definitiva, a Administración considera que a subvención concedida é inválida ab initio e non polo incumprimento sobrevido das condicións a que se suxeitou a súa concesión. Por este motivo, non pode considerarse que concorrese ningún dos supostos de reintegro previstos na LXS, senón que, en todo caso e sen pronunciarnos agora sobre a súa concorrencia, se trataría dun motivo de anulabilidade que tería requirido a declaración previa de lesividade e a impugnación do acto polo que se concedeu a axuda

Regap



NOTAS

ante a xurisdición contencioso-administrativa esgrimindo o precepto ou preceptos que se considerasen infrinxidos».

7.3 Reintegro de subvencións do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER). Prescrición da acción para exixir o reintegro

A Sentenza do TS do 8 de febreiro de 2018 (rec. 3311/2015, relator: Arozamena Laso) confirma a estimación do recurso promovido pola Deputación Provincial de Ourense fronte a unha resolución da Dirección Xeral de Fondos Comunitarios do Ministerio de Facenda que lle exixiu o reintegro de dez millóns de euros de subvencións do FEDER concedidas para a execución de depuradoras de augas residuais en relación cos proxectos DAREDO e DEPUTRANS do Programa de iniciativa comunitaria INTERREG Cooperación transfronteiriza entre España e Portugal 2000/2006, como consecuencia das investigacións realizadas pola Oficina Antifraude Europea (OLAF). Anulouse a resolución impugnada pola única razón de prescribir a acción para exixir o reintegro da subvención:

«(...) Polo tanto, debemos concluír que o prazo de catro anos previsto tanto no Regulamento 2988/1995 como no artigo 39 da LXS debe empezar a computarse desde o momento en que se cometeu a irregularidade ou, en termos do artigo 39.2 da LXS, desde o momento en que venceu o termo para presentar a xustificación por parte do beneficiario ou entidade colaboradora, que é cando se pode constatar esa irregularidade. O prazo de prescrición da acción de reintegro en caso de irregularidades non pode prolongarse todo o tempo de duración do proxecto cando se trata dun proxecto xeral que ten convocatorias independentes e os prazos refírense a cada unha delas. É desde estes momentos concretos, ao finalizar cada proxecto e xustificarse a súa realización, cando se debe computar o prazo de prescrición».

8 Tributos

8.1 Reclamacións económico-administrativas. O recorrente pode presentar novas probas en fase de recurso administrativo e contencioso-administrativo

Sobre a posibilidade de achegar novas probas en fase de recurso administrativo ou contencioso-administrativo fronte a actos de natureza tributaria, o TSXG sinala o seguinte na súa Sentenza do 14 de marzo de 2018 (relator: Gómez y Díaz-Castroverde):

«(...) a cuestión central do recurso reside en decidir se a dita documentación que se achegou ante o TEAR debe producir efectos ante este ou se o feito de non presentala ante a oficina xestora, dalgún xeito, preclúe o dereito do recorrente á súa presentación posterior. (...) cuestión que deberemos resolver entendendo ben que se trata de tema aberto e pendente de resolución definitiva por parte do Tribunal Supremo, como se segue do ATS 1371/2018, do 19 de febreiro (...).

A tese a favor do límite temporal na achega de probas parte da división de fases no procedemento de aplicación dos tributos, a súa distinción cos procedementos de reclamación e a diferenza tamén entre estes últimos. En definitiva, e calquera que sexan as posibilidades

que poidan conxugarse na intervención nos procedementos de aplicación dos tributos, precluirían as posibilidades probatorias sobre os elementos da débeda tributaria, sen que sexa viable rehabilitar este debate máis tarde ante o TEAR ou ante o tribunal do contencioso-administrativo. (...)

Pola contra, a tese a favor da posibilidade de presentar documentos para a súa valoración en sede de recurso de reposición ante o TEAR ou o tribunal do contencioso-administrativo tampouco está exenta de argumentos. Así, a inexistencia dun período probatorio concreto no procedemento de aplicación dos tributos e o feito de que sexa secuencial a súa eventual continuidade mediante a fase de revisión ou recurso xurisdiccional é o pivote sobre o que xira a posibilidade de achegar probas en calquera momento anterior á resolución que se deba ditar. Se iso xa é perceptible no artigo 96.4 RXAT, nos procedementos, tamén o é en canto ao recurso de reposición (artigo 223.4 LXT) ou a reclamación económico-administrativa (artigo 237) en canto o órgano de resolución estará obrigado a pronunciarse sobre as cuestións de feito e dereito que o expediente presente. E se iso é aínda no caso de que este non os alegase, parece claro que iso deba efectuarse, coas probas presentadas, cando se alegan expresamente. Pola mesma razón, existen argumentos legais para que iso poida acontecer no proceso contencioso-administrativo, pois o artigo 56.1 da lei xurisdiccional autoriza que en xustificación das pretensións deducidas se poidan alegar cantos motivos procedan, fosen ou non alegados ante a Administración. E o artigo 56.3 autoriza que con demanda ou contestación acheguen as partes os documentos en que funden o seu dereito. E, o que é máis importante, abunda na dita postura que non prosperase no texto final da reforma da LXT no ano 2015 o anteproxecto de parágrafo sexto do artigo 106, de redacción similar ao 96.4 RXAT, e que pretendía, de modo expreso, establecer o límite temporal de achega de probas. (...)

Á luz do exposto, non parece que, á hora de decidir sobre as garantías do contribuínte, polo mesmo órgano, se poida establecer unha liña de incomunicación entre o que é comprobación e revisión, pois a revisión ten por obxecto precisamente a comprobación, polo cal a documentación relevante podería achegarse co recurso de reposición, como é o caso das resolucións transcritas, ou durante a comprobación e, parece lóxico, tamén no momento intermedio entre unha e outra, xa que noutro caso se debera ter rexeitado. Sen que sexa preciso abundar no importante paradoxo que suporía que á vista daquela documentación a dedución resultase procedente e o órgano de resolución non a tomase en consideración simplemente por non se achegar ao dar cumprimento aos requirimentos iniciais. (...) En definitiva, a cuestión xira arredor do equilibrio entre as partes e o principio de boa fe, de sorte que cando tal equilibrio non se compromete –se a achega se fai en sede xurisdiccional– ou cando a presentación da documentación en sede de recurso de reposición ou, máis tarde, ante o TEAR non o é prescindindo da boa fe, senón por calquera outra circunstancia que impediu a presentación anterior, a conclusión a que debe chegarse é a de aceptar a proba presentada e valorala. Cuestión distinta é que iso poida facerse en sede de resolución ou, para tal efecto, deban retrotraerse as actuacións para que sexan valoradas pola oficina xestora ou pola inspección, segundo os casos. Neste caso non debemos entender alterado o equilibrio entre partes, xa que o demandante presentou co escrito de reclamación documentación que rebatía o criterio da oficina xestora opóndose que se puido presentar antes; pero non se debe esquecer que coa dita documentación, mesmo rectificadas, o que se pretende é apoiar a impugnación do resolto pola oficina xestora e, en tal situación, o que parece ponderado é admitir a documentación e resolver en consecuencia. En tal contexto, o recurso deberá

Regap



NOTAS

estimarse, ben entendido que, tal como se solicita no suplico da demanda, a decisión é meramente anulatoria da resolución do dito órgano –quen terá que decidir con retroacción de actuacións, á vista das probas practicadas, ben directamente, ben logo de remisión á oficina xestora– pero non pode ser anulatoria da liquidación impugnada sen o dito trámite e resolución que agora se acorda».

9 Universidades

9.1 Efecto vinculante e inderrogabilidade singular dos plans de estudos. Improcedencia da exixencia de superación de exame “B1” de lingua estranxeira para a obtención do título de grao

A Sentenza do TSXG do 21 de marzo de 2018 (rec. 357/2017, relator: Seoane Pesqueira) anula unha resolución da Universidade de Santiago de Compostela que exige para a obtención do grao de Xeografía e Historia a superación polos alumnos do exame “B1” de lingua estranxeira, ao considerar que:

«(...) a partir da Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, modificada pola LO 4/2007, do 12 de abril, nos seus artigos 34 e 35, co desenvolvemento regulamentario polo RD 1393/2007, nos artigos 24 e seguintes, os títulos e os seus correspondentes plans de estudos son propostos polas universidades, que, tras a avaliación realizada polas axencias avaliadoras competentes, deberán ser sometidos a verificación polo Consello de Universidades, e autorizada a súa implantación pola correspondente comunidade autónoma, producidos cuxos actos o Goberno, mediante acordo do Consello de Ministros, declara o carácter oficial do citado título e ordena a súa inscrición no Rexistro de Universidades, Centros e Títulos. O artigo 37 da LO 6/2001, modificada pola LO 4/2007, remite ao desenvolvemento regulamentario a estrutura das ensinanzas universitarias oficiais, de acordo coas liñas xerais emanadas do Espazo Europeo de Educación Superior, de cara á obtención dos títulos oficiais correspondentes, e ese desenvolvemento tivo lugar polo RD 1393/2007, no cal se establecen así mesmo as directrices, condicións e o procedemento de verificación e acreditación que deberán superar os plans de estudos conducentes á obtención de títulos, previamente á súa inclusión no Rexistro de Universidades, Centros e Títulos (RUCT), tal como prevé o seu artigo 1.º.

Tal como se recolle na disposición derradeira 1.ª do dito RD 1393/2007, “Este real decreto dítase ao abeiro do disposto no artigo 149.1.30.ª da Constitución española e en uso da autorización outorgada ao Goberno polo apartado 1 da disposición derradeira sétima da Lei orgánica 4/2007, do 12 de abril, pola que se modifica a Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, e é de aplicación en todo o territorio nacional”.

Neste caso, no Boletín Oficial del Estado do 5 de marzo de 2010 figura a resolución da USC do 16 de febreiro de 2010, pola que se publica o plan de estudos de graduado en Historia, que se produce –obtida a verificación do plan de estudos polo Consello de Universidades, co informe previo favorable da Axencia Nacional de Avaliación da Calidade e Acreditación, así como a autorización da Comunidade Autónoma de Galicia, e establecido o carácter oficial do título polo Acordo do Consello de Ministros do 30 de outubro de 2009 (publicado no BOE do 5 de xaneiro de 2010 pola Resolución do secretario de Estado de Universidades do

13 de novembro de 2009)–, tal como figura nela, é dicir, despois de que se seguise o procedemento a que se refiren os artigos 24 a 26 do RD 1393/2007. Na dita publicación detállase a estrutura das ensinanzas conducentes para a obtención do título, figurando a distribución do plan de estudos en créditos ECTS, de xeito que a formación básica son 60, as obrigatorias 144, as optativas 30, as prácticas externas obrigatorias 0, e o traballo fin de grao 6, sendo os créditos totais 240. O mencionado é o plan de estudos que afecta ao demandante, que comezou os seus estudos de grao de Historia no curso 2011/2012.

Se se analiza seguidamente o plan de estudos resumido por módulos e por cursos, non aparece por ningunha parte a exigencia de coñecemento do nivel B1 dunha lingua estranxeira, nin sequera de coñecemento transversal.

Polo tanto, non se aproveitou a posibilidade de incluír no plan de estudos aquel coñecemento da lingua pola vía do artigo 12.5 do RD 1393/2007 polo seu carácter transversal, e moito menos se fai alusión no plan de estudos publicado á necesidade de acreditar o nivel B1 da lingua estranxeira para a obtención do título. (...) O que si cabería é, tal como se desprende do apartado 5 do anexo I da memoria do plan de estudos, a xustificación de seis créditos polas competencias adquiridas no coñecemento e manexo de linguas estranxeiras no ámbito científico, e nese sentido están previstas materias optativas de seis créditos no cuarto curso do plan de estudos, pero iso é moi distinto da exigencia a que se refire este litixio como imprescindible para a obtención do título e á marxe do plan de estudos.

En definitiva, cabe afirmar que, ao non atoparse no plan de estudos aprobado e publicado a exigencia de coñecemento do nivel B1 da lingua estranxeira, non cabe impola para a obtención do título.

A autonomía universitaria permite que cada universidade tome a iniciativa na elaboración do plan de estudos de cara ao comezo do procedemento de verificación e acreditación dos títulos, pero non ampara que, unha vez aprobado e publicado o plan de estudos, se introduza a exigencia do nivel B1 de lingua estranxeira, que non figura naquel plan, como requisito imprescindible para a obtención do título.

(...) Por todo o anterior, non resulta estraño que tanto o Valedor da Comunidade Académica como a Valedora do Pobo se mostren en desacordo con tal actuación administrativa. Con indubidable forzamento artificioso do que a normativa establece, a defensa da USC, ao tramitar o traslado da apelación, diferencia entre materia obrigatoria e materia transversal de carácter obrigatorio, atribuíndolle este último carácter á exigencia do nivel B1 de idioma estranxeiro, como competencia propia e lexítima das universidades. Non cabe negarlle competencia á USC para a introdución de tal exigencia, pero iso non pode realizarse á marxe do plan de estudos e a través dun acordo do Consello de Goberno, pois entrañaría prescindir de canto impón a regulación contida naquel RD 1393/2007 para a obtención do título, e suporía unha exigencia engadida sen ningún amparo normativo, de xeito que non cabe negar a expedición do título cando acreditou ter superado toda a formación teórica e práctica obrigatoriamente exixida polo seu plan de estudos. O propio artigo 12.5 RD 1393/2007 inclúe a mención ás materias de carácter transversal dentro do apartado relativo aos créditos que deben formar parte do plan de estudos, polo que carece de apoio o argumento da USC de que non se trata dunha materia obrigatoria do plan de estudos, senón de materia transversal de carácter obrigatorio (...).

Regap



NOTAS

Sobre a necesidade de reforma do Estado e/ou dalgunhas das súas institucións xurídicas fundamentais*

Sobre la necesidad de reforma del Estado y/o de algunas de sus instituciones jurídicas fundamentales

Concerning the need of State reform and/or that of some fundamental legal institutions

55 Regap

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade do País Vasco

Recibido: 26/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



NOTAS

Resumo: Este artigo contén un comentario da obra *Memorial para la reforma del Estado*, integrada por 118 traballos, sistematizados en tres volumes, que foron realizados como homenaxe á actividade académica do profesor Muñoz Machado, salientando os elementos centrais dos debates que se suscitan ao longo dela.

Palabras clave: Fontes do dereito, autonomía, Administración, actividade da Administración, dereito europeo, dereitos fundamentais.

Resumen: Este artículo contiene un comentario de la obra *Memorial para la reforma del Estado*, integrada por 118 trabajos, sistematizados en tres volúmenes, que han sido realizados como homenaje a la actividad académica del profesor Muñoz Machado, resaltando los elementos centrales de los debates que se plantean a lo largo de ella.

Palabras clave: Fuentes del derecho, autonomía, Administración, actividad de la Administración, derecho europeo, derechos fundamentales.

Abstract: This article contains a comment on the paper entitled *Memorial on State reform*, that comprises 118 works systemized in three volumes, prepared as a homage to the academic activity of Professor Muñoz Machado, underlining the central elements of the debates put forward throughout it.

Key words: Sources of law, autonomy, Administration, Government activities, European law, fundamental rights.

A recente edición da obra *Memorial para la reforma del Estado*, en tres volumes, realizados como homenaxe á actividade académica do profesor Muñoz Machado, invita á reflexión

* Trátase dun comentario á obra *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (BAÑO LEÓN, J.M.ª (coord.), Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016).

ao condensar unha gran parte dos problemas que desde a perspectiva do dereito público están de actualidade.

Os tres tomos desta homenaxe constitúen unha obra excepcional. E isto cómpre dicilo porque recentemente se pode oír, en comisións de valoración de traballos científicos, que as obras homenaxe non conteñen traballos salientables ou que non deben considerarse como mérito. Isto faise de xeito contundente, por sistema, nunha decisión de plano, que considero inxusta e xuridicamente arbitraria. Outros exemplos poderían traerse a colación, pero estes tres tomos poñen claramente en evidencia o desafortunado da tese anterior. Como en todo traballo colectivo, haberá obras de maior ou menor consistencia ou significado, pero creo que neste caso todas elas presentan un contido científico destacado.

A obra contén un gran número de traballos, 118, e unha edición excepcionalmente coidada. Nas homenaxes sempre resulta complicado dar unha estrutura axeitada aos diferentes traballos que se presentan, debendo recoñecerlle o mérito ao editor polo esforzo que fixo en darlle unha estrutura sistemática á obra, sen dúbida nalgúns casos con dificultade ou forzándoa un pouco, pero obtendo un resultado evidentemente destacado. Trátase dunha edición moi coidada, na cal a forma de cita e a organización dos apartados teñen unha calidade moi destacada. O editor, que tamén é o autor do artigo introdutorio, fixo un traballo que certamente reflicte esa condición e o afecto e agradecemento que leva consigo.

Ao facer unha reflexión sobre un libro deste volume, e con artigos tan diversos, sería doado encher un montón de follas simplemente coa reprodución dos títulos das obras dos autores, e a reprodución dun *abstract* diminuto sobre elas. En cambio, non parece oportuno facer unha consideración deste tipo. Na obra hai outros aspectos que facilitan o labor de quen se enfronta a unha recensión, e eses aspectos son o destacado de moitos dos temas tratados polos autores e a alta cualificación destes últimos. Neste sentido, vaise optar por sinalar algúns dos elementos centrais dos debates que, expresamente ou de xeito implícito, subxacen nalgúns dos traballos, participando ás veces nese debate, non realizando polo tanto unha mera descrición do feito, senón facendo consideracións propias por parte do recensionista.

VOLUME I

O volume primeiro, despois da obrigada consideración da obra de Muñoz Machado, que describe José M.^a Baño León², titulada “La contribución de Santiago Muñoz Machado al derecho público español”, e que se acompaña dunha reflexión debida á sinatura do catedrático de Bolonia Luciano Vandelli, especialista e madrugador analista do Estado das autonomías co seu traballo “El ordenamiento autonómico español”, presenta unha lectura da obra de Muñoz Machado nun dos seus aspectos máis destacados, que é precisamente o Estado das autonomías. Realizada esta introdución, o traballo contén no seu volume primeiro seis apartados fundamentais na teoría do Estado, que comezan pola reflexión sobre problemas actuais da democracia representativa, á que sucede unha consideración sobre a Unión Europea, os dereitos fundamentais, o Parlamento, o Goberno, os tribunais de xustiza e o Tribunal Constitucional. Unha análise, polo tanto, da parte xeral do dereito público, podería

2 BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Presentación”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 3-4.

dicirse, que se inicia cunha reflexión adecuada sobre algúns dos problemas que hoxe en día presenta a democracia representativa.

Ao analizar a democracia no sistema xurídico derivado da Constitución de 1978, Rafael Gómez Ferrer³ suscita algún dos problemas fundamentais aos cales se enfrenta a democracia na actualidade, destacando unhas liñas de actuación, tal como el sinala, dirixidas a unha mellora da democracia e que considera nucleadas en relación con tres cuestións fundamentais. A primeira é a necesidade de fortalecer o que denomina o sentido institucional entendendo por tal a concepción da vida política e da intervención nela non vinculada exclusivamente ao sistema de partidos, senón recoñecéndolle unha maior importancia á formación libre da opinión pública e ao máis axeitado funcionamento das estruturas políticas do Estado, especialmente do poder lexislativo. Neste sentido, chama a atención sobre a importancia do Parlamento, xa que, como máis tarde reflicte outro dos intervenientes na obra, é necesario acentuar a importancia da institución parlamentaria, hoxe obxecto de merecidas críticas, pero actor innegable e insubstituíble nas democracias actuais.

A segunda consideración que realiza Gómez Ferrer vai dirixida á loita contra a corrupción, elemento fundamental en todos os sistemas políticos, con reflexo en todos eles, ata o punto de que na Unión Europea se elaborou un informe sobre a loita contra a corrupción, xa que este fenómeno preocupa de xeito crecente a opinión pública e afecta substancialmente ao desenvolvemento das institucións políticas. É un fenómeno xeral, pero que nalgúns casos ten elementos ou aspectos que se poden considerar sistémicos. Os xuízos ás diferentes tramas de corrupción que se están a producir neste momento na Audiencia Nacional reflicten claramente a profundidade desta problemática. Internacionalmente púidose ver como as manifestacións producidas nos primeiros días de febreiro en Romanía obrigaron o seu Goberno a derogar unha lei que tiña como único obxectivo a eliminación da responsabilidade penal dos seus gobernantes corruptos.

O terceiro aspecto de necesaria consideración, que hai que saudar especialmente, é o relativo á comprensión do Estado, a síntese dos dous principios de liberdade e igualdade, que nestes últimos anos foron considerados de forma manifestamente descompensada, utilizando a liberdade como un xeito de eliminar as políticas de igualdade, coas consecuencias de miseria e limitación de dereitos da cidadanía. A necesidade de acentuar o desenvolvemento do Estado social, que iría desde as políticas que favoreceron as cláusulas abusivas nos contratos, os xuros de mora, as cláusulas solo e outras medidas similares, deben reconsiderarse, igual que o desenvolvemento da política educativa que se dirixa precisamente ao logro dunha maior igualdade entre as persoas. Estes efectos son verdadeiros *punctum dolens* no sistema democrático actual, cada un deles cunha importancia e significado diferentes, pero todos eles de necesaria consideración para unha concepción axeitada do sistema democrático.

Díez Picazo⁴ dedica a súa achega a realizar unha apoloxía da democracia representativa, tal como el mesmo a titula. O maxistrado do Tribunal Supremo introduce un debate de actualidade, normalmente reflectido nas páxinas dos xornais, de forma excesivamente simplista.

3 GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Reflexión sobre la concepción de la democracia en nuestro sistema jurídico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 87-105.

4 DÍEZ-PICAZO, L. M.º, "Apología de la democracia representativa", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 105-114.

Trátase da utilización do termo “populismo” cando con el se está a facer referencia a moitas críticas xustificadas á democracia representativa e, en concreto, ao nacemento de forzas ou partidos políticos, de indubidable carácter democrático que reflicten formas de concepción da democracia, pero que se queren en certo sentido diabolizar coa utilización dese polisémico termo que é o de “populismo”. Todo iso despois da subida de Trump ao poder nos Estados Unidos, do *brexit*, da crise profunda de Europa, do ascenso de forzas de extrema dereita nos diferentes Estados europeos, nalgúns casos cunha forza que realmente é novidosa (Holanda, Francia, Austria, Alemaña) e noutros reflectindo unhas estruturas totalitarias (Hungría, Romanía), que desde a socioloxía xa foran apuntadas (Ulrich Beck).

Díez Picazo lembra a importancia do sistema da democracia representativa dalgúns dos seus caracteres máis importantes, resaltando algunhas cuestións que con frecuencia se esquecen na práctica política, en especial a importancia do papel dos parlamentarios, o seu carácter de representantes do pobo, da totalidade da cidadanía, tal como analizou destacadamente García Roca, e onde se acentúa como un elemento de primordial importancia a prohibición do mandato imperativo, mandato imperativo ao que o autor lle recoñece unha importancia de gran calado, que desde aquí se comparte, ao dicir que “a prohibición do mandato imperativo é seguramente o núcleo último da representación política e ten implicacións moito máis ricas do que pode parecer a simple vista”⁵. Esta afirmación vese frecuentemente contestada na realidade hoxe en día. Pódese recordar sen esforzo como, nas últimas votacións producidas no Congreso dos Deputados para a elección de presidente do Goberno, os parlamentarios que non respectasen a disciplina do grupo parlamentario se podían ver sometidos a diferentes tipos de sancións, un exemplo doado e sinxelo de comprobar como a importancia deste compoñente da democracia representativa, a prohibición do mandato imperativo, estivo en cuestión e o segue estando hoxe en día tamén.

A importancia da democracia representativa vincúlase á dos partidos políticos, xa que é impensable que a sociedade actual se poida estruturar politicamente sen que existan uns partidos políticos, que constitúen precisamente os nervios que percorren esa estrutura política e que permiten que as diferentes ideoloxías se poidan expresar. Así nolo lembra o autor, acudindo a dous dos autores máis importantes nesta materia, Leibholz e García Pelayo, que trataron de xeito exemplar esta cuestión. A importancia dos partidos políticos e da democracia representativa debe vir acompañada tamén doutras cuestións de grande importancia. Unha delas é a importancia da lei como deliberación, é dicir, que a democracia representativa non se dissolve nunha maioría que se impón sen que exista un debate axeitado sobre as diferentes concepcións políticas subxacentes reflectidas na norma debatida. Estase a falar dunha forma de democracia, afastada da do abuso do decreto lei que se produciu recentemente no caso do Estado español, e que busca a razón de ser da lei na deliberación, o que por outra banda é tamén a propia razón de ser da categoría “reserva de lei”.

Fronte ás carencias que presenta na actualidade a democracia representativa, sinala o autor sen complexos que cómpre acudir a outras formas de democracia deostadas, que nalgúns sitios non obstante mostran unha gran virtualidade, e son as formas de democracia directa, democracia directa que se pode recoñecer nunha clave directamente política, como podería ser o caso suízo, ou que habería que entendela tamén como extensión das formas de intervención en relación coa Administración. Cada vez é maior a pretensión cidadá de participar

5 DÍEZ-PICAZO, L.M.ª, “Apología de la democracia representativa”, cit., 107.

nos distintos procedementos administrativos en materia de ordenación do territorio, urbanismo, medio ambiente, entre outras materias, aínda que a forma en que se realiza é moi limitada e en moitos casos unha mera aparencia.

O autor recorda tamén outra cuestión de importancia, como é a relación entre o representante e os seus representados. Algunhas propostas excesivas de vinculación de representantes e representados, esquecendo totalmente o anteriormente indicado sobre o “mandato imperativo”, non deben facer esquecer que existen nas democracias representativas institucións como o *recall*, que permite precisamente que na ruptura da confianza entre os representantes e o representado poida producirse unha reconsideración dos primeiros. Sobre estas cuestións trata o traballo de Díez Picazo, que pon en evidencia, como el mesmo lembra, que moitos feitos políticos, como o nacemento de Podemos, non é máis que o reflexo dun sistema político no cal esa dialéctica relación entre democracia representativa, función parlamentaria, partidos políticos e a vinculación representante-representados constitúe cuestións que sempre están no debate político, que nalgúns casos producen respostas da cidadanía que dan lugar a fenómenos ou procesos políticos de novo cuño.

A reforma da Constitución é un tema que subxace en todas as achegas realizadas neste capítulo introdutorio. As referencias a elas son concretas, como no caso de Brewer-Carias, ou máis xerais e abstractas (Pendás). Neste sentido, sería interesante reflectir a diferenza de posicións que se poden manifestar cando se trata da interpretación da Constitución. A reforma pode ser utilizada como un enfoque que no fondo intenta evitar interpretacións alternativas ao texto constitucional, que precisamente eviten a reforma ou avancen nun camiño en que os condicionantes impostos polas previsións da reforma constitucional non poidan impedir o debate político. O pluralismo de valores que caracteriza todas as normas constitucionais debería ter un reflexo nas teorías da interpretación. Non se comparten as concepcións en virtude das cales un dos principios constitucionais prima sobre todos os demais, cando a Constitución non o estableceu así, impedindo que se dean interpretacións que permitan ofrecer unha resposta ás propostas democráticas da cidadanía, utilizando o dereito como un instrumento de restrición, cando non negación, da democracia, e o dereito penal como resposta a reivindicacións políticas lexítimas e democráticas. Unha interpretación da Constitución deste tipo, e unha concepción plana do principio de legalidade, levan precisamente a que algúns problemas políticos se manifesten como insolubles. A afirmación de que toda ideoloxía ou enfoque é defendible en democracia impide precisamente unha concepción rixida da Constitución, inmodificable, e unicamente interpretable nunha clave xurídica realizada polo Tribunal Constitucional, pero na cal se descoñece o papel que lle podería corresponder precisamente ao pobo no desenvolvemento desa interpretación. Non outra cousa está a suceder na actualidade se se atende á situación política producida en Cataluña.

A Unión Europea é atendida nos seguintes traballos, iniciando cunha consideración xeral sobre Europa e as modificacións que está a sufrir o seu desenvolvemento (Sosa Wagner e Fuertes⁶), para posteriormente pasar a analizar a primacía do dereito da Unión Europea

6 SOSA WAGNER, F., e FUERTES, M., “Europa y su metamorfosis”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 177-200.

(Sarrión Esteve⁷, Cobreros⁸ e Álvarez García⁹), a influencia do dereito europeo no dereito administrativo (Gimeno Feliú¹⁰, Mangas Martín¹¹ e Madrid Parra¹²) e o control de fronteiras (Fernández Rozas¹³).

A primacía do dereito da Unión Europea foi unha verdadeira conquista do sistema xurídico comunitario, que segue recibindo unha importante atención doutrinal, neste caso provocada pola relación existente entre o dereito europeo e os dereitos fundamentais. En concreto, á luz das teorías do pluralismo constitucional e do constitucionalismo multinivel, suscítase a cuestión de se o dereito europeo prima tamén sobre os dereitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Isto leva á análise de diferentes preceptos dos tratados institutivos, en concreto do artigo 6 do TUE e do artigo 51.1 da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea. A afirmación realizada polo Tribunal de Xustiza no caso *Melloni*, onde afirma sen rodeos a primacía do dereito da Unión Europea, non impide que vía interpretación, cando a acción interna non estea totalmente determinada polo dereito da Unión Europea, existindo marxe de manobra por parte dos Estados, nese caso se posibilitaría a aplicación da norma constitucional interna¹⁴. De acordo co artigo 53 da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea, non se posibilita a aplicación, con carácter xeral, do estándar de protección interna, que soamente se poderá aplicar no caso de que exista unha norma de estándar interno de protección das persoas que sexa superior e a aplicación desa norma interna e dese estándar non afecte á autonomía, primacía e efectividade do dereito da Unión Europea¹⁵.

A forma en que a primacía do dereito comunitario pode afectar á repartición interna de competencias é ilustrada por Álvarez García¹⁶ á luz da normativa relativa aos controis técnicos obrigatorios aplicables aos vehículos de motor. Recoñecendo inicialmente que o Tribunal Constitucional sinalara que o dereito europeo e a súa execución non poden afectar á repartición competencial establecida na Constitución e nos estatutos (STC 252/1988), engade a continuación que, á luz da normativa reguladora da homologación de vehículos de motor,

-
- 7 SARRIÓN ESTEVE, J., “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 201-220.
 - 8 COBREROS MENDAZONA, E., “La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 221-252.
 - 9 ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La primacía del Derecho Comunitario sobre la jurisprudencia constitucional española y su efecto recentralizador: el caso de los controles técnicos sobre los vehículos de motor”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 253-278.
 - 10 GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “Administración pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 279-302.
 - 11 MANGAS MARTÍN, A., “España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 303-320.
 - 12 MADRID PARRA, A., “Uso de las nuevas tecnologías en la construcción del mercado interior europeo”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 321-352.
 - 13 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 353-378.
 - 14 SARRIÓN ESTEVE, J., “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni”, cit., pp. 213 e 214.
 - 15 SARRIÓN ESTEVE, J., “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni”, cit., pp. 217 e 218.
 - 16 ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La primacía del Derecho Comunitario sobre la jurisprudencia constitucional española y su efecto recentralizador: el caso de los controles técnicos sobre los vehículos de motor”, cit., pp. 253-278.

se produciu unha modificación de concepción, xa que as normas técnicas ditadas pola Unión Europea afectan realmente á repartición de competencias. Ilustrando este feito, sinálase que a homologación do tipo de vehículos de motor e a verificación da conformidade da produción deste tipo de produtos son competencias diferentes; a primeira correspóndelle ao Estado e a segunda correspóndelles ás comunidades autónomas.

Isto é froito da STC 14/1994, na que se recoñecen as competencias da Generalitat de Cataluña nesta materia. Hai que sinalar que o Tribunal Constitucional considera a homologación como materia de tráfico e seguridade viaria e a verificación como materia de seguridade industrial. Desde logo, a repartición de ambas as dúas materias, a homologación en xeral e a verificación en concreto, entre as materias de seguridade viaria e seguridade industrial, pode suscitar dúbidas razoables, tal como o evidencia tamén a existencia dos dous votos particulares que acompañan a citada sentenza.

A partir desta descrición, Álvarez García sinala como a Directiva 2007/46/CE, que crea un marco de homologación dos vehículos de motor e dos remolques, sistemas, compoñentes e medidas técnicas independentes destinados aos ditos vehículos, é unha norma que pode afectar á repartición competencial por dúas ordes de motivos. En primeiro lugar, porque a directiva se conceptúa como unha medida en materia de “seguridade viaria”. A consecuencia de definir esa directiva como de seguridade viaria podería ter consecuencias no ámbito interno. Noutras palabras, se en Europa en materia de seguridade viaria a homologación dos vehículos e a verificación dun vehículo en concreto se podería repartir entre seguridade viaria e seguridade industrial, ou se debe formularse que ambas as dúas actividades formen parte da seguridade viaria. Esta interpretación podería atopar engarzamento na STC 33/2005, FX 4.

Agora ben, enténdese que o Tribunal Constitucional o que fai nesta sentenza, cando se atopa ante a necesaria diferenciación entre as actividades consideradas como “seguridade viaria” e as consideradas como “seguridade industrial”, busca como argumento a conceptualización que destas categorías teña o dereito europeo, que así lle servirá para definir a súa postura. Neste sentido, quizais cabería sinalar que a normativa europea pode ser un argumento máis para concretar se unha determinada actividade forma parte dunha materia competencial ou doutra, pero enténdese que da xurisprudencia constitucional non deriva unha obriga neste sentido. Por outra banda, o elemento máis destacado estaría en que a definición da autoridade de homologación e de verificación se considera que é única para todo o Estado, de acordo co Real decreto 750/2010. A consecuencia neste caso, se se interpreta que a Directiva 2007/46/CE obriga a este resultado, é máis preocupante, xa que significaría que a norma europea, ao exixir a existencia dunha única autoridade en todo o Estado, afectaría á repartición de competencias interna e en concreto significaría a eliminación das competencias executivas nas funcións de verificación. Deste xeito, estaríase a recoñecer que as normas europeas poden variar a repartición interna de competencias constitucionalmente establecida, modificando así mesmo a xurisprudencia do Tribunal Constitucional. Ante esta teoría, caberían dúas obxeccións: unha primeira ao fío do caso en concreto e unha segunda de carácter máis xenérico.

A análise da Directiva 2007/46/CE enténdese que non permite chegar á conclusión que se formula no traballo. O seu artigo 44 é interpretable e non parece establecer de xeito claro e determinante que soamente poida haber unha autoridade de homologación e á súa vez de verificación duns medios de transporte. Por outra banda, é importante constatar como,

Regap



NOTAS

noutros Estados europeos de organización federal, a transposición da directiva non levou precisamente a un proceso de centralización. Este é o caso da norma alemá de transposición da directiva. Esta norma aprobada o 3 de febreiro de 2011, e que se titula, no seu artigo segundo, regulador das autoridades de autorización, establece que para as autorizacións individuais as competentes serán as instalacións determinadas polo dereito de cada *Land*. Mentres que as autoridades de autorización para casos de homologación serán as correspondentes á autoridade federal (así di o Regulamento “EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung vom 3. Februar 2011 (BGBl. I S. 126), die durch Artikel 7 der Verordnung vom 23. März 2017 (BGBl. I S. 559) geändert worden ist” que a competencia de autorización corresponde ás autoridades federais ou do *Land* de acordo co seguinte criterio:

(1) Genehmigungsbehörde für Typgenehmigungen und Genehmigungen für den Verkauf, das Anbieten zum Verkauf oder die Inbetriebnahme von Teilen oder Ausrüstungen, von denen ein erhebliches Risiko für das einwandfreie Funktionieren von Systemen ausgehen kann, die für die Sicherheit des Fahrzeugs oder für seine Umweltwerte von wesentlicher Bedeutung sind (Autorisierung von Teilen oder Ausrüstungen), ist das Kraftfahrt-Bundesamt.

(2) Genehmigungsbehörde für Einzelgenehmigungen sind die nach Landesrecht zuständigen Stellen).

Se se entendeu ben a proposta, a directiva citada non produce as consecuencias que se formulan e o Real decreto 750/2010 parece que máis ben aproveitou a ocasión para asumir competencias que, de acordo coa repartición competencial, non lle corresponderían, sempre segundo a xurisprudencia do Tribunal Constitucional. Por outra banda, tamén sería posible formular que, mesmo asumindo a necesidade dunha única institución competente nesta materia, a organización desta institución podería producirse por acordo entre as comunidades autónomas, cunha organización interna por elas determinada, sen que se precisase que a institución ou o órgano fose determinado polo Estado. Así, poderían crearse consorcios ou fundacións, de acordo coas previsións establecidas nos capítulos sexto e sétimo do título segundo, e capítulo terceiro do título terceiro, da Lei 40/2015.

O traballo de Álvarez García expón en todo caso unha cuestión de primeiro rango e importancia, como é a relativa ás consecuencias que na repartición interna de competencias entre Estado e comunidades autónomas poida ter unha norma europea. Neste aspecto, enténdese que as normativas europeas non poden levar a un resultado ou son interpretadas de tal maneira que produzan unha modificación da repartición interna de competencias que xere unha modificación constitucional en definitiva. No caso alemán hai que destacar que as competencias de execución lles corresponden aos *Länder*, polo que a normativa europea que levase a un resultado de eliminación destas competencias executivas dos *Länder* nunha serie de materias sería dificilmente aceptable desde unha perspectiva constitucional. Tamén é certo que esta posible contradición entre a normativa europea e a normativa constitucional interna podería ser resolta dun xeito máis doce e sen chegar ao conflito, propondo, tal como se dixo, solucións producidas polo acordo entre comunidades autónomas e, polo tanto, respectuosas coa autonomía.

Como terceiro apartado dentro dos artigos dedicados ao Estado e a Unión Europea, atópase o relativo á influencia do dereito europeo no dereito administrativo. Sobre este tema escriben especialistas de diferentes ramas do coñecemento, podendo atoparse xunto ao catedrático de Dereito Administrativo Gimeno Feliú os catedráticos de Dereito Internacional Público

Mangas Martín; de Dereito Mercantil Madrid Parra; ou de Dereito Internacional Privado Fernández Rozas. Este apartado evidencia que, ao facer referencia ao dereito administrativo, se trata de analizar instrumentos xurídicos que xa non quedan exclusivamente en mans dos especialistas en materia de dereito administrativo, senón que se expande a outras ramas do dereito. Neste momento é dramática a situación das fronteiras, onde ao analizar a súa situación, e a normativa de asilo e inmigración, se fai totalmente preciso atender ás categorías do dereito administrativo que resultan aplicables nesta cuestión, procedendo á súa análise un especialista en dereito internacional privado.

Dito isto, interesa chamar a atención sobre o traballo de Gimeno Feliú. Nel analiza o autor en xeral a influencia do dereito administrativo europeo e do desenvolvemento do ordenamento xurídico comunitario sobre os dereitos internos e en especial sobre o dereito administrativo. Para iso remite ás plumas máis autorizadas nesta materia no ámbito europeo, debendo salientar necesariamente a obra de Muñoz Machado, iniciador de moitas destas reflexións, xunto ao que cabería citar a Barnes e Alonso García. Esta análise xeral complétaa con dous aspectos particulares de especial interese. Por unha parte, a consecuencia que ten na orde interna a transposición da Directiva europea de servizos. Xunto a esta transposición, resalta a importancia que no ámbito da contratación administrativa teñen os requirimentos europeos de previsión de recursos administrativos que afectan ao modelo de xustiza administrativa. Certamente, a normativa europea, en concreto a Directiva de servizos e a relativa á contratación administrativa, tivo unha importante incidencia no dereito administrativo, aínda que tamén habería que recalcar que algunha destas liberdades, non as tan estritamente económicas, non se viron acollidas nos ordenamentos internos coa suficiente forza e, por outra parte, as políticas públicas tampouco se dirixiron a garantías. Este sería o caso da política urbanística, a falta de garantías do dereito de propiedade derivada da utilización dalgunhas figuras do dereito urbanístico, e a ausencia de resposta por parte da Administración pública ante estes feitos. É máis, o propio Parlamento Europeo, nas súas comisións de investigación, ao interesarse ante as autoridades valencianas ou do Estado para tratar sobre estas cuestións, e os dereitos de moitas persoas de cidadanía europea, propietarias de segundas residencias en zonas turísticas, víronse desatendidos. Os propios informes do Parlamento europeo evidencian con rotundidade. Neste sentido, pode considerarse a existencia dun desequilibrio na primacía de dereitos e principios do ordenamento xurídico europeo, segundo a quen afecten e en que ámbitos da actividade administrativa.

Gimeno Feliú chama a atención en relación coa afirmación, moitas veces plana, da desaparición das autorizacións previas. Cómpre lembrar que o marco xurídico xeral que establece a directiva, sendo un dos seus eixes fundamentais a simplificación administrativa, recorda que a indubidable eliminación da existencia de autorización administrativa previa non debe facer esquecer que esta non elimina as exixencias de autorización derivadas de normativas sectoriais, tal como poden ser a da enerxía ou a ambiental. Nestes, a propia normativa comunitaria establece a necesidade de manter esas autorizacións previas, reflexo necesario do principio de precaución, da acción preventiva da Administración, tal como recorda Gimeno Feliú¹⁷.

Refírese tamén o autor á transferencia do risco operacional cando se trata de certo tipo de contrato e a modificación da actuación de inspección das administracións públicas, lembrando

17 GIMENO FELIÚ, J. M.º, "Administración pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica", cit., p. 294.

a importancia que teñen nesta materia os aspectos relativos ao control de déficit público. Esta transferencia do risco operacional, sobre a que oportunamente chama a atención o autor, desgraciadamente é sempre contestada por unha realidade que se resiste a respectar estas normas, tal como se pon de manifesto coas obrigas económicas que o Estado deberá asumir como consecuencia da construción dalgunhas infraestruturas administrativas, sobre todo autoestradas, onde a transferencia de risco operacional non se produciu.

A segunda cuestión que analiza especialmente o autor, derivada do dereito á boa administración e do dereito á tutela xudicial efectiva, dereitos recoñecidos no ordenamento xurídico comunitario, é a relativa á previsión de recursos administrativos fronte ás resolucións en materia de contratación pública. A necesidade de adoptar nos procedementos de adxudicación de contratos públicos medidas provisionais dirixidas á suspensión do procedemento, e a brevidade que require a resposta nestes procesos, levou a enfoques destas vías de resolución administrativa de conflitos de intereses que, tal como sinala Jimeno Feliú, deberían trasladarse a outros ámbitos do dereito administrativo. É necesario prever un sistema administrativo no cal o exercicio dos dereitos conferidos polo ordenamento xurídico non sexa case imposible na práctica ou dunha dificultade excesiva¹⁸. A iso habería que engadir que as resolucións administrativas deberían estar motivadas dun xeito simple e ordenado, de forma que a formulación do recurso fose sinxela, rápida e puidese dar unha idea “ben fundada” da infracción que puidese producirse no proceso¹⁹.

A profesora Mangas Martín realiza unha análise da relación existente entre o proxecto europeo e a política que se levou a cabo no Estado español, facendo unha reflexión diferenciada entre o que, copiando da economía, podería denominarse a macro e a micropolítica. Partindo da importancia que ten o proxecto europeo no proceso de modernización do Estado español, non se esqueza que o ingreso se produce en 1986 e que a Constitución entrou en vigor oito anos antes. Na evolución do proxecto europeo, o Goberno español realiza unha política de apoio importante ás reformas que se van producindo ata chegar á Unión Europea, manifestándose un constante espírito proeuropeísta. A cidadanía tamén ten unha percepción similar, froito indubidable da política governamental na materia, pero tamén dos beneficios que derivan do ingreso na Unión Europea, especialmente vía fondos de cohesión. Outra apreciación evidénciase non obstante cando a crise económica afecta a Europa, e especialmente aos sectores máis desprotexidos da poboación. Esta crise económica pon de manifesto unha das debilidades europeas, o abandono da política social e a defensa dunha Europa onde a libre competencia se considera o factor fundamental de existencia e estímulo desa propia unidade.

Estes aspectos negativos do proceso de formación da Unión Europea non adoitan ser en xeral resaltados nas análises académicas, aínda que a realidade os evidenciou dun xeito moi rotundo. A autora analiza o que dá en chamar a crise de confianza no desenvolvemento da Unión Europea, recorda as propostas de realizar unha nova reforma dos tratados, salientando como, no proceso europeo de integración, a necesidade de reformas nos tratados institutivos

18 GIMENO FELIÚ, J.M.º, “Administración pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, cit., p. 298.

19 GIMENO FELIÚ, J.M.º, “Administración pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, cit., p. 299.

e as adaptacións dos Estados a estas reformas constitúen elementos característicos do mesmo proceso de integración que se aceptan de forma non traumática²⁰.

Fronte a este dinamismo e viveza da normativa europea, constata a autora o inmovilismo das constitucións internas, en concreto da española de 1978. Xunto a esta análise, que en xeral a autora considera positiva, do compromiso europeo do Goberno do Estado, sinala a frecuencia con que o Reino de España é condenado polo incumprimento da normativa europea, ou as múltiples ocasións en que o Tribunal de Xustiza ditou importantes sentenzas pondo de manifesto unhas políticas internas pouco respectuosas coas políticas europeas e cos dereitos que á cidadanía se lle recoñecen nese marco. Para iso resalta algún dos supostos, entre os que cabería salientar os relativos á inmigración irregular (C-261/08), as cláusulas abusivas (C-40/08), o canon sobre copia privada (C-467/08), a protección social dos traballadores a tempo parcial (C-385/11) ou a sentenza sobre o dereito ao esquecemento (C-131/12) e a máis recente sobre os contratos hipotecarios (C-415/11), entre outros moitos. Ademais destes casos concretos, da súa transcendencia e importancia, revela a autora e cualifica o Estado español como socio incumplidor sistémico das súas obrigas europeas²¹, o que xustifica cuns reveladores datos sobre os procedementos de infracción en que se viu afectado. Todo isto evidencia que o Estado español foi un bo socio político; non obstante, manifestou unha importante desidia no cumprimento das obrigas contraídas coa Unión²².

Madrid Parra, desde a perspectiva do dereito mercantil, analiza o uso das novas tecnoloxías na construción do mercado da Unión Europea, considerando a normativa reguladora do que podería definirse como construción dun mercado dixital único no marco do mercado interior europeo. Resalta o contido dos regulamentos 900/2014 e 524/2013, e a Directiva 2013/11, normas todas elas coas cales se pretende dar resposta ao denominado reto establecido pola Axenda Dixital para Europa, iniciativa que define como emblemática para a Europa de 2020²³. Esta normativa está dirixida a aumentar a confianza de consumidores e de empresas no mercado dixital, sendo especialmente destacable nela a procura de sistemas de resolución alternativa de litixios. Sobre as bondades e erros do sistema, o autor remítese ao veredicto irresistible do tempo, que establece as bondades e os erros do sistema.

O capítulo cuarto recolle as achegas en materia de dereitos individuais e sociais, ao sinalar que, como corresponde a esta época de crise económica e de debilitación aguda do Estado social, a preocupación por esta materia provoca que haxa dúas achegas sobre esta, como son a relativa aos dereitos sociais de carácter xeral (Lafuente Benaches²⁴) e as implicacións que da configuración do Estado social na Constitución derivan en época de crise (Menéndez Sebastián²⁵). De forma parella, a preocupación ambiental leva a que se analice a evolución do dereito ao medio ambiente e a súa caracterización como dereito fundamental e a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos nesta materia, en especial coa diferenciación

20 MANGAS MARTÍN, A., “España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho”, cit., p. 314.

21 MANGAS MARTÍN, A., “España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho”, cit., p. 316.

22 MANGAS MARTÍN, A., “España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho”, cit., p. 319.

23 MADRID PARRA, A., “Uso de las nuevas tecnologías en la construcción del mercado interior europeo”, cit., p. 349.

24 LAFUENTE BENACHES, M., “Sobre los derechos sociales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 397-420.

25 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., “La configuración constitucional del Estado social y sus implicaciones en época de crisis”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 421-442.

entre intereses colectivos e directos individuais (Bouazza, Ariño²⁶). O dereito de propiedade (Saura Fructuoso²⁷) e unha interesante reflexión sobre o dereito ao nome na Constitución (Tolivar Alas²⁸) pechan este apartado. Nas diferentes propostas que realizan estes traballos habería que salientar a relativa ás omisións legislativas e os seus procedementos de control, onde se suscita a necesidade de reforma do artigo 161 CE e da Lei orgánica do Tribunal Constitucional, ao estimarse que os inconvenientes técnicos destas formulacións, resoltas mediante recomendacións ou exhortos, ou en sentenzas interpretativas ou manipulativas, substitutivas ou aditivas, son mecanismos insuficientes para garantir o control das sinaladas omisións legislativas.

A segunda proposta destacable é o papel do Defensor do Pobo, que á luz da normativa reguladora desta figura, na Comunidade Foral de Navarra, Lei Foral 4/2000, resalta o papel deste órgano constitucional no control precisamente da política estatal nesta materia, que non se limitaría a realizar informes ou remitir propostas aos órganos parlamentarios, senón tamén ao outorgamento de lexitimidade para acudir ao Tribunal Constitucional na defensa destes dereitos²⁹.

A estas dificultades do control por omisión refírese tamén Menéndez Sebastián, facendo referencia á vinculación dos dereitos prestacionais con dereitos fundamentais *stricto sensu*, coa súa satisfacción e eficacia, tal como pode afirmarse en relación coa igualdade ou o dereito á integridade física e moral e a súa relación coa saúde. A través deste camiño, entende esta autora que existe unha vía importante de outorgamento de eficacia aos dereitos prestacionais de carácter social. Iso exemplifícao co Auto 239/2012, onde establece que as razóns económicas non son suficientes para limitar o dereito á saúde, auto que se dita debido a que algunhas comunidades autónomas –como no caso do País Vasco– lexislaron en contra das previsións do Real decreto lei 16/2012, de medidas urxentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde. Acaba sinalando esta autora que o papel de certas normas supranacionais ten, por mandato expreso da Constitución, artigos 10.2 e 96, un papel fundamental na interpretación dos dereitos internos e na posibilidade da súa xudicialización.

A autora acaba recollendo a teoría da indivisibilidade dos dereitos fundamentais, derivada da existencia dunha mesma fundamentación, a dignidade da persoa, dignidade vinculada á liberdade. De aí derivaría a inexistencia de xerarquía entre dereitos, a necesidade de interpretar todos os dereitos en relación cos demais, no que se entendería como unha interpretación sistemática, debendo predicarse de todos eles a necesidade da súa efectividade, derivada precisamente da súa indivisibilidade. De aquí non derivaría, en cambio, que todos os dereitos deban ter unhas mesmas garantías, malia que esa igualdade de garantías tería que levar unha mesma xustizabilidade, a través da cal se entende que hai unha maior

26 BOUAZZA ARIÑO, O., "Intereses colectivos y directos individuales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el medio ambiente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 477-496.

27 SAURA FRUCTUOSO, C., "Reflexiones sobre la plena protección constitucional del derecho a la propiedad privada", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 443-476.

28 TOLIVAR ALAS, L., "¿Debe sustantivarse el derecho al nombre en la Constitución? Reflexiones entre el *ius nomine* y el deber de identificación", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 497-516.

29 LAFUENTE BENACHES, M., "Sobre los derechos sociales", cit., pp. 414-418.

efectividade. Certamente, é difícil avanzar máis por este camiño e quizais conviría salienta especialmente que a igualdade de dereitos e a súa efectividade non significa que os eses dereitos teñan as mesmas garantías xurídicas. Sen dúbida, aquí suscítese este problema de diferenciación na garantía dos dereitos, que tamén se pode producir *stricto sensu* entre os dereitos fundamentais en si mesmos considerados (arts. 14 a 29), pero que no caso dos dereitos sociais é especialmente acentuada. Desde esta perspectiva, e a pesar dos loables intentos da construción xurídica na defensa dos dereitos sociais, a dificultade práctica de levar a cabo as afirmacións teoricamente ben sustentadas de indivisibilidade dos dereitos e de equiparación entre estes sempre será maior en relación cos dereitos sociais. En todo caso, o Tribunal Constitucional xa demostrou que poden existir vías para a defensa dos dereitos sociais e que as limitacións económicas non constitúen un argumento suficiente, como no citado Auto 239/2012.

Un traballo que ten interese resaltar é o realizado por Tolivar Alas baixo o título “¿Debe sustantivarse el derecho al nombre en la Constitución? Reflexiones entre el *ius nomine* y el deber de identificación”. O autor xa atendera anteriormente a esta cuestión na súa monografía sobre *Ayuntamientos, Registro Civil y municipalismo funerario* (Iustel, Madrid, 2008), sinalando no seu traballo a importancia do nome, que se evidencia en situacións que dramaticamente coñecemos agora, os refuxiados, e o dereito que os asiste a ter precisamente a súa identidade, o seu dereito ao nome, que como di o autor “non é un tema menor”³⁰. Este dereito ao nome reflíctese nunha normativa moi diferente, desde os dereitos do neno á regulación da seguridade cidadá, ou á utilización do nome nas comunicacións electrónicas (Lei 25/2007), que recibiu tamén a súa atención na Lei sobre servizos da sociedade da información (Lei 34/2002). Deste xeito, o autor pon de manifesto a importancia que ten este dereito ao nome, que nalgúns casos é intemporal, pero que noutros casos ten uns engadidos específicos na era dixital.

O dereito ao nome ten unha regulación interna, debedora normalmente das regulacións civís, en especial das normativas reguladoras do Rexistro Civil, e que foi acollida tamén na normativa europea, tanto na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea (art. 2) como no Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (art. 8). Neste último caso chama a atención que, aínda que o artigo 8 do convenio non mencionase expresamente o dereito ao nome como parte do dereito á vida privada e familiar, o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos considerou que, ao constituír un medio de identificación persoal e o vínculo cunha familia, afecta precisamente a esa vida privada e familiar. Desta forma recoñécese expresamente a función que a xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos ten na determinación do contido dos dereitos garantidos no convenio, que necesariamente debe ter un reflexo na interpretación dos dereitos internos, en especial dos dereitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tal como o lembra a autora ao referirse á STC 167/2013. Desta sentenza pode derivar unha interpretación en virtude da cal as previsións do artigo 18.1 CE acollerían o contido do artigo 8 do convenio europeo.

Outras sentenzas do Tribunal Constitucional van na mesma liña, aínda que non hai que esquecer tampouco os votos particulares dalgúns sentenzas en que se expón a falta de coincidencia entre a regulación do artigo 8 do convenio e o artigo 18.1 CE (véxase STC

30 TOLIVAR ALAS, L., “¿Debe sustantivarse el derecho al nombre en la Constitución? Reflexiones entre el *ius nomine* y el deber de identificación”, cit., p. 497.

11/2016). O debate neste punto é importante, xa que se trata de comprobar se o contido que o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos lle recoñece a un dereito dos previstos no convenio se integra á súa vez, por identidade de dereitos, no contido dos dereitos constitucionalmente previstos. A consecuencia non é banal. Se se producise esa coincidencia, procedería a interposición do recurso de amparo. Se non procede, resultaría tamén exixible ese dereito, aínda que a súa aplicación habería que derivala directamente da propia previsión establecida no artigo 8 do convenio, que como tal convenio ten o valor xurídico que a estes lles recoñece o artigo 96 CE. Tolivar Alas acaba facendo unha referencia á identificación persoal e á problemática da orde pública, evidenciando outros defectos acumulables aos xa numerosos que ten a Lei de seguridade cidadá, Lei orgánica 4/2015, ao sancionar a perda do DNI, de tal forma que o autor o considera contraditorio co principio de proporcionalidade (art. 37.11 da Lei de seguridade cidadá).

O último apartado deste primeiro volume titúlase “Los poderes del Estado y su reforma”. Nel analízanse a Coroa, o poder lexislativo, o poder executivo, a Xustiza e o Tribunal Constitucional, cada un deles en moi diferente medida. Entre os traballos chaman a atención os relativos á Coroa, ás fontes do dereito e ás cuestións relacionadas co dereito de graza. Tamén se atopan as reflexións sobre a xustiza administrativa, aspecto este último que foi recentemente obxecto de importante atención doutrinal e que por esta razón non se vai describir especialmente neste comentario.

García Fernández³¹ fai unha análise das interpretacións do título II da Constitución, estudando o contido da función arbitral e moderadora da monarquía ao longo das diferentes constitucións, acentuando o perigo que tivo nun momento, e que leva na práctica a unha utilización autoritaria do precepto, como na experiencia política do reinado de Afonso XIII, cuxa actuación tivo unha deriva cara a posicións políticas crecentemente autoritarias, reflexo precisamente dunha interpretación expansiva do que debía entenderse o poder moderador do monarca. Por este motivo, García Fernández distánciase das interpretacións que lle querían dar ao monarca unhas funcións, derivadas do artigo 56 CE, que non lle corresponden, especialmente do que podería entenderse como unha cláusula xeral que podería levar a que o árbitro, neste caso monarca, puidese ser chamado a decidir discrecionalmente, é dicir, por si só, en virtude precisamente desa competencia de moderar e arbitrar³². Por este motivo, expón o autor que, máis alá da posibilidade de engadir ao artigo 62 CE algunhas das funcións que lle corresponden ao monarca na súa relación cos poderes públicos, procedería suprimir ese texto onde se di que o monarca “arbitra e modera o funcionamento regular das institucións...”.

Ao tratar das fontes do dereito, destaca inicialmente unha problemática, a saber: a vinculada á abundancia de normas e a unha mellor regulación en relación con como se denominou esta cuestión no ámbito europeo co termo inglés *better regulation*, que se considera un fenómeno xeneralizado (Betancourt)³³, aínda que tamén se vincula este á existencia de novos centros

31 GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “«Arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones...». Reflexiones sobre la función arbitral y moderadora del monarca ante una eventual reforma constitucional”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 517-531.

32 GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “«Arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones...». Reflexiones sobre la función arbitral y moderadora del monarca ante una eventual reforma constitucional”, cit., p. 527.

33 BETANCOURT RODRÍGUEZ, A., “Calidad de la ley: razonabilidad, arbitrariedad y control”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 535-570.

normativos, en concreto á existencia de comunidades autónomas (Iglesias González)³⁴. O papel regulador da Administración acentuouse tamén. Á política de privatización da función puramente executiva uniuse un desenvolvemento da función reguladora-regulamentista da Administración. Este proceso, que se dá como consecuencia desa tendencia á privatización, significa que a Administración parece querer cumprir as súas funcións ditando normas en relación coas cales se despreocupa da súa execución e xustifica a acción política pola pura creación de papel. Algúns exemplos poderían aducirse na actualidade e non só vinculados á aprobación de normas.

A better regulation policy ten os seus antecedentes claros nos problemas vinculados á técnica legislativa. Esta é unha cuestión cultural de difícil posta en práctica, xa que nin os parlamentos nin a Administración adoitan estar polo labor de someter a uns criterios técnicos e de bo goberno a súa función normativa. Si o é no ámbito da Unión Europea e tamén especialmente nalgúns Estados, como podería destacarse no caso do Reino Unido e da República Federal de Alemaña. Para poder avanzar por este camiño, requiriríase unha nova cultura política, que non desprezase os elementos de técnica legislativa que se dirixen precisamente a producir unha maior seguridade xurídica e unha garantía dos dereitos da cidadanía. A posibilidade de chegar a este obxectivo é máis complexa do que puidese parecer á primeira vista.

En todo caso, o traballo de Iglesias González propón baixo un título máis aséptico unha reforma do Estado das autonomías, a levar a cabo mediante a reforma dos estatutos de autonomía, buscando unha perda de importancia no ámbito normativo para as comunidades autónomas, en especial en relación coas competencias legislativas, afirmando o papel fundamentalmente executivo da autonomía. Ao mesmo tempo, proponse reforzar a competencia legislativa do Estado, entendendo que así se procedería da mesma forma en que se produciu a reforma de federalismo alemán mediante a Lei do 28 de agosto de 2006. Estas dúas últimas cuestións son certamente discutibles. A reforma do federalismo alemán non significou fundamentalmente un aumento das competencias legislativas do Estado da federación e, por outra parte, a redución do papel das comunidades autónomas a unha función principalmente executiva é algo que se pode entender que está a suceder xa na actualidade en gran medida, sen necesidade de proceder a ningunha reforma nin tampouco á dos estatutos de autonomía.

Ao falar das fontes do dereito, non podía faltar no momento actual unha referencia ás leis singulares. O traballo de Revuelta Pérez³⁵ dedícase a este tema, sinalando a importancia que a tutela xudicial efectiva ten fronte ás leis singulares e como nunha serie de sentenzas o Tribunal Constitucional afirmou precisamente que o dereito á tutela xudicial efectiva fai que as leis singulares sexan inconstitucionais. Este feito, claro está, prodúcese cando as leis singulares se diten en materias en que houbo unha sentenza, en relación coa cal se dita a lei para precisamente evitar a súa execución. Noutros supostos, en cambio, pode ser outra a situación.

34 IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “La potestad legislativa en el Estado autonómico”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 597-620.

35 REVUELTA PÉREZ, I., “La tutela judicial efectiva como límite superable a la ley singular”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 571-596.

O decreto lei é atendido mediante unha análise empírica, que xustifica perfectamente o título do artigo ao falar do uso e abuso do decreto lei. O traballo de Martín Rebollo³⁶ realiza unha análise de todos os decretos leis ditados desde a entrada en vigor da Constitución, facilitando unha serie de datos para a súa análise. Xunto ao relato das normas, facilitánsenos outros importantes elementos de coñecemento, como os supostos en que o decreto lei foi tramitado como lei, o número de decretos leis por ano, por lexislatura, a proporción sobre outras normas legais, globalmente por lexislatura, o que permite facerse unha idea sobre a forma en que foi utilizado este instrumento lexislativo. Son moitas as cuestións ás cales atende o autor, aínda que cabería resaltar en primeiro lugar a consideración que realiza sobre o excesivo número de decretos leis ditados, ao que engade que o carácter habilitante para ditar o decreto lei foi analizado de xeito excesivamente laxo polo Tribunal Constitucional, nalgúns casos atendendo a argumentos de carácter global, que pretende xustificar disposicións de moi diferente contido e alcance dentro dunha mesma norma. É o que o autor recorda, xa sinalado por Xabier Salas, que o control do Tribunal Constitucional é un control negativo, en que a causa habilitante soamente se aprecia nos casos en que o uso do decreto lei é “abusivo ou arbitrario”³⁷.

O autor pon en evidencia tamén que os decretos leis aprobados os últimos anos afecten ou inclúan medidas de diverso tipo, en eidos materiais moi diferentes, o que produce unha grande inseguridade, e remítenos a outros traballos que xa se comentaron, en concreto os de Betancourt, Rodríguez e Iglesias González, acerca da calidade da lei e do gran número de normas legais en vigor. A isto cómpre engadir unha práctica lexislativa como a dos decretos leis, que pon en evidencia, entre outras cousas, a nula vontade das autoridades, neste caso do Goberno e tamén do Parlamento, dada a debilidade do control que exerce sobre os decretos leis, en exercer as súas competencias normativas de xeito razoable, permitindo que o principio de seguridade xurídica estea debidamente garantido.

As boas intencións que se evidencian ao reclamar unha mellora de calidade xurídica das leis, unha asunción das medidas de técnica lexislativa que garantan esa calidade, vense truncadas radicalmente por uns comportamentos dos poderes públicos que utilizan as normas legais de xeito caprichoso, inxustificadamente de acordo coa regulación que as prevé, desconsiderado cos dereitos da cidadanía e carente da necesaria técnica xurídica. Esta utilización retorcida do decreto lei non ten como consecuencia unicamente a crítica ao mal emprego dun instrumento xurídico, é dicir, unha crítica de técnica xurídica, senón que ademais reflicte a escasa calidade democrática dos protagonistas principais do proceso político, ou sexa, do Goberno e do Parlamento. Para o autor, polo tanto, o decreto lei, a súa regulación e a súa práctica non son satisfactorios, engadindo aos argumentos xa indicados o feito de que os decretos leis teñan un carácter permanente, cando en principio parece que terían que ser ditados para situacións transitorias, ou o de que un número moi escaso de supostos son tramitados como leis, e que fronte a estas normas se produciron relativamente moi poucos recursos de inconstitucionalidade. Cabería engadir, polo tanto, que non é previsible que a utilización deste instrumento xurídico non vaia nin decaer nin mellorar co tempo.

36 MARTÍN REBOLLO, L., “Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 665-734.

37 MARTÍN REBOLLO, L., “Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)”, cit., p. 696.

Para acabar este primeiro tomo, están os aspectos relativos á Administración pública e á xustiza, rematando polo traballo de Fernández Farreres³⁸ sobre o Tribunal Constitucional. Entre os temas relacionados coa Administración pública, habería que indicar que existen dous traballos sobre o dereito de graza (Díez Sánchez³⁹ e Fernández Valverde⁴⁰), que veñen máis tarde acompañados de achegas significativas en materia de xustiza, como as relativas á xustiza administrativa (De Vicente⁴¹, Moreno Molina⁴², Alonso Más⁴³, Mestre Delgado⁴⁴), onde se analizan desde cuestións xerais, como a necesidade da súa reforma, ata as transformacións producidas como consecuencia da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea ou a nova configuración do recurso de casación. A iso habería que engadir as reflexións sobre un tema sempre actual como o da xustiza deportiva (Fernández Rodríguez⁴⁵), xunto ao tratamento das administracións independentes (Laguna⁴⁶), o principio de igualdade na selección de persoal (García Luengo⁴⁷), o Consello de Estado (Barrio Andrés⁴⁸) ou a caracterización política das autonomías (Borrajo Iniesta⁴⁹). Interesa deterse nun dos traballos antes referidos sobre o dereito de graza.

Díez Sánchez presenta unha recensión histórica do dereito de graza, onde xa expón a necesidade de modificar o propio nome da institución e denomínoa indulto ou potestade de indulto, cualificando a expresión “dereito de graza” como un anacronismo preconstitucional. Ten interese a especial atención que presta á proposta do Grupo de Estudos de Política Criminal, publicado o 26 de setembro de 2013, no cal se formula unha alternativa para a regulación do exercicio da graza e do indulto, neste caso unindo os dous termos. Sinala o autor que

-
- 38 FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Sobre la reforma del Tribunal Constitucional y las asignaciones de los magistrados constitucionales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1035-1068.
- 39 DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “En torno a la improbable revisión de las previsiones constitucionales y legales sobre el derecho de gracia”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 735-758.
- 40 FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Del viejo acto político a la motivación de la potestad de gracia”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 759-782.
- 41 DE VICENTE DOMINGO, R., “Justicia administrativa antes y después de la constitución española de 1978”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 899-924.
- 42 MORENO MOLINA, A.M., “Las transformaciones del recurso contencioso-administrativo por imperio del Derecho europeo: jurisprudencia reciente TJUE”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 953-980.
- 43 ALONSO MAS, M.ª J., “La necesaria reforma de la justicia administrativa”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 981-1010.
- 44 MESTRE DELGADO, J.F., “La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1011-1034.
- 45 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “La justicia deportiva: Reflexiones sobre un problema pendiente”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 925-952.
- 46 LAGUNA, J.C., “Administraciones independientes”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 783-806.
- 47 GARCÍA LUENGO, J., “La extensión en el sector público del principio de igualdad en la selección de personal”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 807-828.
- 48 BARRIO ANDRÉS, M., “El Consejo de Estado: institución de tradición y de progreso”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 829-854.
- 49 BORRAJO INIESTA, I., “La urdimbre política del Estado de las Autonomías”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 855-880.

existe un consenso, malia ser parcial, nalgúns aspectos como: a modificación dos delitos que deben quedar excluídos do ámbito do indulto, a exigencia de motivación expresa por parte do Goberno da concesión do indulto, a previsión de que, á falta de motivación expresa do indulto, *ex lege*, se estableza a nulidade, ineficacia e inexecución, que podería actuar o tribunal encargado da execución do indulto, a intervención do tribunal sentenciador valorando a motivación da concesión do indulto e as consecuencias que o informe desfavorable do dito tribunal puidese ter, a posibilidade de control xurisdiccional contencioso-administrativo e o alcance deste, e o control parlamentario do Goberno nesta materia. Sinala o autor tamén a importante Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, do 20 de novembro de 2013, á que dedica especial atención o artigo de Fernández Valverde⁵⁰.

Interesa destacar nesta materia que no ámbito sancionador tamén se regulara a potestade de indulto, como era no caso da Lei da potestade sancionadora do País Vasco, Lei 2/1998, do 20 de febreiro. Nesta lei regúlase o exercicio da potestade de indulto, no seu artigo 20. Ao fío da análise da previsión contida no seu artigo 11, onde regula os supostos susceptibles de indulto e conmutación de sancións, sinalando que o indulto poderá concederse cando, atendendo a todas as circunstancias do caso concreto, se aprecie que a resposta punitiva, mesmo conforme coa legalidade vixente, non resulta axeitada ao que a equidade propugna no caso concreto, e sempre que non haxa outra vía en dereito para lograr o fin de xustiza concreto que o indulto pretende. Establécese tamén que o indulto se poderá conceder cando exista un interese xeral concreto e determinado que o reclame con evidencia. Ao comentar este precepto, xa se sinalaban algunhas dúbidas que este producía; así, expúxose se a existencia de fundamentación non debería establecer tamén algún dos criterios deste, os valores ou principios xurídicos sobre os que esa fundamentación debe realizarse.

Cando se fai referencia á motivación, con frecuencia pódense atopar resolucións dos tribunais en que a motivación formal parece suficiente, sen entrar a analizar o seu alcance e significado. O perigo de que poidan existir motivacións de limitado alcance xurídico, é dicir, que sexan fundamentacións ou motivacións en dereito, “significado xustificante”, e non pura presentación dunha motivación carente deste contido xurídico. Este perigo no exercicio da potestade de indulto levaba tamén a que se afirmase que, “(...) seguindo con esta reflexión desesperanzadora, debemos facernos outra dramática pregunta: É aceptable a fractura da igualdade formal, que é xustiza igualitaria, a prol doutro interese que non sexa a xustiza material? Poderíamos asumir, por exemplo, que se indultase unha persoa dunha sanción legal e xustamente imposta, pola única razón de que o seu poder fáctico, económico ou froito doutras circunstancias puidese producir un prexuízo a certos intereses xerais no caso contrario; ou polos servizos que prestou ao Estado, ou pola súa preponderancia social? Como afectaría isto á paz xurídica, á expectativa de cada un de que os deberes asumidos por todos en beneficio da convivencia en dereito se lles exirán a todos por igual, sen privilexios? Como se pode explicar o decaemento dunha decisión xudicial firme e/ou a exclusión individual dunha consecuencia legalmente prevista, acudindo a razóns non reconducibles á xustiza na determinación e exercicio da potestade sancionadora?” (López Cárcamo).

50 FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Del viejo acto político a la motivación de la potestad de gracia”, cit., pp. 759 e ss.

VOLUME II: ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DO ESTADO

Neste tomo analízase a cuestión territorial na historia (Nieto García⁵¹ e Varela-Suances⁵²). Faise unha consideración actual sobre o desenvolvemento da estrutura autonómica do Estado e cara a onde habería que ir (Carro⁵³, Martín-Retortillo⁵⁴, Pérez Moreno⁵⁵, Alegre Ávila⁵⁶, Bauzá⁵⁷, Arenilla⁵⁸, García Rubio⁵⁹, Torres Muro⁶⁰, Meilán Gil⁶¹, Martínez López-Muñiz⁶², Ureña⁶³ e Rodríguez-Arana⁶⁴), para atender posteriormente de xeito específico á problemática catalá (Boquera Oliver⁶⁵, Tornos Mas⁶⁶, De la Quadra-Salcedo⁶⁷, Agirreazkuenaga⁶⁸ e Carrillo⁶⁹). Posteriormente, analizaranse aspectos parciais como as defensorías do pobo

-
- 51 NIETO GARCÍA, A., "El federalismo español en 1873", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1069-1088.
 - 52 VARELA-SUANCES CARPEGNA, J., "La cuestión territorial en las dos Repúblicas españolas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1089-1110.
 - 53 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., "Presupuestos conceptuales de una reforma constitucional del Estado autonómico. Algunas consideraciones prospectivas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1139-1164.
 - 54 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La reforma de la Constitución vista por un senador constituyente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1165-1186.
 - 55 PÉREZ MORENO, A., "El concepto de «autonomías integradas»: una clave interpretativa de la Constitución española", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1187-1208.
 - 56 ALEGRE ÁVILA, J.M., "El Estado territorial y el Título VIII de la Constitución: unas pinceladas a contracorriente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1209-1220.
 - 57 BAUZA MARTORELL, C.J., "Revisión del sistema constitucional de distribución de competencias en España: ¿ruptura o reforma?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1229-1246.
 - 58 ARENILLA SÁEZ, M., "Las posibilidades de mejora del Estado autonómico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1247-1272.
 - 59 GARCÍA RUBIO, F., "El marco del Derecho regional español ante la crisis económica", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1273-1298.
 - 60 TORRES MURO, I., "El fracaso del «engorde» de los Estatutos de Autonomía", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1299-1312.
 - 61 MEILÁN GIL, J.L., "La búsqueda de «El Dorado» constitucional del Estado", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1313-1334.
 - 62 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "Trascendencia e improcedencia del Estado federal para España", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1335-1358.
 - 63 UREÑA SALCEDO, J.A., "La recentralización del Estado Autonómico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1359-1378.
 - 64 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La Administración única, integrada o sincronizada", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1379-1406.
 - 65 BOQUERA OLIVER, J.M., "Confusión sobre la soberanía", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1407-1412.
 - 66 TORNOS MAS, J., "Constitucionalismo y secesión", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1413-1430.
 - 67 DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., "Independencia y democracia. El Título VIII y la insoluble unidad de la nación española", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1431-1496.
 - 68 AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., "La idea de España y su organización territorial en el siglo XXI", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1497-1526.
 - 69 CARRILLO, M., "Reforma constitucional con el trasfondo de Cataluña", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1527-1552.

Regap



NOTAS

autonómicas, as relacións lei estatal-lei autonómica, en especial a prevalencia (Rebollo Puig⁷⁰ e González Sanfiel⁷¹), e a supletoriedade (Carbonell Porrás⁷² e Rodríguez Portugués⁷³), a distribución de competencias, desde a perspectiva xenérica ou en concreto nalgún dos seus sectores (Arzoz⁷⁴, Cosculluela⁷⁵, Falcón y Tella⁷⁶, Costa⁷⁷ e Vaquer Caballería⁷⁸), para acabar con algunhas referencias a cuestións parciais, os territorios forais (Razquin⁷⁹), o financiamento (García-Moncó⁸⁰), a Administración periférica (Sarmiento⁸¹ e González Ríos⁸²), ou a reforma territorial en Italia (Sánchez Morón⁸³). Remata o volume coas achegas dirixidas a estudar a reforma da Administración local.

Non causa sorpresa que o dereito a decidir ocupe a atención dos autores tendo en conta o debate que sobre a situación política en Cataluña se está a producir, debate acompañado dunha abundante xurisprudencia do Tribunal Constitucional e dunha xudicialización indebida e inadecuada da política, que atopa no Código penal o instrumento de axuízamento de propostas e ideas políticas democráticas. Parece ser que nin os comentaristas políticos máis avezados e desde logo os académicos máis ao día poderían imaxinar a evolución dunha

-
- 70 REBOLLO PUIG, M., "En busca de la prevalencia perdida", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1581-1616.
- 71 GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., "Desplazamiento versus inconstitucionalidad sobrevenida (la lucha encubierta entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional)", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1617-1642.
- 72 CARBONELL PORRAS, E., "La supletoriedad del Derecho estatal", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1643-1664.
- 73 RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., "Trasposición de directivas europeas y cláusula de supletoriedad del Derecho estatal", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1665-1686.
- 74 ARZOZ SANTISTEBAN, X., "¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de limitación de competencias?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1687-1714.
- 75 COSCULLUELA MONTANER, L., "Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: evolución del concepto como criterio de atribución competencial al Estado", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1715-1738.
- 76 FALCÓN Y TELLA, R., "Las competencias tributarias del Estado, las Comunidades Autónomas y las haciendas locales", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1739-1760.
- 77 CUESTA REVILLA, J., "El nuevo marco estatal para la proyección exterior de las Comunidades Autónomas y la Ley Catalana 6/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y relaciones con la Unión Europea", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1761-1784.
- 78 VAQUER CABALLERÍA, M., "El Gobierno del territorio. Propuestas para superar su insatisfactoria distribución competencial", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1785-1804.
- 79 RAZQUIN LIZARRAGA, M., "Las competencias históricas de los territorios forales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1807-1829.
- 80 GARCÍA-MONCO, A. M., "La necesaria reforma de la financiación autonómica en la Constitución", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1833-1841.
- 81 SARMIENTO LARRAURI, J. I., "Los delegados del Gobierno", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1845-1855.
- 82 GONZÁLEZ RÍOS, I., "Fundamentos normativos de la descentralización administrativa postconstitucional y del reciente "repliegue" de la administración pública", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1857-1878.
- 83 SÁNCHEZ MORÓN, M., "Sobre la reforma constitucional italiana, en lo relativo a la organización territorial de la República", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1881-1898.

reivindicación política lexítima dun pobo como o catalán á que non se lle deixa espazo de expresión desde unha perspectiva xurídica. Tal como o lembra Carrillo, os poderes públicos cataláns intentaron unha vía xurídico-constitucional que dese resposta a unha constatación real: o esgotamento do sistema autonómico español, que atopaba un eco especial na sociedade catalá. O Estatuto catalán de 2006 foi un intento ben construído xuridicamente, que tiña un fundamento claro na propia xurisprudencia do Tribunal Constitucional español, en especial na STC 247/2007, pero que foi contestado con virulencia xurídica ao dicir o Tribunal Constitucional que era o único e incontestable intérprete da Constitución (STC 31/2010).

A frustración que produciu esa sentenza deu lugar a un proceso de mobilización política que rematou no acordo adoptado polo Parlamento catalán, Resolución 5/X do Parlamento de Cataluña, do 23 de xaneiro de 2013, que deu novamente lugar a unha sentenza do Tribunal Constitucional, a STC 42/2014, que anunciaba a asunción dun papel político de primeira orde do Tribunal Constitucional no proceso. Ao dicir, de forma totalmente forzada, que a declaración parlamentaria era unha “norma” susceptible de ser axuizada desde a perspectiva constitucional, permitiuse determinar a súa inconstitucionalidade. Desta última derivarían unha serie de consecuencias xurídicas que o Tribunal Constitucional podería e debería imporlles aos poderes públicos insumisos. Mediante a correspondente reforma constitucional, outórgaselle ao Tribunal Constitucional a competencia para executar as súas propias sentenzas, podendo empregar unha serie de instrumentos que o converten nun actor destacado na contenda política. Todo o que teña relación coa declaración do Parlamento de Cataluña axuizada poderá dar lugar a unha intervención do Tribunal Constitucional exixindo o cumprimento da súa sentenza, a STC 42/2014.

O Parlamento catalán vaise ver impedido de sequera constituír no seu seo unha comisión parlamentaria que trate de cuestións que teñan algo que ver coa Resolución 5/X porque, se así sucede, producirase a intervención do Tribunal Constitucional, coa conseguinte imputación penal dos seus responsables. Esta situación rememora épocas medievais en que o rei podía someter a proceso a aqueles representantes nas Cortes estamentais que non fosen respectuosos cos seus designios. Díxose que as competencias que lle foron recoñecidas ao Tribunal Constitucional na execución das súas sentenzas tamén as teñen recollidas outros tribunais constitucionais. Máis alá da necesaria e precisa análise da bondade desta afirmación, é indubidable que a forma en que o Tribunal Constitucional está a utilizar eses instrumentos non atopa parangón na experiencia constitucional comparada. Á súa vez, un comportamento tal sitúa debidamente a caracterización xurídico-política do Estado das autonomías, do que se afirma a súa proximidade a un Estado federal. Nada máis afastado da realidade. Os estados federados nunha federación son Estados, os seus parlamentos son inviolables e os parlamentarios son inmunes e inviolables no exercicio das súas funcións. En Cataluña, non obstante, procésase a presidenta do Parlamento, o ex-presidente do Goberno e algúns dos seus conselleiros como resposta a propostas políticas democráticas, sustentadas en claras maiorías parlamentarias.

Esta situación política é difícil prever a onde pode chegar. Inicialmente cabe dicir que o Goberno do Estado non intenta ningunha manobra de achegamento que posibilite dar algún tipo de resposta xurídica á situación que non sexa a represión penal.

Regap



NOTAS

Ante esta situación, propónse ductilidade na utilización dos medios e categorías xurídicas⁸⁴, realizándose propostas concretas de reforma constitucional que acheguen a organización do Estado español a un Estado federal e, asemade, incluír unha disposición adicional na Constitución que responda ás reivindicacións catalás⁸⁵. Non hai dúbida de que a reforma constitucional ten unha problemática xurídica importante, tal como relata De la Quadra-Salcedo⁸⁶, aínda que a dificultade non pode por si mesma enervar as reivindicacións catalás. Neste sentido, ten interese lembrar a experiencia escocesa e a canadense. Na primeira, o Goberno do Reino Unido só se pronunciou a favor da existencia dunha única pregunta, deixando todo o demais, a organización e a forma de desenvolvemento da campaña, en mans das autoridades escocesas. Socialmente vivíuse o referendo con plena normalidade democrática, lonxe de boicots ao whisky escocés ou propostas similares. En relación co Quebec, non se subliña suficientemente o elemento central da argumentación do Tribunal Supremo canadense, que situaba o centro do proceso político na vontade do pobo do Quebec. Unha vez manifestada esa vontade, debería procederse a unha negociación e á realización das reformas constitucionais que, de ser o caso, fosen necesarias.

A reforma constitucional non é, polo tanto, nin límite ao alcance ou contido da vontade do pobo do Quebec nin tampouco constitúe a única forma de expresión da súa vontade política. Esa vontade maniféstase previamente, o que dá lugar ao proceso político-constitucional subseguinte. Obviamente, esta non é a proposta do Tribunal Constitucional na súa STC 42/2014. Para o alto tribunal, o dereito a decidir pódese facer operativo só mediante os procedementos de reforma constitucional, o que está moi lonxe da sentenza do Tribunal Supremo canadense. É máis, para ese tribunal a Constitución e os seus procedementos de reforma non constitúen límites á expresión política do pobo do Quebec. Para acabar coa referencia a esta problemática, cómpre facer unha consideración desde a perspectiva do dereito internacional.

Hai dúas cuestións que se queren subliñar, a saber: 1) o significado do dereito de autodeterminación e 2) o recoñecemento de Estados. En relación co primeiro, séguese repetindo un *mantra* que non se corresponde coa realidade. Dicar que o DA soamente atopa aplicación en situacións coloniais non se corresponde coa realidade. En primeiro lugar, porque constitúe unha interpretación restritiva do alcance do dereito, que non ten unha correspondencia coa súa literalidade. Os órganos da ONU, en especial o Tribunal de Xustiza Internacional, recoñeceron xa ese dereito en situacións que non son coloniais. Finalmente, hai que sinalar que os Pactos de Dereitos Cívicos e Políticos son de 1966, data en que os imperios coloniais xa desapareceran. Outra cuestión diferente é o significado deste dereito, no cal se diferenciaron situacións atendendo ao DA interno e externo, o que reflicte a complexidade dunha categoría xurídica, pero non a súa inexistencia. Algo similar sucede co dereito a decidir. Quérese negar a súa existencia afirmando que non se coñece o seu contido. Hoxe en día sería moi doado establecer algúns contidos dese dereito, como a legalidade e a lexitimidade das decisións dos poderes públicos catalás, en especial do seu Parlamento. Polo que respecta ao segundo aspecto, chama a atención o esquecemento da Sentenza do Tribunal Internacional de Xustiza sobre Kosovo. Fronte á afirmación constante de que o principio de integridade territorial

84 AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., "La idea de España y su organización territorial en el siglo XXI", cit., pp. 1497-1526.

85 CARRILLO, M., "Reforma constitucional con el trasfondo de Cataluña", cit., pp. 1527-1552.

86 DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., "Independencia y democracia. El Título VIII y la indisoluble unidad de la nación española", cit., pp. 1431-1496.

impide o exercicio do DA, o Tribunal Internacional de Xustiza recorda que ese principio actúa fronte ás agresións exteriores. Por outra banda, o recoñecemento internacional de Estados é unha cuestión de feito, que cada Estado pode facer libremente, e que se somete a requisitos soamente cando se trata de integrarse nunha organización internacional. Nese caso, os novos membros poden verse necesitados do cumprimento duns requisitos en que, con maior ou menor forza, se pode requirir a aprobación dos membros actuais da organización.

A relación entre ordenamentos rexida polos principios de prevalencia e supletoriedade, de acordo co ditado do artigo 149.3 CE, reviviu no tratamento xurisprudencial e, consecuentemente, no doutrinal como derivación obrigada da xurisprudencia do Tribunal Constitucional, que recentemente tratou destas cuestións dando respostas xurídicas contestadas e parece que dubitativas. Especialmente este é o caso ao tratar do principio de prevalencia, principio que para algúns parece significar unha afirmación do ordenamento xurídico estatal sobre os restantes, é dicir, unha condición que “beneficia a outra norma estatal ditada sobre calquera materia, en exercicio de calquera xénero de competencia”, impóndose como tal sobre calquera norma autonómica, aínda que se ditase en materia de competencias exclusivas (Rebollo Puig)⁸⁷. Se se entendeu ben esta idea, non se comparte. Se o Estado e a Comunidade Autónoma ditan unha norma sobre unha materia, coincidindo o obxecto desta, situación á que parece facerse referencia na frase anteriormente citada, a consecuencia non é a prevalencia da norma estatal sobre a autonómica, mesmo no caso de que a competencia autonómica fose exclusiva. Se a competencia autonómica é exclusiva e o Estado a regula, a norma estatal sería sen lugar a dúbidas inconstitucional.

A idea de separación de ordenamentos é clave nesta cuestión, e a determinación de cando se está ante unha norma ditada nunha materia de competencia estatal ou autonómica debe definirse con claridade. Para os supostos nos cales unha actuación estatal ou autonómica conforme a súa competencia pode dar lugar a un conflito entre ambas as dúas normas, o Tribunal Constitucional xa afirmou que deberá analizarse cal é a competencia prevalente. Non é posible aplicar o principio de prevalencia neste caso, afirmando a prevalencia da norma estatal sobre a autonómica. Se así se fixese, estaríase a converter o principio de prevalencia nunha norma ou criterio de competencia, xa que toda norma estatal primaria sobre as normas autonómicas, coa consecuencia de que esa prevalencia determinaría entón cal é a norma que foi validamente ditada.

O principio de prevalencia constitúe só un criterio para a resolución de conflitos normativos, que resulta aplicable cando neses conflitos normativos se entende que as normas en conflito son ambas as dúas conformes a competencia. A cuestión estriba en determinar cando se pode afirmar que dúas normas son conformes a competencia, se teoricamente cada unha debe corresponderse cunha materia en que se ten competencia, o que significa que, se unha norma se dita conforme a competencia, a outra non o pode ser. Por principio, ambas as dúas normas non poden ser á vez competentes.

O suposto de contradición entre dúas normas que poden entenderse válidas só se produce cando se está ante unha competencia compartida. Se o Estado dita unha lei básica, a Comunidade Autónoma dita unha norma de desenvolvemento e posteriormente o Estado modifica esa lexislación básica. Se esa modificación é contraria á lei autonómica anterior,

87 REBOLLO PUIG, M., “En busca de la prevalencia perdida”, cit., p. 1597.

ambas as dúas foron ditadas conforme a competencia, e a solución do conflito que pode derivar da relación entre ambas as dúas constitúe un conflito normativo, que debera resolverse mediante o principio de prevalencia. Certamente, a aplicación do principio de prevalencia significa non esquecer outro principio, que é o valor xurídico da lei. A lei vincula os tribunais, que cando dubidan da constitucionalidade dunha norma non poden non aplicala, senón que deben acudir ao Tribunal Constitucional, formulando a correspondente cuestión de inconstitucionalidade. Cando hai outra lei básica estatal que afecta a unha lei autonómica ditada en desenvolvemento desta última, a contradición non pode entenderse que é unha cuestión de constitucionalidade se a nova lei básica estatal se mantivo dentro das súas competencias. Ao non selo, podería aplicarse o principio de prevalencia e en consecuencia aplicarse a nova lei básica estatal.

Facéndoo así non se está a prexulgar cal foi a vontade do lexislador autonómico, xa que, ao descoñecer a nova lei estatal, non se pode afirmar que esa lei autonómica sexa contraria á Constitución. Nin tampouco se podería afirmar que o lexislador autonómico quería contradicir a nova lei estatal, que obviamente non podía coñecer. Por outra banda, aplicar esta teoría levaría a resultados de grande inseguridade xurídica. Este sería o caso da modificación de normas que regulen elementos procedementais como, por exemplo, a forma de adoptar acordos por maioría, que se deberían rexer polo principio *tempus regis tactum*, e non atopar aplicación. Se non se fai así, podería enfrontarse o ordenamento xurídico nalgúns casos ao denominado *horror vacui*, tal como sinalou García de Enterría, ao tratar da relación entre a Constitución e as normas legais anteriores. A aplicación da Constitución con efecto retroactivo podería producir o baleirado do ordenamento. O exemplo paradigmático sería que a Constitución de 1978 tería derogado o Código penal anterior, xa que non cumpría a condición de ser lei orgánica. Evidentemente, ese resultado non pode ser querido polo ordenamento. Algo similar sucedería se se aplicase o principio de prevalencia, entendendo que as leis autonómicas devesen inconstitucionais como consecuencia da entrada en vigor dunha nova lei estatal básica.

O debate, non obstante, está lonxe de ser pacífico, fronte aos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, en que claramente se manifestou a favor da non-aplicación do principio de prevalencia. Para o Tribunal Constitucional as leis básicas estatais novas producen a inconstitucionalidade sobrevida das leis autonómicas previas (aínda que estas últimas fosen ditadas conforme a lei básica estatal anteriormente en vigor). Ao tratarse de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional considera que é necesario acudir ao Tribunal Constitucional para que resolva sobre a compatibilidade entre a lei autonómica e a lei estatal básica posterior. Así o dixo nunha serie de sentenzas, como a 173/2002, e nas referencias que nela se atopan. Con posterioridade poden entrar a colación as sentenzas 66/2011, 187/2012, 177/2013 e 195/2015. Esta interpretación foise rompendo por parte do Tribunal Constitucional ao afirmar o principio de prevalencia, aínda que non o fixo, sinalando simplemente que a nova lei básica estatal produce o desprazamento da lei autonómica. O Tribunal Constitucional sinalou que, para que esta prevalencia se poida dar, a lei autonómica debía ter reproducido a lei básica estatal anterior, que, ao ser modificada pola nova lei básica estatal, non provoca un problema de inconstitucionalidade, xa que a vontade do lexislador autonómico foi simplemente repetir o dito polo lexislador estatal (STC 102/2016). Posteriormente sinalou tamén que se a lei autonómica se tivese ditado sen a existencia dunha lei de base estatal previa, a lei de bases estatal que por primeira vez dita o Estado e que afecta a unha lei autonómica previa, tal como establece a STC 204/2016, tampouco provoca problema de constitucionalidade.

Como pode verse, igual que sucedeu en determinado momento ao analizar o principio de supletoriedade, o Tribunal Constitucional está a modificar a súa doutrina, aínda que o está a facer dunha forma non doadamente entendible. En todo caso, de admitirse a interpretación que parte do recoñecemento de primacía da lei básica estatal posterior sobre a autonómica anterior, co desprazamento desta última declarado polos tribunais ordinarios, non debería nunca esquecerse o establecemento dalgún mecanismo no cal a comunidade autónoma afectada, en concreto o seu parlamento, puidese defender a conformidade constitucional da súa lei. Aínda que fronte a esta situación tamén podería afirmarse que a responsabilidade do legislador autonómico estaría precisamente en aprobar unha nova lei, no suposto de que fose contraria á nova lei de bases estatal, que si produciría nese caso unha cuestión de inconstitucionalidade que debería resolver o Tribunal Constitucional. Nestas propostas non debe esquecerse que, se a nova lei básica estatal pode ser inconstitucional, nese caso si procedería que os tribunais ordinarios formulasen ante o Tribunal Constitucional a correspondente cuestión de inconstitucionalidade.

Neste segundo volume da obra que se comenta poden atoparse tamén achegas doutrinarias relativas á autonomía local. Destacan as análises que se fan sobre a normativa recente en materia de réxime local, a Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, que recibe críticas tanto xerais como en aspectos concretos, comezando polo seu propio nome (Parejo Alfonso⁸⁸). Tanto este último autor como os que o acompañan en facer unha reflexión xeral sobre esta lei (Font Llovet⁸⁹ e Castillo Blanco⁹⁰), coinciden na crítica á norma estatal, podendo detectarse un elemento común a esta crítica, que consiste no escaso papel que deixan os estatutos de autonomía na súa función de configurar e determinar o alcance territorial e competencial dos entes locais. Ao falar dos estatutos de autonomía e do seu papel nesta materia, destácase que a reforma do sistema de goberno local debería incluír elementos que se dirixan precisamente á súa repolitización, diversificación e interiorización autonómica⁹¹. Nesta política xeral, pode facerse referencia tamén á importancia de previsións relativas á organización de entes intermedios, especialmente de consorcios e mancomunidades, dada a súa importancia para a prestación de servizos obrigatorios e tamén para os non obrigatorios. Neste último sentido, as limitacións que co exercicio das competencias locais persegue a lei son tamén obxecto de crítica⁹².

A cuestión dos entes intermedios e a xestión das competencias locais é atendida especificamente por varias das achegas. Así, analízanse as experiencias que no ámbito europeo se desenvolveron nesta materia, especialmente en Francia e Italia⁹³, onde relata nun documentado

88 PAREJO ALFONSO, L., "Reflexiones en torno al Gobierno y Administración locales y su racionalización para garantizar su sostenibilidad", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1899-1928, en especial p. 1926.

89 FONT LLOVET, T., "Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1929-1946.

90 CASTILLO BLANCO, F.A., "La reforma de los Gobiernos locales en España: ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 1947-1974.

91 FONT LLOVET, T., "Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización", cit., p. 1945.

92 CASTILLO BLANCO, F.A., "La reforma de los Gobiernos locales en España: ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?", cit., p. 1973.

93 BOTO ÁLVAREZ, A., "Los entes locales intermedios: algunas experiencias comparadas dentro de la Unión Europea", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid,

traballo a experiencia desenvolvida en ambos os dous Estados. Nas ensinanzas que poden derivar desta experiencia comparada, a autora destaca, en liña coas referencias que anteriormente se fixeron ás competencias autonómicas, que a imposición uniforme destas non ten sentido, nin tampouco que a existencia destas entidades supramunicipais deba ser garantida constitucionalmente⁹⁴. A autora tamén pon de manifesto que, debido á crise económica fundamentalmente, afirmacións sobre a estrutura administrativa do Estado, que viñan a ser un lugar común, resultan non obstante máis tarde radicalmente modificadas, tal como sucedeu nos enfoques, algúns fracasados, desenvolvidos en Italia en relación coas provincias.

Débase destacar tamén nesta materia o traballo de Barrero Rodríguez⁹⁵, quen establece que a nova lei non supuxo unha modificación das mancomunidades e do sistema ata agora existente. Para iso, analiza especialmente a disposición transitoria undécima da Lei 27/2013⁹⁶, chegando á conclusión de que segue a ser necesaria unha transformación e reorganización da planta local, incluído o réxime dos entes intermedios, que continúa sendo unha materia pendente⁹⁷. Pecha esta análise das administracións intermedias o traballo de Nieto Garrido⁹⁸ sobre o consorcio administrativo.

Finalmente, quedaría por referir un interesante traballo sobre a posibilidade de que os concelleiros ou membros do órgano de goberno local poidan ser persoas que non fosen elixidas pola cidadanía (Beltrán de Felipe e Duarte Martínez⁹⁹). O traballo ten interese desde perspectivas diferentes. En primeiro lugar, pola análise que realiza de tres sentenzas do Tribunal Constitucional, a 132/2012, 103/2013 e 125/2013, a partir das cales deducen os autores unha serie de problemas teóricos de grande importancia. Algúns son relativos a fontes do dereito, as relacións entre Constitución, estatutos e lexislación básica e lexislación de desenvolvemento. Pero non é este aspecto o que se considera de máis interese neste caso, aínda que o ten evidentemente, senón a reflexión sobre a representación local e a partidocracia.

As reflexións que se realizan sobre a vinculación que debe existir entre o papel dos partidos políticos e o dos representantes elixidos polo pobo en listas bloqueadas e pechadas leva os autores a facer unha consideración sobre a certa falsidade que oculta esta relación, xa que a pesar de que o ordenamento xurídico e a xurisprudencia realicen unha afirmación tallante sobre a desvinculación entre os partidos e os electos locais, non existe, coa conseguinte afirmación da representación democrática da cidadanía que corresponde aos electos e a súa primacía fronte aos partidos. Non obstante, esta afirmación teórica contrasta coa

2016, pp. 2077-2089, en especial pp. 2082 a 2086.

94 BOTO ÁLVAREZ, A., "Los entes locales intermedios: algunas experiencias comparadas dentro de la Unión Europea", cit., p. 2089.

95 BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El mantenimiento final de la situación anterior", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2091-2114.

96 BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El mantenimiento final de la situación anterior", cit., p. 2099 y ss.

97 BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El mantenimiento final de la situación anterior", cit., p. 2103.

98 NIETO GARRIDO, E., "El consorcio administrativo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2115-2136.

99 BELTRÁN DE FELIPE, M., E DUARTE MARTÍNEZ, R., "¿Pueden ser concejales, o miembros del órgano de gobierno local, personas que no hayan sido elegidas por los ciudadanos? Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia constitucional y la democracia local", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2137-2158.

realidade, onde os partidos políticos son realmente os donos das listas electorais e, polo tanto, debería recoñecérselles unha función máis determinante en supostos de transfuguismo ou de renuncia de electos locais a manterse no cargo, co conseguinte baleiro de poder e a aplicación substitutoria do artigo 182.2 da LOREX. Pode haber unha tendencia realista, que se manifesta nalgunha doutrina, a primar os partidos políticos, negando algunha das consecuencias clásicas da teoría democrática por xulgalas contrarias á realidade. Esta é unha teoría respectable. Considerar que o abandono do partido político pode significar a perda do cargo representativo enténdese que é contrario á teoría da representación e ao concepto de representación manexada na propia Constitución (véxase o comentario ao volume primeiro). Os autores sinalan que a democracia de proximidade require unha modificación da regulación xurídica existente, para permitir unha maior representatividade democrática, con maior participación da cidadanía, eliminando as limitacións que poidan establecer os partidos e as listas pechadas e bloqueadas, así como o desenvolvemento dunha práctica de rendición de contas “minimamente seria”. Estas son condicións dunha rexeneración democrática que atoparía no chanzo municipal un comezo axeitado¹⁰⁰.

VOLUME III: DEREITO ADMINISTRATIVO EUROPEO E INTERNO

O volume terceiro recolle traballos en distintos aspectos novidosos do dereito público, aínda que cabe destacar un compoñente fundamental consistente na importancia do dereito europeo no desenvolvemento do dereito público e as institucións administrativas. Esta importancia do dereito europeo baséase en moi diferentes aspectos, aínda que cabe chamar a atención sobre tres deles. En primeiro lugar, a importancia que adquiriu o principio de libre competencia, o cal, malia estar xa presente nos ordenamentos xurídicos internos, non adquire a importancia que ten na actualidade ata o ingreso na Unión Europea. O principio de libre competencia constitúe un dos ingredientes fundamentais do dereito da Unión, da garantía dos intercambios de bens e servizos, así como das liberdades de carácter económico, e ao mesmo tempo constitúe un elemento ou compoñente que serve nalgúns casos como motivo e xustificación da redución de dereitos sociais ou da eliminación ou condicionamento de servizos públicos. Xunto ao principio de competencia, outras achegas fan referencia á contratación administrativa e á incidencia que a normativa europea ten sobre ela. É indubidable que neste caso tamén o principio de libre competencia e non discriminación se atopa entre os fundamentos desta normativa, aínda que, dada a complexidade do ordenamento xurídico urbanístico, as resolucións dos tribunais e a cohesión das sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión coa xurisprudencia do Tribunal Supremo, se presentou como un labor complexo e nalgúns casos difícil de articular, tal como veremos que exemplifica cunha importante análise de xurisprudencia o maxistrado do Tribunal Supremo Suay Rincón¹⁰¹. O terceiro campo onde o dereito europeo fai presenza é o bancario. Constatada a transferencia de competencias en materia de política financeira á Unión Europea, coas importantes competencias do Banco Central Europeo, evidéncianse á vez as deficiencias que o sistema bancario europeo puxo de manifesto, en especial a carencia de instrumentos para enfrontarse á crise económica que padeceu Europa e cuxas consecuencias aínda combate.

100 BELTRÁN DE FELIPE, M., e DUARTE MARTÍNEZ, R., “¿Pueden ser concejales, o miembros del órgano de gobierno local, personas que no hayan sido elegidas por los ciudadanos? Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia constitucional y la democracia local”, cit., p. 2152.

101 SUAY RINCÓN, J., “Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2583-2607.

Este terceiro tomo iníciase con catro reflexións sobre os novos retos do dereito público antes de entrar a tratar a influencia do dereito europeo. Nestes traballos aténdese a cuestións de tanta actualidade como a corrupción, aínda que desde o seu negativo, é dicir, o bo goberno, a ética pública e os altos cargos (Bassols Coma¹⁰²), traballo en que se describe fundamentalmente a Administración xeral do Estado, o concepto de alto cargo, o seu réxime xurídico, para posteriormente analizar o que se entende por bo goberno, rematando por unha reflexión sobre o réxime sancionador neste eido dos altos cargos e o procedemento a través do cal ese réxime sancionador se pon en funcionamento. As seguintes achegas cambian de perfil para internarse nos novos enfoques que a globalización e o desenvolvemento tecnolóxico levaron ao dereito. Así, o traballo dun especialista nesta materia, Esteve Pardo¹⁰³, analiza o problema da incerteza e a resposta xurídica ante este. No seu atractivo traballo analiza a evolución que esta relación entre dereito e incerteza tivo, pasando da resposta inicial a esta relación baseada na economía, como as obras que se produciron fundamentalmente en América do Norte sobre a análise económica do dereito, para converterse na actualidade na relación entre dereito e literatura, acudindo a esta última, as súas ficcións, como novo paradigma na relación que se produce entre o dereito e a incerteza.

Efectivamente, ao falar de ficcións, cabe facer referencia a cuestións antigas, como pode ser o feito da creación da figura das persoas xurídicas, ata novas formas de resposta do dereito ante a incerteza, que están por estudar. Historicamente, o dereito tivo unha admiración cara ás ciencias empíricas, xa que se fundamentan na “seguridade e as certezas”. Non obstante, rota esa relación, cabe sinalar que ante a incerteza o dereito debe atopar a súa base nas Humanidades, aínda que o autor recorda que as utilidades prácticas que esa relación poida ter están por explotar¹⁰⁴. Remata este tomo coas reflexións sobre gobernanza pública, a distinción entre regular e gobernar, coas consecuencias que esta conceptualización ten (Gómez Jiménez¹⁰⁵), para pechar o apartado cunha reflexión xeral sobre regulación e dereito administrativo debida á pluma de Iñigo del Guayo¹⁰⁶.

O segundo bloque de traballos deste tomo trata sobre a libre competencia e os efectos que esta ten no dereito e as potestades administrativas. Este Santo Grial da modernidade, que é o principio de libre competencia, serviu para baleirar o campo de intervención dos poderes públicos, permitindo a privatización de moitas funcións ata este momento clasicamente públicas e impedindo noutros casos que a intervención pública en certos sectores puidese ser desenvolvida como ata a actualidade. Esta visión da libre competencia, con estas consecuencias, é debedora dun momento político no cal o neoliberalismo na súa face máis crúa estaba en vigor. Na actualidade, tal como o demostran algúns movementos políticos europeos, e non soamente os que poderían considerarse “extremistas”, formulan a relectura deste principio coa consecuencia de volver situar tamén o Estado como actor fundamental na prestación

102 BASSOLS COMA, M., “Buen gobierno, ética pública y altos cargos”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2159-2191.

103 ESTEVE PARDO, J., “De la ciencia a la literatura. El camino del derecho ante la incertidumbre”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2193-2205.

104 ESTEVE PARDO, J., “De la ciencia a la literatura. El camino del derecho ante la incertidumbre”, cit., p. 2204.

105 GÓMEZ-JIMÉNEZ, M.L., “A modo de homenaje: breves reflexiones sobre la gobernanza pública desde la proyección del Derecho Administrativo Global en España”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2207-2217.

106 DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Regulación y Derecho Administrativo”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2219-2235.

de servizos sociais e, no que corresponda obviamente, a entes como a Unión Europea. Nun ámbito máis limitado, atende á incidencia do principio de competencia no ámbito local o traballo de Ortega Bernardo¹⁰⁷, en que se relatan algúns dos supostos nos cales se pretendeu, en virtude deste principio, reducir o campo de actividade dos entes locais, como cando se pretende que os entes locais non poidan prestar servizos deportivos, servizos de gardaría, dar clases de inglés ou exhibir películas en público. A pretensión de impedir estas actividades públicas porque poden chocar coas privadas e afectar ao principio de libre competencia non é aceptada polos tribunais, onde a idea de servizo público de ámbito local non pode verse afectada por este principio de libre competencia. Máis alá da clave xurídica, entender que a intervención privada neses sectores poida impedir a intervención pública non pode deixar de sorprender e chamar poderosamente a atención. Con estes enfoques, perséguese que toda actividade de prestación de servizo público de carácter gratuíto ou de prezo subvencionado se considere contraria a dereito. Deste xeito, procederíase a unha diminución tal das funcións públicas que, en certo sentido, poría en cuestión a propia idea de democracia.

Unha análise desta función de servizo público, competencia e libre circulación de mercadorías é realizada por Trias Prats¹⁰⁸, ao estudar estes principios no mercado europeo dos residuos¹⁰⁹. Neste artigo ponse de manifesto que unha lectura tan exixente do principio de libre competencia poría en cuestión a idea de servizo público, con este nome ou con outro, polo que o propio Tratado de Funcionamento da Unión Europea, no seu artigo 106.2, xa establece que nos casos das denominadas empresas públicas encargadas da xestión de “servizos de interese económico xeral”, cando a aplicación das normas de competencia impida o cumprimento das obrigas derivadas deses servizos, o cumprimento desa “misión específica”, neses casos as ditas normas europeas non atoparán aplicación¹¹⁰.

Os dous seguintes traballos tratan de dúas cuestións de grande interese. A primeira delas é a relación entre as resolucións das autoridades administrativas e dos tribunais en materia de dereito da competencia. O ilustrativo título, “cooperación e concorrencia entre autoridades administrativas e tribunais”, reflicte a problemática que se suscita entre a aplicación das normas de competencia polos tribunais ordinarios, pola xurisdición civil, e as resolucións que poida adoptar a CNMC. Huergo Lora¹¹¹ analiza con detalle esta cuestión, pondo de manifesto que, a pesar de que as decisións da Comisión Europea en materia de competencia vinculan as autoridades internas administrativas e xudiciais, non obstante as decisións da CNMC non o son para os tribunais. Esta falta de efecto vinculante non significa, en cambio, que as resolucións da CNMC non teñan un importante peso nos procesos xudiciais¹¹². O último traballo refírese á execución do dereito comunitario da competencia polas autoridades

107 ORTEGA BERNARDO, J., “Derecho de defensa de la competencia y Administraciones públicas: una visión sobre las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos locales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2239-2259.

108 TRIAS PRATS, B., “Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2261-2282.

109 TRIAS PRATS, B., “Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos”, cit., p. 2261 e ss.

110 TRIAS PRATS, B., “Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos”, cit., p. 2281.

111 HUERGO LORA, A., “Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2283-2312.

112 HUERGO LORA, A., “Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales”, cit., p. 2311.

estatais e o que esta aplicación significa desde a perspectiva da problemática que unha aplicación descentralizada deste tipo, nunha organización como a Unión Europea leva consigo (Guillén Caramés¹¹³).

O seguinte grupo de traballos comeza co significativo nome de “Síndrome de Lázaro” (Santamaría Pastor¹¹⁴), que trata dos recursos administrativos derivados das exixencias que a normativa europea establece neste eido, sinalando en principio que estes recursos demostraban a súa “boa saúde” no ámbito económico-administrativo e tamén se quere lograr esa mesma boa saúde no ámbito da contratación administrativa. Efectivamente, o autor expón a importancia que a vía administrativa pode ter na resolución de contenciosos coa Administración, indicando o profundo significado que debía ter a terminación convencional de procedementos, respecto da cal di que as administracións públicas non están certamente acostumadas a esa forma de finalización. Non obstante, a normativa europea fixo que as administracións volvesen sobre os seus pasos, obrigándoas a realizar a correspondente transposición das directivas de recursos europeos, especialmente as directivas 89/665/CE e 92/13/CE, fronte ás cales se manifestou unha clara resistencia, igual que fronte a outras directivas ditadas posteriormente. A transposición destas normas no ordenamento interno viuse afectada de xeito importante pola intervención do Tribunal de Xustiza, que declarou xa no ano 2003 o incumprimento por parte do Reino de España das obrigas impostas pola Directiva de recursos. Tal como sinala o autor, a resposta do Goberno tardou catro anos en desenvolverse, e foi no ano 2007 cando se regulou por primeira vez o recurso especial en materia de contratación¹¹⁵. Posteriormente produciuse unha nova sentenza en 2008, á que se respondeu tamén mediante a modificación operada pola Lei 34/2010. Para o autor, a execución da directiva non a respectou con total fidelidade. Na súa análise posterior atende á natureza dos órganos competentes para a resolución dos recursos, ao requisito da independencia dos seus órganos, ás características dos seus titulares, en especial a inamovibilidade e duración do mandato, así como á capacitación profesional, facendo tamén unha consideración sobre a regulación destas materias no ámbito autonómico. Un interesante traballo que está acompañado doutro de Noguera de la Muela¹¹⁶, en que se analiza tamén este recurso administrativo especial, en materia de contratos, aínda que insistindo de xeito especial no control xurisdiccional da contratación pública e na necesidade de establecer medidas cautelares autónomas no recurso contencioso-administrativo, así como un procedemento, que dá en chamar “urxente”, en materia de contratación¹¹⁷.

Para evidenciar a importancia que ten a incidencia do dereito europeo na contratación pública, non hai máis que comprobar os artigos que se dedican a esta materia, ademais dos xa

113 GUILLÉN CARAMÉS, J., “La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2313-2351.

114 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2511-2537.

115 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, cit., p. 2515.

116 NOGUERA DE LA MUELA, B., “El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de la contratación pública: el recurso administrativo especial en materia de contratos”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2539-2571.

117 NOGUERA DE LA MUELA, B., “El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de la contratación pública: el recurso administrativo especial en materia de contratos”, cit., pp. 2539 e ss.

sinalados, e que se deben ás plumas de De los Mozos¹¹⁸, Hernández González¹¹⁹, Mellado Ruiz¹²⁰ e Suay Rincón¹²¹. Os tres primeiros tratan dunha forma máis xenérica a relación que se produce entre esas normas comunitarias e a evolución da normativa interna de contratos públicos, resaltando cuestións diversas como o alcance do título competencial da normativa europea para ditar as directivas adoptadas, así como a incidencia que esta normativa ten nas prerrogativas que a Administración posúe na relación contractual, especialmente a interpretación unilateral e a resolución unilateral dos contratos¹²². Ten tamén interese a reflexión sobre o contrato de concesión, a dificultade na súa conceptualización, se se vincula á remuneración do concesionario, mediante a retribución indirecta polos usuarios, ou se se fai a través da idea do risco de explotación. Tamén chama a atención sobre a forma en que a normativa europea afecta ao contrato de xestión de servizos públicos, ao contrato de colaboración pública-privada e ao ámbito ao cal se vai dirixir o contrato de concesión, superando as limitacións dos contratos de servizo público¹²³. Neste labor de transposición estímase ademais que algúns aspectos das previsións comunitarias poden ter dificultades de encaixe sistemático e formal, realizándose unha análise detida desta problemática en relación coas concesións de servizo público¹²⁴. Para rematar este apartado de contratación pública, cabe destacar o percorrido xurisprudencial que efectúa, tanto da xurisprudencia interna como da europea, o maxistrado Suay Rincón¹²⁵. Desde unha perspectiva máis concreta, Bocanegra Sierra analiza a renuncia ás concesións de obra como unha solución equilibrada nos casos de ruptura do equilibrio económico do contrato, análise puntual dunha problemática importante e sobre a cal o autor fai unhas interesantes consideracións¹²⁶.

En materia de urbanismo, hai que sinalar o traballo de Quintana López¹²⁷, analizando a repartición competencial nunha materia de tanta importancia como a rehabilitación, rexeneración e renovación das cidades, regulada pola Lei estatal 8/2013. As reflexións sobre esta materia teñen grande interese, xa que non parece que houbera unha reflexión suficiente sobre as consecuencias que na crise económica tivo a regulación do urbanismo, regulación que, desde logo, non serviu para canalizar o desenvolvemento urbanístico, tampouco para evitar a

-
- 118 DE LOS MOZOS TOUYA, I., "Sobre la supuesta incidencia de la Unión Europea en el régimen específico del contrato administrativo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2429-2447.
- 119 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2449-2480.
- 120 MELLADO RUIZ, L., "Aproximación a la influencia del Derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2481-2509.
- 121 SUAY RINCÓN, J., "Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea", cit., pp. 2583-2607.
- 122 DE LOS MOZOS TOUYA, I., "Sobre la supuesta incidencia de la Unión Europea en el régimen específico del contrato administrativo", cit., pp. 2445 y 2446.
- 123 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea", cit., pp. 2477-2479.
- 124 MELLADO RUIZ, L., "Aproximación a la influencia del Derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos", cit., pp. 2481 e ss.
- 125 SUAY RINCÓN, J., "Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea", cit., pp. 2583 y ss.
- 126 BOCANEGRA SIERRA, R.E., "La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2573 e ss.
- 127 QUINTANA LÓPEZ, T., "La cuestión competencial sobre la rehabilitación, regeneración y renovación de las ciudades. La Ley 8/2013, de 26 de junio", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2609-2632.

corrupción e, tal como sinalou o informe elaborado polos parlamentarios europeos, para preservar os dereitos da cidadanía en moitos casos fronte ao poder omnímodo da Administración e de certos intereses empresariais urbanísticos. A lei á que fai referencia Quintana López parece que quere dar unha resposta a este carácter expansivo do urbanismo, que é contestado por algunhas comunidades autónomas. En principio, a finalidade que persegue a lei é boa, pódese compartir, aínda que a análise competencial destas pode presentar certas dúbidas. O autor considera que existe unha importante xurisprudencia constitucional na materia, pero, a pesar dela, as diferenzas na interpretación sobre as competencias estatais segue estando á orde do día e reflíctese, neste caso, na Lei 8/2013 e a resposta que se tivo por parte das comunidades autónomas. Trátase das coñecidas como competencias transversais, ás que fai referencia Quintana López e que analiza detidamente, en concreto ao estudar as bases e a coordinación da planificación da actividade económica: as condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento das súas obrigas, as bases do réxime xurídico das administracións públicas e o procedemento administrativo común, a lexislación básica sobre protección do medio ambiente e sobre réxime enerxético, constitúen os títulos competenciais aos que o autor atende para comprobar a incidencia que poden ter na sentenza que o Tribunal Constitucional dite na análise da citada lei¹²⁸.

Nesta análise competencial presenta grande interese o traballo de Sánchez Blanco, no cal analiza a relación entre a xurisprudencia penal nos delitos sobre ordenación do territorio e urbanismo e a relación existente entre a lexislación básica estatal e as normas autonómicas de ordenación do territorio. O autor considera que na xurisprudencia penal se produce o desenvolvemento de conceptos que se incorporaron no artigo 359 do Código penal, sen atender debidamente ao concepto de solo non urbanizable, tal como está regulado no artigo 9 da Lei do solo de 1998, cuestión interesante que responde tamén á preocupación existente en materia penal ao acentuarse a existencia de regulacións dos delitos penais en branco. Nestes delitos existe unha remisión a regulacións tipicamente administrativas, o que amosa a necesidade e a importancia de atender á cuestión prexudicial en materia administrativa¹²⁹, aspecto ao que tamén atende o interesante traballo de Lozano Cutanda¹³⁰ sobre o que chama os delitos administrativos¹³¹. Finalmente, expónse unha problemática interesante con reflexo no ámbito urbanístico, a clasificación hoteleira, onde Blasco Esteve analiza a heteroxeneidade de criterios existentes nesta materia, defendendo a conveniencia de que haxa unha converxencia ou harmonización da clasificación hoteleira. Considera o autor que existe unha excesiva heteroxeneidade, e faíno analizando o Decreto rioxano 14/2011 e o Decreto balear 20/2011¹³².

128 QUINTANA LÓPEZ, T., “La cuestión competencial sobre la rehabilitación, regeneración y renovación de las ciudades. La Ley 8/2013, de 26 de junio”, cit., pp. 2620 e ss.

129 SÁNCHEZ BLANCO, A., “Un lapsus de la Jurisprudencia Penal en los delitos sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo: la elusión de la legislación básica estatal y de las competencias autonómicas de ordenación del territorio”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2657-2679.

130 LOZANO CUTANDA, B., “La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2837-2856.

131 LOZANO CUTANDA, B., “La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente”, cit., pp. 2837 e ss.

132 BLASCO ESTEVE, A., “La competencia sobre clasificación hotelera: heterogeneidad versus armonización”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2633 e ss.

O dereito administrativo económico desde a perspectiva da Unión Europea, e en concreto da política monetaria e financeira, atopa acollida neste terceiro volume coas achegas de García-Álvarez¹³³, Ponce Solé¹³⁴ e García Ureta¹³⁵. García-Álvarez e García Ureta analizan desde unha perspectiva institucional o funcionamento do sistema financeiro, comezando o primeiro deles por mostrar a crise que se produciu na supervisión das entidades de crédito, tal como se manifestou na recente crise económica, coas consecuencias que tivo. García-Álvarez analiza a función que lle pode corresponder ao Banco Central Europeo na supervisión das entidades de crédito, o equilibrio que debe existir entre o Consello de Goberno e o Consello de Supervisión, as relacións entre a autoridade bancaria europea e o Banco Central Europeo e as competencias que en materia de supervisión bancaria lles corresponden ás autoridades internas¹³⁶. Concretando algúns problemas organizativos nesta materia, García Ureta analiza a posición do Banco Central Europeo e das autoridades estatais no Mecanismo Único de Supervisión Bancaria. No seu traballo analiza detidamente o Regulamento marco do Mecanismo Único de Supervisión Bancaria, Regulamento 1024/2013, pondo especial atención na relación que se pode producir entre as funcións que lle corresponden ao Banco Central Europeo e ás autoridades internas¹³⁷. Pecha a análise o traballo de Ponce Solé, que fai unha análise sobre o réxime xurídico da banca desde unha perspectiva novidosa e que non hai máis remedio que compartir. Ata agora a regulamentación da intervención pública no ámbito financeiro realizábase fundamentalmente desde unha perspectiva que podería chamarse externa, establecéndose un réxime xurídico dunha actividade que se entende importante para o sistema, do mesmo xeito que se poden regular outras actividades económicas como poden ser o comercio. A regulación neste sector xa foi definida como “marasmo normativo”. Por outra banda, a relación dos particulares coas entidades financeiras, dada a dependencia do funcionamento actual que se ten con elas, formula a “exclusión financeira”, que se define como “a incapacidade, imposibilidade ou dificultade en acceder e usar servizos financeiros básicos”¹³⁸. De aquí que se realice unha crítica á perspectiva clásica da actividade bancaria como unha actividade simplemente privada, para pasar a considerar como unha actividade ou un “servizo de interese económico xeral”, nos termos utilizados na Unión Europea¹³⁹. Trátase dun traballo novidoso e de grande interese que hai que saudar efusivamente.

-
- 133 GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “La supervisión por el Banco Central Europeo de las entidades de crédito españolas”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2355-2379.
- 134 PONCE SOLÉ, J., “Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2381-2403.
- 135 GARCÍA URETA, A., “Consideraciones sobre la posición del Banco Central Europeo y las autoridades estatales en el mecanismo único de supervisión prudencial bancaria”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2405-2426.
- 136 GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “La supervisión por el Banco Central Europeo de las entidades de crédito españolas”, cit., pp. 2355 e ss.
- 137 GARCÍA URETA, A., “Consideraciones sobre la posición del Banco Central Europeo y las autoridades estatales en el mecanismo único de supervisión prudencial bancaria”, cit., pp. 2413 e ss.
- 138 PONCE SOLÉ, J., “Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas”, cit., p. 2382.
- 139 PONCE SOLÉ, J., “Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas”, cit., p. 2383.

Interesa destacar neste terceiro tomo o apartado relativo á responsabilidade extracontractual da Administración e do lexislador. Son cinco as achegas que se realizan (González Ramos¹⁴⁰, Trayter Jiménez¹⁴¹, De la Oliva Santos¹⁴², Ruiz López¹⁴³ e Jiménez-Blanco¹⁴⁴), todas elas importantes, e malia incidiren sobre un mesmo tema e, pola propia orixe da obra, non haber un acordo previo entre os autores, as cinco tratan aspectos diferentes e resultan mutuamente complementarias.

Tres das achegas tratan sobre a historia¹⁴⁵, a regulación constitucional e os problemas actuais que suscita¹⁴⁶, provocados pola nova regulación xurídica da institución e polos problemas relativos á concordancia do réxime interno e do comunitario da responsabilidade patrimonial do Estado lexislador¹⁴⁷. Os tres traballos son de grande interese, resaltando nos dous últimos o esforzo de actualización que presentan sobre a responsabilidade extracontractual da Administración e do lexislador, sentando os aspectos principais obxecto de debate na actualidade. A estas reflexións xerais únense a de dous aspectos, que poderían considerarse parciais, da responsabilidade extracontractual, sendo o primeiro o importante tema da transmisibilidade ou intransmisibilidade do dereito a ser indemnizado pola Administración pública con motivo dos danos que poidan ser causados polo funcionamento dos servizos públicos¹⁴⁸. Aquí destaca a postura que claramente adopta o autor, partidario da intransmisibilidade, pero onde acode a unha xustificación teórica propia que presenta un grande interese. O outro autor que finaliza o apartado é Jiménez-Blanco, quen dedica unhas reflexións á problemática que se produce noutros eidos da responsabilidade patrimonial da Administración, en especial aqueles tamén derivados da idea de confianza lexitima, categoría trasladada do dereito público alemán. O autor compara a problemática que, especialmente en materia de enerxía, se produciu como consecuencia da modificación do réxime xurídico da explotación das enerxías renovables, equiparando a resposta xurídica producida pola xurisprudencia do Tribunal Supremo á producida polos tribunais na República Federal de Alemaña. Teñen

140 GONZÁLEZ RAMOS, C., “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2719-2737.

141 TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública como institución reconocida en la Constitución. Problemas que suscita en la actualidad”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2739-2762.

142 DE LA OLIVA SANTOS, A., “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración pública en razón de daños causados por el funcionamiento de servicios públicos. (Reflexiones sobre la naturaleza de ese derecho y una propuesta)”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2763-2762.

143 RUIZ LÓPEZ, M.A., “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legisla-dor”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2783-2805.

144 JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La otra responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2807-2833.

145 GONZÁLEZ RAMOS, C., “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, cit., pp. 2719 e ss.

146 TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública como institución reconocida en la Constitución. Problemas que suscita en la actualidad”, cit., pp. 2739 y ss.

147 RUIZ LÓPEZ, M.A., “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legisla-dor”, cit., pp. 2783 e ss.

148 DE LA OLIVA SANTOS, A., “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración pública en razón de daños causados por el funcionamiento de servicios públicos. (Reflexiones sobre la naturaleza de ese derecho y una propuesta)”, cit., pp. 2763 e ss.

especial interese neste traballo as reflexións do autor sobre a relación que se produce entre o réxime da responsabilidade, a xurisprudencia interna e os pronunciamentos que poidan derivar dos tribunais de arbitraje internacionais. Cómpre salientar tamén a problemática derivada das competencias da Unión Europea nesta materia e as consecuencias que no réxime xurídico da arbitraje e a responsabilidade poden derivar precisamente desa regulación. É este un artigo escrito con soltura e que, a pesar da dificultade do tema, se fai doadamente comprensible para o lector.

Outros traballos que podemos atopar tratan de diferentes temas, como o dereito de augas, no cal Delgado Piqueras volve á análise desa idea tan importante que é o ámbito territorial da cunca hidrográfica como compoñente fundamental dunha política de augas, tanto no dereito español como no europeo¹⁴⁹. Certamente, desde unha perspectiva teórica, a idea da cunca xeográfica como ámbito de xestión hai que saudala positivamente. O autor pon de manifesto como a formulación teórica se asume plenamente, pero a práctica política en materia de augas é moi deficiente. A xestión das augas requiriría un acordo político que facilite precisamente a forma de participación de todos os entes interesados e con competencias na materia. Isto non se fai, e en particular hai que dicir que a participación das comunidades autónomas na política da auga non é atendida suficientemente pola Administración central. Quizais iso se deba en parte á pobre e limitada política de augas que se realiza no Estado, onde se chegan a producir situacións tan peculiares como que as propias multas, impostas ás empresas polo incumprimento das súas obrigas, sexan satisfeitas pola entidade local correspondente co obxecto de que a empresa non se deslocalice. De aí que a reflexión sobre este tema sempre haxa que saudala de forma positiva.

A existencia xurídica gratuita é analizada polo profesor López Benítez¹⁵⁰, tan importante e máis cando o Tribunal Constitucional tivo que intervir establecendo a inconstitucionalidade das taxas no ámbito xudicial, en concreto a normativa ditada polo anterior Goberno. Este é un tema de grande importancia, xa que o dereito á tutela xudicial está vinculado precisamente a que exista un sistema de asistencia xurídica gratuita que permita que ese dereito sexa realmente factible. O traballo de López Benítez analiza as competencias autonómicas e estatais na materia, o deseño organizativo para a prestación deste servizo público e a súa prestación polos colexios profesionais, coa problemática que iso xera. O autor realiza finalmente unhas interesantes consideracións sobre a repartición competencial Estado-comunidades autónomas, coas consecuencias herdadas da Lei 1/1996 e a idea de asunción do exercicio efectivo das competencias, así como do posterior financiamento por parte do Ministerio de Xustiza dos servizos que están vinculados á asistencia xurídica gratuita.

Lozano Cutanda analiza o que dá en chamar o espectacular desenvolvemento da potestade sancionadora da Administración, estudando especificamente a problemática das normas penais en branco e a súa relación co principio de intervención mínima. A autora chama a atención sobre o aumento crecente da intervención penal mediante as denominadas normas penais en branco, que denomina delitos administrativos, remitíndose especialmente

149 DELGADO PIQUERAS, F., "La cuenca hidrográfica como ámbito territorial para la gobernanza del agua en el Derecho español y europeo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2683 e ss.

150 LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Cláusulas subrogatorias en materia de Administración de Justicia y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2699-2715.

á problemática da prexudicialidade, á que xa atendeu hai algúns anos o traballo de Ballbé Mallol e Padrós Reig. Nesta relación e ao tratar da prexudicialidade remite tamén ao artigo 31 bis do Código penal e ao que considera unha norma practicamente administrativa, se se analizan os requisitos que se lles queren requirir ás empresas e aos administradores cando se trate da responsabilidade penal das persoas xurídicas¹⁵¹. Neste sentido, ten especial interese a referencia que fai á sentenza do Tribunal Supremo 663/2005. Tamén atende a autora á problemática vinculada ao principio *non bis in idem*, á dificultade de diferenciación entre a ilicitude penal e a ilicitude administrativa nos delitos tipificados como leis penais en branco, reclamando a necesidade da regulación das cuestións prexudiciais administrativas na orde xurisdiccional penal. Trátase dun traballo de actualidade e de interesante lectura.

Remata este terceiro volume con tres artigos dedicados aos límites e ás garantías constitucionais das axudas públicas, á estabilidade orzamentaria e ao déficit público no ámbito autonómico e á estabilidade orzamentaria local. O primeiro deles é de Burlada Echeveste¹⁵² e os posteriores, de Villar Rojas¹⁵³ e Calvo Vérguez¹⁵⁴. Empezando por estes últimos traballos, Villar Rojas analiza a problemática xurídica que presenta o control da estabilidade orzamentaria no ámbito local, coa consecuencia que ten do fortalecemento da tutela estatal e dos controis que se fortalecen e que a tutela estatal provoca. Analiza o autor as medidas para o control do endebedamento, especialmente tamén o financiamento para o pagamento de débedas para provedores, entrando posteriormente no estudo da relación existente entre a estabilidade orzamentaria e a autonomía local. Ambos os dous son mandatos constitucionais que teñen un mesmo rango, pero que na súa posta en práctica prima de xeito sinalado o primeiro. Neste sentido, o autor analiza a problemática da deslegalización das potestades de control, ao ter transitado dunha supervisión regulada a unha discrecional e, en definitiva, ter chegado a unha situación en que o necesario equilibrio que debería darse entre o cumprimento da estabilidade orzamentaria e a súa tutela e a autonomía local, principios ambos os dous de rango constitucional, como se sinalou anteriormente, debería estar equilibrada e non cunha clara vantaxe para o primeiro deles¹⁵⁵.

Bibliografía

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “La idea de España y su organización territorial en el siglo XXI”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

151 LOZANO CUTANDA, B., “La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente”, cit., p. 2841.

152 BURLADA ECHEVESTE, J.L., “Límites y garantías constitucionales de la Deuda pública”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2883-2909.

153 VILLAR ROJAS, F.J., “El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2859-2882.

154 CALVO VÉRGEZ, J., “La evolución de la Deuda pública autonómica y del déficit público de los entes regionales durante el ejercicio 2014. Algunas consideraciones”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2016, pp. 2911-2935.

155 VILLAR ROJAS, F.J., “El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios”, cit., p. 2882.

- ALEGRE ÁVILA, J. M., "El Estado territorial y el Título VIII de la Constitución: unas pinceladas a contracorriente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ALONSO MAS, M.^aJ., "La necesaria reforma de la justicia administrativa", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La primacía del Derecho Comunitario sobre la jurisprudencia constitucional española y su efecto recentralizador: el caso de los controles técnicos sobre los vehículos de motor", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ARENILLA SÁEZ, M., "Las posibilidades de mejora del Estado autonómico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., "¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de limitación de competencias?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, "Presentación", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El mantenimiento final de la situación anterior", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BARRIO ANDRÉS, M., "El Consejo de Estado: institución de tradición y de progreso", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BASSOLS COMA, M., "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BAUZA MARTORELL, C. J., "Revisión del sistema constitucional de distribución de competencias en España: ¿ruptura o reforma?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

regap



NOTAS

- BELTRÁN DE FELIPE, M., e DUARTE MARTÍNEZ, R., “¿Pueden ser concejales, o miembros del órgano de gobierno local, personas que no hayan sido elegidas por los ciudadanos? Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia constitucional y la democracia local”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BETANCOURT RODRÍGUEZ, A., “Calidad de la ley: razonabilidad, arbitrariedad y control”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BLASCO ESTEVE, A., “La competencia sobre clasificación hotelera: heterogeneidad versus armonización”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOCANEGRA SIERRA, R. E., “La renuncia a las concesiones de obra como solución equilibrada en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOQUERA OLIVER, J. M., “Confusión sobre la soberanía”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BORRAJO INIESTA, I., “La urdimbre política del Estado de las Autonomías”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “Los entes locales intermedios: algunas experiencias comparadas dentro de la Unión Europea”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOUAZZA ARIÑO, O., “Intereses colectivos y directos individuales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el medio ambiente”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L., “Límites y garantías constitucionales de la Deuda pública”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CALVO VERGEZ, J., “La evolución de la Deuda pública autonómica y del déficit público de los entes regionales durante el ejercicio 2014. Algunas consideraciones”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CARBONELL PORRAS, E., “La supletoriedad del Derecho estatal”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

- CARRILLO, M., "Reforma constitucional con el trasfondo de Cataluña", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., "Presupuestos conceptuales de una reforma constitucional del Estado autonómico. Algunas consideraciones prospectivas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CASTILLO BLANCO, F. A., "La reforma de los Gobiernos locales en España: ¿una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., "La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- COSCULLUELA MONTANER, L., "Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: evolución del concepto como criterio de atribución competencial al Estado", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- CUESTA REVILLA, J., "El nuevo marco estatal para la proyección exterior de las Comunidades Autónomas y la Ley Catalana 6/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y relaciones con la Unión Europea", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. "Independencia y democracia. El Título VIII y la indisoluble unidad de la nación española", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., "Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración pública en razón de daños causados por el funcionamiento de servicios públicos. (Reflexiones sobre la naturaleza de ese derecho y una propuesta)", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DE LOS MOZOS TOUYA, I., "Sobre la supuesta incidencia de la Unión Europea en el régimen específico del contrato administrativo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DE VICENTE DOMINGO, R., "Justicia administrativa antes y después de la constitución española de 1978", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Regap



NOTAS

- DEL GUAYO CASTIELLA, I., "Regulación y Derecho Administrativo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DELGADO PIQUERAS, F., "La cuenca hidrográfica como ámbito territorial para la gobernanza del agua en el Derecho español y europeo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, "Apología de la democracia representativa", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., "En torno a la improbable revisión de las previsiones constitucionales y legales sobre el derecho de gracia", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ESTEVE PARDO, J., "De la ciencia a la literatura. El camino del derecho ante la incertidumbre", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FALCÓN Y TELLA, R., "Las competencias tributarias del Estado, las Comunidades Autónomas y las haciendas locales", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "Sobre la reforma del Tribunal Constitucional y las asignaciones de los magistrados constitucionales", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "La justicia deportiva: Reflexiones sobre un problema pendiente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., "Del viejo acto político a la motivación de la potestad de gracia", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- FONT LLOVET, T., "Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., "La supervisión por el Banco Central Europeo de las entidades de crédito españolas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J., "«Arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones...». Reflexiones sobre la función arbitral y moderadora del monarca ante una eventual reforma constitucional", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA LUENGO, J., "La extensión en el sector público del principio de igualdad en la selección de personal", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA-MONCO, A. M., "La necesaria reforma de la financiación autonómica en la Constitución", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA RUBIO, F., "El marco del Derecho regional español ante la crisis económica", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA URETA, A., "Consideraciones sobre la posición del Banco Central Europeo y las autoridades estatales en el mecanismo único de supervisión prudencial bancaria", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Administración pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GÓMEZ-JIMÉNEZ, M. L., "A modo de homenaje: breves reflexiones sobre la gobernanza pública desde la proyección del Derecho Administrativo Global en España", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Reflexión sobre la concepción de la democracia en nuestro sistema jurídico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., "Desplazamiento *versus* inconstitucionalidad sobrevenida (la lucha encubierta entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional)", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Regap



NOTAS

- GONZÁLEZ RAMOS, C., “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., “Fundamentos normativos de la descentralización administrativa postconstitucional y del reciente “repliegue” de la administración pública”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., “La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- HUERGO LORA, A., “Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “La potestad legislativa en el Estado autonómico”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La otra responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- LAFUENTE BENACHES, M., “Sobre los derechos sociales”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- LAGUNA, J. C., “Administraciones independientes”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Cláusulas subrogatorias en materia de Administración de Justicia y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- LOZANO CUTANDA, B., “La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente”, *Memorial para*

la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MADRID PARRA, A., "Uso de las nuevas tecnologías en la construcción del mercado interior europeo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MANGAS MARTÍN, A., "España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MARTÍN REBOLLO, L., "Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La reforma de la Constitución vista por un senador constituyente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "Trascendencia e improcedencia del Estado federal para España", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MEILAN GIL, J. L., "La búsqueda de «El Dorado» constitucional del Estado", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MELLADO RUIZ, L., "Aproximación a la influencia del Derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., "La configuración constitucional del Estado social y sus implicaciones en época de crisis", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MESTRE DELGADO, J. F., "La configuración del recurso de casación en torno al interés casacional", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MORENO MOLINA, A. M., "Las transformaciones del recurso contencioso-administrativo por imperio del Derecho europeo: jurisprudencia reciente TJUE", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Regap



NOTAS

- NIETO GARCÍA, A., "El federalismo español en 1873", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- NIETO GARRIDO, E., "El consorcio administrativo", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., "El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de la contratación pública: el recurso administrativo especial en materia de contratos", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ORTEGA BERNARDO, J., "Derecho de defensa de la competencia y Administraciones públicas: una visión sobre las excepciones a la aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos locales", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L., "Reflexiones en torno al Gobierno y Administración locales y su racionalización para garantizar su sostenibilidad", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- PÉREZ MORENO, A., "El concepto de «autonomías integradas»: una clave interpretativa de la Constitución española", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- PONCE SOLE, J., "Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, T., "La cuestión competencial sobre la rehabilitación, regeneración y renovación de las ciudades. La Ley 8/2013, de 26 de junio", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., "Las competencias históricas de los territorios forales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- REBOLLO PUIG, M., "En busca de la prevalencia perdida", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

- REVUELTA PÉREZ, I., “La tutela judicial efectiva como límite superable a la ley singular”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Trasposición de directivas europeas y cláusula de supletoriedad del Derecho estatal”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La Administración única, integrada o sincronizada”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016,
- SÁNCHEZ BLANCO, A., “Un lapsus de la Jurisprudencia Penal en los delitos sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo: la elusión de la legislación básica estatal y de las competencias autonómicas de ordenación del territorio”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SARMIENTO LARRAURI, J. I., “Los delegados del Gobierno”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SARRIÓN ESTEVE, J., “Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Sobre la reforma constitucional italiana, en lo relativo a la organización territorial de la República”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SAURA FRUCTUOSO, C., “Reflexiones sobre la plena protección constitucional del derecho a la propiedad privada”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- SOSA WAGNER, F., e FUERTES, M., “Europa y su metamorfosis”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Regap



NOTAS

- SUAY RINCÓN, J., "Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- TOLIVAR ALAS, L., "¿Debe sustantivarse el derecho al nombre en la Constitución? Reflexiones entre el *ius nomine* y el deber de identificación", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- TORNOS MAS, J., "Constitucionalismo y secesión", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- TORRES MURO, I., "El fracaso del «engorde» de los Estatutos de Autonomía", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública como institución reconocida en la Constitución. Problemas que suscita en la actualidad", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- TRIAS PRATS, B., "Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- UREÑA SALCEDO, J. A., "La recentralización del Estado Autonómico", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- VAQUER CABALLERÍA, M., "El Gobierno del territorio. Propuestas para superar su insatisfactoria distribución competencial", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- VARELA-SUANCES CARPEGNA, J., "La cuestión territorial en las dos Repúblicas españolas", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- VILLAR ROJAS, F. J., "El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

Regap

Recensiones

3

A apostasía no Dereito confesional e comparado

La apostasía en el Derecho confesional y comparado

Apostasy in Confessional and Comparative Law

55
Regap

ROCA, M. J.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 185 pp.

Regap



RECENSIONES

A liberdade relixiosa negativa, en canto dereito a cambiar ou non pertencer a ningunha relixión, forma parte do acervo irrenunciábel de dereitos que todo ordenamento xurídico estatal lles debe recoñecer ás persoas.

A actuación deste dereito lévase a cabo a través da conduta que, tradicionalmente, se denomina *apostasía*, mediante a cal un suxeito se “coloca fóra” da fe a que pertencía. Os efectos desta declaración, na esfera de deberes e dereitos de quen exercita esa liberdade, foron, desde hai séculos, obxecto de intensos debates. Estas discusións presentan unha importante complexidade debido ao entrecruzamento de ordenamentos, confesionais e estatais, que se produce neste ámbito. Por este motivo, é de grande importancia reflexionar, en cada momento histórico, sobre os presupostos e efectos do exercicio da liberdade relixiosa negativa en cada ordenamento estatal, en relación cos dereitos confesionais que interactúan con el. Neste sentido, a profesora María José Roca, coa monografía obxecto desta recensión, caracterizada pola súa exhaustividade, riqueza e solvencia, vén encher, en boa medida, esta necesidade no seo do dereito español contemporáneo.

Esta obra concibiuse e elaborouse tendo en conta a antedita realidade poliédrica; en consecuencia, pode ser dividida en dúas partes: por un lado, nela estúdase a apostasía no dereito confesional –no dereito canónico, no capítulo primeiro, e nos dereitos confesionais das minorías xudía, musulmá e protestante, no capítulo segundo– e, por outro lado, no dereito estatal –español, no capítulo terceiro, e alemán, austríaco e suízo, no capítulo cuarto–. As dúas partes van precedidas dunha breve, aínda que moi clarificadora, introdución, na cal

analiza a figura da apostasía e a súa evolución histórica, para o que a autora se remonta, no ámbito do dereito continental, á regulación contida no *Código Teodosiano* e no *Código Xustiniano*, e, no caso do dereito español, ás disposicións comprendidas no *Foro Xulgo*, no *Foro Real* e nas *Partidas*.

Como se adiantou, o primeiro capítulo deste volume dedícase ao exame da apostasía no dereito canónico. Así, respecto deste, lévase a cabo un minucioso escrutinio da apostasía como abandono (formal) da comunión na fe católica. Nesta investigación, destaca a revisión dos requisitos, obxectivos e subxectivos, que a declaración de apostasía exige (prestando especial atención á situación de minoría de idade e á concorrencia de culpabilidade no apóstata) e dos seus efectos, tanto no ámbito sacramental (matrimonio, penitencia, eucaristía e unción de enfermos) como non sacramental (exercicio de dereitos no seo de asociacións públicas ou institutos relixiosos e obtención de sepultura e exequias públicas). Cómpre subliñar, neste apartado, que o *motu proprio Omnium in mentem*, como explica a profesora Roca, supuxo un importante cambio na determinación dos efectos dos matrimonios contraídos polas persoas que apostataron: “agora os matrimonios non canónicos (xa sexa civís ou relixiosos) contraídos por calquera bautizado –aínda que este abandonase a fe, e sexa cal sexa a situación do outro cónxuxe (bautizado na Igrexa católica, non bautizado ou bautizado nunha Igrexa non católica)– carecen de validez ante o dereito canónico”. A valoración desta modificación normativa que realiza a autora é plenamente acertada; na súa opinión: “o cambio favorece a seguridade xurídica, pero o réxime actualmente vixente quizais sexa menos respectuoso coa liberdade persoal dos bautizados que abandonaron a fe”.

Finalmente, neste primeiro capítulo, María José Roca aborda o exame da posibilidade de retorno do apóstata á Igrexa católica, pois non é unha situación xurídica irreversible. Para iso, estuda tanto os requisitos, obxectivos e subxectivos, que deben concorrer no acto de readmisión –que, segundo o seu parecer, é un acto administrativo– como as consecuencias xurídicas que del derivan.

No segundo dos capítulos desta obra, titulado “A apostasía nos dereitos confesionais das minorías”, a autora afronta a investigación da apostasía nos dereitos evanxélico, xudeu e islámico.

Con este fin, de forma preliminar, procede á análise dunha cuestión de transcendental importancia: constitúen estes dereitos auténticos ordenamentos xurídicos? Cumpren os requisitos establecidos por Santi Romano para seren considerados como tales (existencia obxectiva, corpo social, autonomía e unidade)?

Clarificada esta cuestión, a profesora Roca realiza, en relación con cada unha das confesións estudadas, un completo escrutinio dos requisitos necesarios para pertencer a estas, e, a partir deles, determina a posibilidade de abandono de cada unha delas. De xeito superficial, este é un resumo das súas conclusións: No dereito das Igrexas protestantes non existen graves obstáculos para o exercicio da apostasía. No dereito xudeu, pola estreita relación que existe entre etnia e relixión, non se considera a posibilidade de abandonar a comunidade; agora ben, nos casos en que as leis estatais regulan a saída das comunidades xudías, como sucede en Alemaña, si se lles recoñece valor a tales declaracións, realizadas conforme o dereito estatal. Finalmente, no dereito islámico, tras un minucioso exame da regulación contida tanto nas fontes da xaria como no dereito penal codificado, pódese constatar que o exercicio da liberdade relixiosa negativa é de dubidosa realización.

O terceiro capítulo desta monografía ten por obxecto o estudo da apostasía no dereito español. No noso país, seguindo os textos de dereitos humanos internacionais, recóllese na Carta magna, dentro da sección dedicada aos dereitos fundamentais e liberdades públicas, a liberdade relixiosa, ideolóxica e de culto dos individuos e as comunidades; así, de acordo coa Constitución de 1978, todo individuo terá dereito a seguir, cambiar ou abandonar calquera relixión.

Non obstante, o Estado español non regula a apostasía, aínda que esta, efectuada segundo as disposicións dos ordenamentos confesionais, pode producir determinados efectos no ámbito do dereito estatal.

A dita circunstancia impón, como sinala a autora, que, se un dereito confesional non ten previsto ningún procedemento para aqueles dos seus fieis que queiran abandonar a confesión, estes deben recorrer a un notario para que redacte acta da súa declaración de apostasía.

Por outra banda, respecto da incidencia da apostasía no ámbito de dereito estatal, é posible distinguir, como fai María José Roca, entre efectos no eido do dereito público e no terreo do dereito privado.

No ámbito do dereito público, a existencia das persoas que realizaran unha declaración de apostasía de que se procedese á cancelación dos asentos en que se consignaba o feito do seu bautismo na Igrexa católica nos libros de rexistro parroquiais desencadeou, neste inicio do século XXI, un conflito entre as autoridades estatais e eclesiásticas.

A antedita solicitude, sustentada no dereito á protección dos datos de carácter persoal, non foi acollida polas maxistraturas canónicas, pois estas entendían que os intereses das citadas persoas quedaban tutelados coas anotacións marxinais de apostasía realizadas nos libros de rexistro de bautismo. Fronte a esta negativa, os solicitantes acudiron á Axencia Española de Protección de Datos (en diante, AEPD) en busca de amparo. A AEPD estimou as súas reclamacións e, en consecuencia, ordenou a cancelación dos asentos en que se consignaba o feito do seu bautismo na Igrexa católica nos correspondentes libros de rexistro parroquiais. Esta resolución da AEPD, lóxicamente, foi impugnada ante os tribunais polas autoridades da Igrexa católica, invocando, en defensa da súa posición, a autonomía das igrexas, comunidades e confesións relixiosas e a inviolabilidade dos rexistros eclesiásticos. En primeira instancia, a Audiencia Nacional deulle a razón á AEPD, pero en segunda instancia o Tribunal Supremo, de forma definitiva, avalou a posición das autoridades eclesiásticas. Non obstante, hai que sinalar que a sentenza deste alto tribunal pode ter pechado o conflito en falso, pois a súa decisión fundaméntase, exclusivamente, en que os libros de rexistro non son ficheiros no sentido da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, circunstancia que, en calquera momento, pode cambiar. O Tribunal Supremo non se pronunciou sobre as auténticas cuestións de fondo: o exercicio do dereito de cancelación de datos é unha manifestación da liberdade relixiosa?; é o dereito de liberdade relixiosa das confesións un límite á facultade de disposición dos datos persoais do seu titular?; os arquivos e rexistros eclesiásticos son inviolables?; pode a AEPD, no exercicio do poder público que lle compete, ordenar a unha confesión relixiosa como debe proceder cos seus libros de rexistro?; a orde da AEPD quebranta o dereito de autonomía da Igrexa católica?; o xeito en que a Igrexa católica leva o libro de rexistro de bautismo nas súas parroquias forma parte do dereito de autonomía de que gozan as confesións relixiosas?, etc. Ante o silencio do alto tribunal, a profesora Roca propón atinadas solucións a todas estas interrogantes. As súas

REGAP



RECESIÓN

reflexións serán de incalculable valor no probable caso de que se reactive esta controversia, en especial ao abeiro da nova normativa de protección de datos.

No campo do dereito privado, a autora estuda os efectos da apostasía tanto respecto da validez de certos actos xurídicos –a celebración de matrimonios relixiosos ou a pertenza a asociacións públicas ou institutos de carácter relixioso– como sobre as relacións dos apóstatas coas denominadas “empresas de tendencia” –caracterizadas por que o empresario lle pode exixir ao traballador o deber de fidelidade á orientación ideolóxica ou relixiosa da empresa–, ou con entidades do sector público estatal no desempeño de determinados oficios (sacerdote ou capelán no exército, en institucións penitenciarias ou en hospitais públicos).

Por último, no cuarto capítulo desta monografía, titulado “A apostasía nalgúns Estados centroeuropeos”, María José Roca analiza o réxime xurídico das declaracións de saída das confesións relixiosas en Alemaña, Austria e Suíza. Estes tres países teñen en común que, neles, os membros das confesións relixiosas deben satisfacer un imposto/contribución eclesιάstica ás ditas confesións –as cales, en determinados casos, teñen a consideración de corporacións de dereito público– e que, nas últimas décadas, algunhas persoas pretenderon deixar de aboar o tributo/achega, sen por iso separarse da súa fe. Polo tanto, o obxectivo do estudo da autora consiste en determinar en que medida é posible realizar ante o Estado unha declaración de saída que non teña efectos no seo do dereito confesional.

En Alemaña, a disciplina das declaracións de abandono da fe, con relevancia tributaria, correspóndelles aos *Länder*; este feito determina que exista unha multiplicidade de réximes. Malia esa variedade, pódese afirmar que, en xeral, as citadas declaracións deben realizarse ante as autoridades estatais (salvo no Estado de Bremen, onde se presentan ante as autoridades da propia confesión) e que estas non poden realizarse baixo condición ou reserva. En consecuencia, de acordo co dereito alemán, non caben as declaracións modificadas, isto é, non é posible saír dunha confesión en canto corporación de dereito público, pero permanecer nela en canto comunidade de fe. Iso si, sen prexuízo do valor que á declaración lle dea o respectivo dereito confesional: para o Estado, a declaración ten efectos exclusivamente no ámbito secular, non necesariamente coincidentes cos establecidos no dereito interno de cada confesión. Isto leva, como se recoñece no caso da diocese de Ratisbona, comentado nesta obra pola profesora Roca, a que, por exemplo, unha persoa non sexa católica, segundo o dereito estatal –ao ter efectuado unha declaración de abandono de acordo coa lei estatal–, pero que continúe séndoo segundo o dereito da Igrexa católica.

En Austria, as declaracións de abandono da fe teñen que realizarse de acordo co procedemento administrativo legalmente establecido –podendo, mesmo, remitirse por correo ante a autoridade competente–. A diferenza do que acontece en Alemaña, no sistema austríaco non existe xurisprudencia en materia de declaracións modificadas. Quizais iso se deba a que, de forma pacífica, se recoñece a posibilidade de abandonar unha confesión, en canto corporación de dereito público, sen deixala en canto comunidade de fe. Neste sentido, pronunciouse expresamente, por exemplo, a Conferencia Episcopal Austríaca da Igrexa Católica.

En Suíza, o dereito estatal exige que as declaracións de abandono da fe se efectúen ante a parroquia da confesión relixiosa, e permítense as declaracións modificadas. O recoñecemento desta última posibilidade produciuse como resultado da Sentenza do 16 de novembro de 2007 do Tribunal Federal Suízo, na cal este tribunal considerou lícito que as ditas declaracións de saída se efectúen manifestando que só se desexa abandonar a parroquia ou igrexa cantonal,

pero que se desexa seguir pertencendo á confesión. Nesta liña, a Confederación Episcopal Suíza da Igrexa Católica, no ano 2009, ditou unhas directrices a través das cales se aclara que as persoas que efectúen as citadas declaracións modificadas seguen a ser católicas, sen estaren sometidas ao pagamento do imposto eclesiástico, aínda que continúan suxeitas ao deber de contribuír ao sostemento económico da Igrexa, o cal deberán cumprir doutro xeito.

Á vista do que ata aquí se explicou, tan só cabe concluír afirmando que María José Roca, ao longo dos catro capítulos que compoñen esta monografía, expón con claridade e detalle os principais conflitos entre o dereito confesional e o dereito estatal que suscitan as declaracións de apostasía e ofrece respostas a estes, partindo dunha axeitada ponderación entre a garantía do dereito individual de quen quere exercer a súa liberdade relixiosa negativa e a garantía do dereito de autonomía das confesións relixiosas a determinar quen pertence a elas, para poder garantir a súa propia concepción teolóxica e os dereitos de terceiros.

Así, en definitiva, o interese e actualidade do tema tratado, o rigor, a exhaustividade e a claridade con que se afronta a súa análise, e, sobre todo, a proposta de solucións orixinais, sen ningunha dúbida, converterán esta monografía, co paso do tempo, nunha publicación de referencia, de lectura obrigatoria para todos os interesados no estudo da liberdade relixiosa.

Marcos Almeida Cerredá
Profesor Contratado Doutor de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

Regap



RECESIÓN

Novo reglamento europeo de protección de datos *versus big data*

Nuevo reglamento europeo de protección de datos *versus big data*

New European regulation of data protection *versus big data*

55 Regap

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 352 pp.¹

Regap



RECENSIONES

O *big data* fai referencia a un elevado número de datos xerados por persoas ou por máquinas, mediante o uso dunha multitude de fontes e que circulan pola rede, creando o que se denominou como Internet das cousas ou *Internet of things* (en diante, *IoT*).

Nos últimos anos, o *big data* creceu considerablemente como consecuencia do uso masivo de dispositivos electrónicos conectados a *IoT*, na medida en que iso xera un elevadísimo volume de datos en relación con cada un dos individuos conectados a *IoT*. Este novo escenario presenta un reto para lograr a privacidade dos datos do usuario. Así mesmo, os macrodatos ou *big data* presentes en *IoT* son susceptibles de lectura, interpretación e tratamento. Iso, sen dúbida, pode levar consigo innumerables vantaxes e enormes posibilidades de mellora para a xestión da sociedade, aínda que tamén ten asociados multitude de problemas relacionados coas operacións realizadas mediante o uso masivo deses datos. Destas e outras cuestións fíxose eco a nova regulación europea en materia de datos de carácter persoal.

Neste sentido, a entrada en vigor do novo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello, do 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE –a partir deste momento, RXPDP–, aplicable desde o pasado

¹ Esta recensión está enmarcada no PROXECTO DER-2017-82353-P “Big Data e Internet das cousas: Novos retos para o Dereito da competencia e dos bens inmateriais”, financiado polo Ministerio de Economía, Industria e Competitividade (MINECO) - a Axencia Estatal de Investigación (AEI) e o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER, UE) “Un xeito de facer Europa”.

día 25 de maio de 2018, supuxo unha ardua tarefa para os Estados membros, que tiveron que adaptarse ás novas exixencias legais introducidas polo citado regulamento en materia de protección de datos de carácter persoal.

Quizais a necesidade de reforzar a normativa en materia de protección de datos de carácter persoal teña algo que ver coa presenza do *big data* en Internet das cousas. Este é, precisamente, o escenario que describe e analiza a obra obxecto de recensión: *Nuevo reglamento europeo de protección de datos versus big data*.

Así, a citada monografía divídese en dúas partes: a parte primeira, denominada “Parte xeral”, e a parte segunda ou “Parte especial”. A “Parte xeral” examina minuciosamente o marco legal en materia de protección de datos de carácter persoal no eido da Unión Europea. O tratamento normativo da protección de datos de carácter persoal que o autor realiza nesta obra faise sempre desde o punto de vista do uso masivo de datos en relación co fenómeno do *big data*, analizando as implicacións ou problemáticas que iso supón para manter e salvagardar a privacidade dos ditos datos de carácter persoal.

Neste sentido, son obxecto de estudo os principais instrumentos xurídicos para a protección de datos de carácter persoal ante a ameaza do *big data*, diferenciando, en primeiro lugar, a normativa derivada do Consello de Europa, facendo especial referencia ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos, e, en segundo lugar, examínase tamén o que o autor denomina normativa da Unión Europea. A distinción entre ambos os dous corpos legislativos resulta pertinente na medida en que unha e outra converxen a miúdo, aínda que tamén difiren en determinados aspectos, polo que deben ser interpretados e analizados dun xeito harmónico, co obxectivo de lles ofrecer respostas unívocas aos profesionais do dereito co fin de lograr a correcta aplicación da normativa sobre protección de datos de carácter persoal, tal como pon de manifesto o propio autor.

En relación co conxunto de normas da Unión Europea, lévase a cabo un repaso exhaustivo e minucioso polas diferentes normas europeas relacionadas coa protección de datos e a correspondente interpretación que fixeron delas os tribunais europeos, analizando diversas resolucións xurisprudenciais de gran relevancia. Cabe destacar, así mesmo, que o núcleo central desta parte da obra se dedica ao estudo e análise da nova regulación contida no RXPd, que se adapta ás novas exixencias imperantes na sociedade da información e nas novas tecnoloxías. O marco xurídico anterior ao RXPd quedara desfasado e resultaba necesaria a aprobación dunha nova normativa sobre protección de datos máis acorde co novo escenario xurdido arredor do *big data* e de *IoT*.

Así, o autor analiza de xeito detallado o novo RXPd, facendo referencia a: i) os principios e as normas fundamentais sobre o tratamento dos datos; ii) o ámbito de aplicación do RXPd; iii) novidades de carácter troncal introducidas no novo regulamento; iv) os dereitos dos interesados, entre os que se introducen cambios tan importantes como o dereito ao esquecemento ou o dereito á portabilidade dos datos; v) as novas ferramentas de control do RXPd; vi) as institucións encargadas de velar polo cumprimento da normativa sobre protección de datos e o réxime de recursos e sancións; vii) o réxime das transferencias transfronteirizas de datos; e viii) o papel do novo RXPd no ámbito das novas tecnoloxías, onde se pon de manifesto que, de acordo co novo contexto tecnolóxico actual, o RXPd contempla e adapta a súa regulación a escenarios tan novedosos como *IoT* e o *big data*.

A parte segunda da obra ou “Parte especial” analiza os escenarios concretos en que o RXPDP ten aplicación. Concretamente, i) examínase o uso de datos de carácter persoal no ámbito das administracións públicas; ii) estúdase, así mesmo, con especial consideración o ámbito médico-sanitario; iii) tamén se analiza o tratamento dos datos de carácter persoal relativos aos medios de comunicación tradicionais e en liña; iv) así como o tratamento de datos de carácter persoal no ámbito laboral, onde se presta especial atención á análise de resolucións xurisprudenciais de suma importancia e actualidade, por exemplo, en relación co control do traballador mediante a utilización de dispositivos conectados a *IoT*; entre outros ámbitos.

Non obstante, cabe destacar un campo moi relacionado coa protección de datos de carácter persoal en relación co *big data* sobre o cal o autor tamén reflexiona: o réxime xurídico da protección de datos de carácter persoal no campo das novas tecnoloxías e Internet das cousas. Neste sentido, ponse de manifesto unha preocupante realidade actual na cal se observa a existencia dun gran volume de datos xerados por cada un dos dispositivos conectados a *IoT* e que deixan os individuos nunha situación de total sobreexposición en relación coa protección dos seus datos de carácter persoal.

Como acertadamente afirma o propio autor, o *big data* ou os macrodatos xerados arredor de *IoT* constitúen un activo de gran relevancia económica para as empresas e son transcendentais de cara a pór en práctica as súas estratexias de mercadotecnia e publicidade, sendo mesmo considerados como “o novo petróleo”. Polo tanto, *IoT* implica a necesidade dun debate de profundo calado que pon en cuestión o actual sistema de garantías da protección de datos de carácter persoal neste ámbito, aspecto este sobre a que o autor reflexiona ao longo de toda a monografía, neste e noutros ámbitos.

En conxunto, trátase dunha obra de suma actualidade e interese tanto para os teóricos como para os prácticos do dereito. A súa necesidade e oportunidade resultan indiscutibles dada a escaseza de estudos doutriniais nesta materia desde este enfoque concreto, como é un estudo que reúna e analice de xeito conxunto o réxime xurídico da protección de datos de carácter persoal e o fenómeno da utilización e tratamento masivo deses datos. Por este motivo, consideramos que se trata dunha obra de imprescindible lectura para todo aquel que desexe coñecer o réxime xurídico da protección de datos de carácter persoal ante os novos escenarios e desafíos que se abren paso co uso das novas tecnoloxías en Internet e coa aparición do *big data*.

Miriam Martínez Pérez
Profa. Dra. de Dereito Mercantil
Universidade de Santiago de Compostela
miriam.martinez@usc.es

regap



RECESIÓN