

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 Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Director de la 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 La finalidad principal de la LCSP 2017 es la incorporación de las Directivas de la Unión Europea 23 y 24/2014. 2 Decisiva influencia del completo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. 3 Otros objetivos de la LCSP 2017: transparencia, uso estratégico y nuevo sistema de contratación pública. 4 Estructura de la LCSP 2017. 5 La trascendente supresión de las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no administraciones públicas. 6 Ampliación del objeto del recurso especial pero falta de extensión a todos los contratos públicos. 7 Obligatoriedad en la LCSP 2017 de la plena utilización de medios electrónicos en la contratación pública.

1 La finalidad principal de la LCSP 2017 es la incorporación de las Directivas de la Unión Europea 23 y 24/2014

Mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP 2017), se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La transposición de esta normativa europea se produce de forma muy tardía, ya que el plazo de la transposición de las nuevas normas de contratación pública para los Estados miembros expiró el 18 de abril de 2016. Desde esa fecha, las Directivas 2014/23 y 24 resultaron de aplicación en España en virtud de la doctrina del efecto directo del derecho de la Unión Europea¹.

Como desgraciadamente ha sido práctica habitual en los últimos años, el Estado español ha vuelto a incumplir el derecho comunitario de los contratos públicos. Y mayor está siendo la violación de las obligaciones en la materia por lo que se refiere a la todavía pendiente transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre procedimientos de contratación en los denominados "sectores especiales", esto es, agua, energía, transportes y servicios postales².

Pero es que además la disposición final decimosexta de la nueva LCSP contempló una amplia *vacatio legis* de 4 meses, por lo que la nueva ley entrará en vigor el 9 de marzo de 2018.

1 Véase la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que publicó la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública; el documento de estudio de los tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública aprobado el 1 de marzo de 2016, con el título "Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público"; el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre los "Efectos de las directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo"; y el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña "Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión".

2 El proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales se encuentra en tramitación parlamentaria. Este fue presentado el 25 de noviembre de 2016, calificado el 29 de noviembre de 2016, y la Comisión competente para su tramitación es la de Hacienda y Función Pública (el BOCG del Congreso de los Diputados n. A-3-1, de 2 de diciembre de 2016, publicó el proyecto de ley, y las enmiendas al articulado se pueden consultar en el BOCG n. A-3-2, de 13 de marzo de 2017).

Sólo se exceptuaron de esta previsión las normas sobre la nueva gobernanza que recogen los artículos 328 a 334 de la LCSP (con la regulación, entre otras novedades relevantes, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, del Comité de Cooperación en materia de contratación pública y de la Estrategia Nacional de Contratación Pública), que transponen las obligaciones del título IV de la Directiva 2014/24 y que entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

2 Decisiva influencia del completo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública

La exposición de motivos de la LCSP 2017 comienza reconociendo su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende mucho más allá de la incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014, al recordar que:

“La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.

En concreto, la última Ley de contratos del sector público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria, como fue la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave (...).”

El derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos³, cuya regulación ha ido estando mayoritariamente integrada, en un proceso continuo de expansión, por disposiciones que transponían las directivas comunitarias sobre contratos públicos⁴.

La adaptación de nuestro ordenamiento interno a las directivas y a la jurisprudencia comunitarias en materia de contratación pública constituyó la causa directa e inmediata de la aprobación de la norma que marcó un punto de inflexión en nuestro derecho de la contratación, esto es, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), que incorporó las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37/CEE sobre contratos de servicios, suministros y de obras. Lo mismo ocurrió con la norma que la sustituyó, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), que respondió a la obligatoria incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2004/18/CE.

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

La nueva Ley de contratos del sector público de 2017 transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23 y 24, pero también lleva a cabo la incorporación de la transcendente jurisprudencia del TJUE que ha marcado desde hace años la ruta por la que se ha desarrollado este hoy completo *corpus iuris* europeo en la materia.

Lo reconoce el apartado I de la exposición de motivos de la LCSP de 2017 al señalar de forma expresa que la norma recoge “diversos aspectos resaltados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”.

En los primeros considerandos de la Directiva 2014/24 también se insiste en la vinculación de la norma a la “reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”, así como la obligación establecida por el TJUE de respeto de los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

La aprobación de las nuevas directivas de la Unión Europea se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁵ y supone ya la cuarta generación de normas comunitarias en la materia⁶. Junto a las citadas normas, hay que resaltar también la aprobación por las instituciones europeas de la Directiva 2014/25, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, los transportes, la energía y las telecomunicaciones y la 2014/55/UE relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Por primera vez se regulan en sede europea tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos como las de ejecución y resolución de estos⁷.

El objetivo principal de los nuevos textos consiste, por una parte, en simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea⁸, y, por otra, en impulsar un uso estratégico de la contratación pública y proponer que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la UE⁹, en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente,

5 Documento de la Comisión COM 2010, 2020. Puede 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=fascicolo>

6 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., “Novedades 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; y 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., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, pp. 197 y 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., y 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 y ss.

9 Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios (Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo n. 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, 2016 –informe presentado con arreglo al artículo 287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE).

una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación¹⁰, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles¹¹.

3 Otros objetivos de la LCSP 2017: transparencia, uso estratégico y nuevo sistema de contratación pública

Más allá de la incorporación del nuevo derecho europeo, la LCSP 2017 pretende, en palabras de su exposición de motivos, “diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, ya señalados, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación como mediante una mejora de las condiciones de los operadores económicos, así como un mejor servicio para los usuarios de los servicios públicos”.

También la Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley de contratos del sector público elaborada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas subraya que, además de la transposición del derecho europeo, el proyecto persigue elaborar “una nueva ley de contratos que pueda acometer las reformas del vigente TRLCSP y que, desde su publicación, se habían vuelto muy necesarias”¹².

En este sentido, la nueva norma persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica, y “trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las pymes, y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Aunque estos objetivos también provienen del nuevo derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, que plantea una visión estratégica de los contratos¹³ y propone superar el tradicional enfoque burocrático en la materia¹⁴, la vocación social y ambiental

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 y 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 Véase 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 y ss., y PERNÁS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011, y “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323.

12 El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero de 2015, “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”, estima que la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia en la contratación pública puede originar desviaciones medias, al alza, del 25% 10 del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año (página 6 del informe citado).

13 Véase 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 Felú, 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 y 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, fecha de consulta: 3 de febrero de 2017.

de la ley española supera el alcance jurídico obligatorio de las normas europeas, como se desprende del esencial artículo 1.3 LCSP 2017.

Además de ello, la LCSP 2017 recoge importantes previsiones para impulsar la transparencia en la contratación pública, desarrollando un papel clave en este sentido la Plataforma de Contratación del Sector Público regulada en el artículo 347 y el perfil de contratante y las obligaciones respecto al mismo que recoge el artículo 63 para garantizar el acceso público a la información y documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación.

4 Estructura de la LCSP 2017

La LCSP 2017 tiene 347 artículos y 53 disposiciones adicionales, frente a los 334 artículos y 34 disposiciones adicionales del TRLCSP y frente a los 94 artículos de la Directiva 2014/24 y los 55 artículos de la Directiva 2014/23, lo que nos indica la desproporcionada extensión de nuestra ley en relación con la normativa europea que transpone. Y es que el legislador nacional ha querido siempre, desde la incorporación en España de las primeras directivas comunitarias sobre contratación pública, mantener la tradición regulatoria nacional en la materia al transponer el derecho de la Unión Europea, lo que ha ido complicando cada vez más la normativa y la práctica y gestión administrativa en este sector, en detrimento de la seguridad jurídica y del objetivo de simplificación que el propio legislador en todas las reformas plantea.

Pero es que además la LCSP 2017 incluye 5 disposiciones transitorias, 1 derogatoria, 16 finales y 6 anexos (por los 15 anexos de la Directiva 2014/24 y los 11 anexos de la Directiva 2014/23).

En cuanto a su sistemática, se apoya en la del TRLCSP, pero introduce novedades significativas, como la de dedicar un libro específico a los contratos de poderes adjudicadores no administraciones públicas y otros entes del sector público.

La nueva ley se estructura en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (libro II), los contratos de otros entes del sector público (libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (libro IV).

En cuanto a las disposiciones adicionales, continúan regulando cuestiones trascendentes que deberían haber pasado al articulado de la LCSP 2017, como las normas aplicables a la contratación de las entidades locales (adicionales segunda y tercera); el cómputo de plazos (adicional duodécima); la decisiva, tanto para las Directivas 2014/23 y 24 como para la nueva legislación española, utilización de medios electrónicos en la contratación pública (adicionales decimoquinta, decimosexta y decimoséptima); adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta (adicional vigésima segunda); protección de datos de carácter personal (adicional vigésima quinta); régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración general del Estado y entidades contratantes adscritas a ella (adicional vigésima novena); obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos (adicional

trigésima segunda); régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos (adicional cuadragésima cuarta); principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV y reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones (adicionales cuadragésima séptima y cuadragésima octava); y pagos directos a los subcontratistas (adicional quincuagésima primera).

5 La trascendente supresión de las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no administraciones públicas

Una de las novedades de la LCSP de 2017 es su libro III, que se reserva a los contratos de poderes adjudicadores no administraciones públicas y otros entes del sector público, y comprende los preceptos que en el TRLCSP se encontraban principalmente en el título II (Preparación de otros contratos) del libro II y en el capítulo II (Adjudicación de otros contratos del sector público) del título I (Adjudicación de los contratos) del libro III.

Respecto de estos poderes adjudicadores, la principal aportación del anteproyecto de ley de contratos era la supresión de las instrucciones internas de contratación y su sujeción al régimen jurídico común de los contratos públicos; sin embargo, el proyecto de LCSP que finalmente el Gobierno presentó en las Cortes Generales recuperaba las instrucciones internas¹⁵.

Hay que recordar que la LCSP de 2007 estableció en su artículo 175 (artículo 191 del TRLCSP) que, para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, los poderes adjudicadores no administraciones públicas y las restantes entidades del sector público podrían aprobar, como así hicieron generalizadamente, unas instrucciones internas de contratación. La ley preveía únicamente que las instrucciones serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las entidades u organismos y que en ellas se regularán los procedimientos de contratación de forma que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa y quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Las instrucciones internas de contratación afectaron a la misma línea de flotación de la legislación de contratos públicos y permitieron a todos estos entes públicos, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa –tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local–, introducir especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación que dificultan el acceso general de los licitadores¹⁶.

Con las instrucciones, la libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se vieron muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de esos principios para la contratación de todos los entes instrumentales ex artículo 1 LCSP.

15 La remisión del proyecto de nueva Ley de contratos del sector público a las Cortes fue aprobada por el Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016 y el Proyecto se publicó en el BOCG n. A-2-1, de 2 de diciembre de 2016.

16 GIMENO FELIÚ, J.M., advirtió ya a la entrada en vigor de la LCSP de 2007 del peligro de esta deslegalización procedimental (“El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 176, 2008, p. 49).

Por ello, la supresión en el curso de la tramitación del proyecto de LCSP en el Congreso permitirá la imprescindible unificación del régimen jurídico de la contratación pública en el derecho español, como exige el ordenamiento jurídico europeo¹⁷.

El Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía General del Estado es contundente al señalar que:

“(…) es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las instrucciones internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el preámbulo de dicha ley («En el libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación...». «En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no administraciones públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...»)”.

Con la LCSP 2017, las instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administraciones públicas sólo podrán tener una función *ad intra* para regular los aspectos organizativos de la contratación.

En este sentido hay que entender la alusión de la disposición transitoria quinta LCSP 2017 a las instrucciones internas de contratación:

“Los entes a los que se refiere el título tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos”.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP 2017 se desprende con claridad la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores no administraciones públicas al régimen de contratación propio de estas, lo que se traduce en la aplicación de las reglas de la LCSP para los contratos de estas entidades no sujetos a regulación armonizada, por lo que deberán adjudicarlos por los mismos procedimientos establecidos para dichas administraciones públicas, lo que también incluye los contratos menores.

Como concluye el citado informe de la Abogacía del Estado, pese a que el artículo 318.a) LCSP 2017 no emplea el término “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores, “se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de

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.

obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato» (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores”.

6 Ampliación del objeto del recurso especial pero falta de extensión a todos los contratos públicos

Otro aspecto crítico y que no cumple con las exigencias del derecho europeo es la falta de extensión del recurso especial a todos los contratos públicos¹⁸.

Si bien la LCSP de 2017 amplía los actos recurribles al bajar los umbrales que el TRLCSP fijaba por referencia a los de los contratos sujetos a regulación armonizada, la nueva normativa se queda corta al seguir dejando fuera del recurso especial una buena parte de la contratación pública.

El artículo 44 de la nueva LCSP considera susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las administraciones públicas o las restantes entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores:

- “a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros”.

La distinción entre los mecanismos de control en razón de la cuantía genera inseguridad jurídica y en modo alguno garantiza el cumplimiento de las exigencias de las directivas europeas de rapidez y eficacia en materia de recursos relacionados con el control de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La garantía de la eficacia en la resolución de las incidencias surgidas en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos resulta exigible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada, y cualquiera que sea su cuantía.

Como señaló el TJUE en el asunto Alcatel (asunto C-81/98, STJUE de 28 de octubre de 1999), cuando sea dudoso que el órgano jurisdiccional nacional pueda reconocer a los justiciables un derecho a recurrir en vía jurisdiccional en materia de adjudicación de contratos públicos en las condiciones enunciadas en la Directiva 89/665, en particular en su artículo 2, apartado 1, letras a) y b), debe recordarse que, si las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas

18 Puede 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, y 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, pp. 734 y ss.

de manera conforme a la Directiva 89/665, los interesados pueden solicitar, con arreglo a los procedimientos apropiados del derecho nacional, la reparación de los perjuicios sufridos a causa de la no adaptación del derecho nacional a la directiva dentro del plazo señalado¹⁹.

La limitación del ámbito de aplicación del recurso especial a los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) fue ya criticada por el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de LCSP, para el cual:

“Esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que puedan plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada”.

En la misma idea insistió el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la LCSP, la LCSE y la LJCA y en su Dictamen 1116/2015, sobre el anteproyecto de LCSP.

Hay que tener en cuenta que en todo caso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos son aplicables los principios de la contratación, como ha señalado una reiterada jurisprudencia del TJUE²⁰ y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

En los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las directivas sobre contratación pública, la jurisprudencia del TJUE ha insistido en que las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario²¹. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

De forma muy ilustrativa, la comentada comunicación de la Comisión señala en su apartado 2.3.3 que:

“En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del derecho primario comunitario.

19 Véase, en particular, la Sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845.

20 Véanse, por todos, los asuntos C-324/98, Telaustria [2000] REC I-10745, considerando 62; C-231/03 Coname, sentencia de 21.7.2005, considerandos 16 a 19 y C-458/03, Parking Brixen, sentencia de 13.10.2005, considerando 49.

21 Véase el asunto C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores [2002] RTJ I-6677, considerando 39.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)“.

Como razonó GIMENO FELIÚ²², pretender la existencia de controles eficaces para los contratos de umbral comunitario en exclusiva supone un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia.

Por otra parte, en relación con la planta de tribunales de recursos, el apartado 4 del artículo 46 de la LCSP de 2017 recoge una previsión que puede afectar al correcto funcionamiento de todo el sistema de control establecido en el ordenamiento jurídico español. La norma admite que: “En todo caso, los ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y las diputaciones provinciales, podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirán por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta ley. El pleno de la corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la diputación de la provincia a la que pertenezcan”.

La independencia e imparcialidad que han caracterizado desde su creación en España a los tribunales administrativos estatal y autonómicos de resolución del recurso especial en materia de contratación, y la positiva experiencia de funcionamiento y coordinación de estos que ha dado lugar a la creación de un cuerpo de doctrina muy notable²³, pueden verse mermados si se extiende la creación de estos tribunales locales como permite la LCSP de 2017, lo que podría afectar a la seguridad jurídica²⁴.

Hay que recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-203/14, al resolver una petición de decisión prejudicial planteada, en virtud del artículo 267 TFUE, por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, se pronunció en su fallo sobre si este tiene el carácter de “órgano jurisdiccional”²⁵.

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 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, pp. 233 y ss.; y DÍAZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 119 y ss.

24 GIMENO FELIÚ, J.M., advierte que la proliferación de tribunales administrativos locales puede quebrar la esencia del modelo, generar distorsión de criterios e impedir un verdadero control eficaz y con *auctoritas* (“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, fecha de consulta: 18 de julio de 2017).

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

La cuestión prejudicial fue planteada en el contexto de un litigio entre el Consorci Sanitari del Maresme y la Corporació de Salut del Maresme i la Selva en el que se cuestionaba una resolución por la que se denegó al Consorci la autorización para participar en un procedimiento de licitación para la adjudicación de servicios de resonancia magnética destinados a los centros de atención médica gestionados por la Corporació. El objeto de la petición de decisión prejudicial era la interpretación de los artículos 1, apartado 8, y 52 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Se trata de una cuestión que para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia depende únicamente del derecho de la Unión y para cuya valoración el TJUE tiene en cuenta un conjunto de circunstancias como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia²⁶.

En su Sentencia de 6 de octubre de 2015, el TJUE pone de relieve que, aunque el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se considere en derecho español un órgano administrativo, tal hecho no resulta, en sí, decisivo a efectos de esta apreciación. En primer término, por lo que respecta a los criterios referentes al origen legal del órgano, a su permanencia, al carácter contradictorio del procedimiento y a la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, entiende el Tribunal de Justicia que no hay dato alguno que permita poner en entredicho el carácter de órgano jurisdiccional del Tribunal Catalán, en el sentido del artículo 267 TFUE.

Por lo que se refiere al criterio de la independencia, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público tiene la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal (véanse las sentencias Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, y Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 49). En este contexto, considera el TJUE que es evidente que dicho tribunal ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros²⁷.

Resulta pacífico para el TJUE, además, que dicho tribunal ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. Por otra parte, con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Decreto 221/2013 de la Generalitat de Cataluña, los miembros de ese órgano son inamovibles, y sólo pueden ser destituidos por alguna de las causas expresamente enumeradas en esa disposición²⁸. Por lo tanto, el órgano remitente cumple el criterio de independencia.

Por último, cabe cuestionar también de la regulación de la LCSP de 2017 respecto al recurso especial el hecho de que lo configure con un carácter potestativo frente al recurso

26 Véanse las sentencias del TJUE Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, y Umweltanwalt von Kärnten, C-205/08, EU:C:2009:767, apartado 35 y la jurisprudencia allí citada.

27 Sentencia Torresi, C-58/13 y C-59/13, EU:C:2014:2088, apartado 22.

28 Véanse las Sentencias Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartados 52 y 53, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 y 32.

contencioso-administrativo (apartado 7 del artículo 44). Así, quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial ante el tribunal administrativo y el recurso contencioso-administrativo, con la inseguridad jurídica que ello puede ocasionar si distintos licitadores participantes en un mismo procedimiento optan por presentar recursos en vías diferentes.

Aunque en la práctica, y como el Gobierno español precisó en el proceso judicial ante el TJUE en el citado asunto C-203/14, los licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren por lo general a la posibilidad de interponer directamente recurso contencioso-administrativo sin haber presentado previamente ante los tribunales administrativos un recurso especial, por lo que los tribunales contencioso-administrativos intervienen, como regla general, como segunda instancia, la opción existe y podría haberse eliminado estableciendo el carácter obligatorio del recurso.

7 Obligatoriedad en la LCSP 2017 de la plena utilización de medios electrónicos en la contratación pública

Una de las grandes novedades de la LCSP 2017, aunque poco destacada en la tramitación de la norma²⁹, son las obligaciones relacionadas con la implantación de la contratación electrónica que establece para las administraciones públicas y los poderes adjudicadores.

La exposición de motivos de la nueva LCSP llama la atención sobre “la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario”.

En efecto, ha decidido la LCSP 2017 adelantar alguno de los plazos que al respecto establecen las directivas de contratación pública y que llegaban hasta el 18 de octubre de 2018³⁰. Ahora bien, también es preciso tener en cuenta que el Estado español había incumplido ya otros plazos fijados por las directivas de 2014 para diversas obligaciones relacionadas con la implantación de medios electrónicos, como eran los del 18 de abril de 2016 y del 18 de abril de 2017.

Como una de sus novedades más importantes frente a la regulación europea anterior (y la debilidad de la Directiva 2004/18 en la implantación de medios electrónicos en la contratación pública), la Directiva 2014/24/UE obliga a todos los Estados y administraciones de la Unión Europea a utilizar estos medios electrónicos desde la entrada en vigor de la misma, que se produjo el 18 de abril de 2016.

Dispone, en este sentido, el artículo 23.1 de la norma comunitaria que los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

29 Una muestra al respecto son las escasas referencias a la contratación pública electrónica en el por otra parte tan extenso dictamen del Consejo de Estado n. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de nueva Ley de contratos del sector público.

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

De esta forma, cuando el artículo 90 de la directiva fija el plazo de adaptación de la legislación de los Estados miembros a las normas de la nueva directiva, establece un plazo máximo de 24 meses, que no obstante permite ampliar hasta los 54 meses para las comunicaciones electrónicas entre licitadores y poderes adjudicadores.

Ahora bien, el uso de medios electrónicos será obligatorio en el plazo general de 24 meses de entrada en vigor de la directiva en relación con lo establecido en los artículos 34 (referido a los sistemas dinámicos de adquisición), 35 (subastas electrónicas), 36 (catálogos electrónicos), 37.3 (comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras³¹), 51 (envíos de los anuncios a la Comisión) y 53 (disponibilidad electrónica de la documentación de la contratación).

El nuevo Comité de Cooperación en materia de contratación pública, que crea el artículo 329 LCSP 2017 en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, será el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia.

En este sentido, entre sus secciones, que se encargarán de la preparación de los asuntos para su toma en consideración por el pleno, habrá una sección de contratación pública electrónica, encargada de ejecutar las competencias del Comité de Cooperación en esta materia y de la supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público³².

También la Estrategia Nacional de Contratación Pública³³ tendrá entre sus objetivos generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento (letra d) del apartado 2 del artículo 334 LCSP 2017).

El artículo 54 de la LCSP 2017 obliga a realizar por medios electrónicos las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento.

31 No obstante, la aplicación del artículo 22.1 para centrales de compras con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.4 puede ser postergado por los Estados miembros hasta 36 meses después de la entrada en vigor de la directiva.

32 El apartado 5 del artículo 329 de la LCSP prevé que cada una de las secciones estará integrada por representantes de la Administración general del Estado, de las comunidades y ciudades autónomas y, cuando proceda, de las organizaciones representativas de las entidades locales en los siguientes términos:

“a) Por parte de la Administración general del Estado, los vocales que formen parte del pleno del comité en representación de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación, de la Intervención General de la Administración del Estado y de la Abogacía General del Estado; y el titular del órgano de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al que correspondan las materias referidas en el apartado 4 del artículo 328, en las secciones que no presida; así como el secretario de la indicada junta consultiva, que ejercerá la secretaría de la sección, que contará con voz y voto en la misma.

b) Por parte de las comunidades autónomas, tres representantes designados rotatoriamente por periodos de un año, en función del orden de creación de las mismas.

c) Además de los indicados en las letras a) y b) anteriores, el representante de la asociación o federación de entidades locales con mayor implantación, designado por la misma, que forme parte del pleno, formará parte, a su vez, de las siguientes secciones: sección relativa a la supervisión de la contratación pública, sección relativa a la información cuantitativa y estadística, y sección de contratación pública electrónica.

d) En el caso de la sección de contratación pública electrónica, además de los indicados en las letras a), b) y c) anteriores, se incorporarán como vocales un representante del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y un representante del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales”.

33 La Estrategia Nacional de Contratación Pública es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará, con un horizonte temporal de 4 años, en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público, incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a estos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores (apartado 1 del artículo 334 LCSP 2017).

La presentación de proposiciones o la recepción de la documentación en formato electrónico necesaria para la presentación de estas en cualquier procedimiento no podrá suponer la exigencia de cantidad alguna a los licitadores, como establece el apartado 4 del artículo 136 LCSP 2017.

Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados³⁴.

De acuerdo con la disposición adicional 15 LCSP 2017, las notificaciones a las que se refiere la ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos se contabilizarán a partir de la respectiva notificación, y en el supuesto de realizarse mediante comparecencia electrónica se computarán desde la fecha de envío de esta o desde el aviso de notificación.

La Plataforma de Contratación del Sector Público permitirá la difusión a través de internet de los perfiles de contratante de todos los órganos de contratación del sector público. El acceso de los interesados a la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectuará a través de un portal único.

Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de ella. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la LCSP cuando estos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que establezcan las comunidades autónomas o las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 347 LCSP 2017.

Una importante previsión de la LCSP 2017 es que considera como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por poderes adjudicadores la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado “en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las comunidades autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135” (letra c) del apartado 2 del artículo 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.

³⁴ Excepcionalmente, y sólo en los casos previstos por el artículo 138.2 LCSP 2017, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos.

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/>.

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., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016.

- 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., y 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
adxudicadores 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

55
Regap

M.ª FUENSANTA GÓMEZ MANRESA
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad 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 adxudicadores 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 Dos cuestiones apriorísticas: la transitoriedad normativa y el derecho aplicable a los contratos prorrogados. 2 Previsiones legales acerca de la contratación de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública. 2.1 Una apuesta por la transparencia y la seguridad jurídica: la unificación del régimen jurídico de la contratación pública en los contratos de importe no armonizado. 2.1.1 Especialidades procedimentales. 2.1.2 Problemática inherente a la contratación menor. 2.2 Consideraciones sobre el procedimiento negociado: el precio y el menor coste del ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación. 2.3 Peculiaridades de la adjudicación de los contratos en los que sólo exista un proveedor en el mercado en el procedimiento negociado sin publicidad.

* Este artículo es resultado del proyecto "La contratación electrónica en el sector público. El reto de la innovación tecnológica en los contratos públicos" (19495/PI/14), Fundación Séneca/Agencia Regional de Ciencia y Tecnología (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

1 Dos cuestiones apriorísticas: la transitoriedad normativa y el derecho aplicable a los contratos prorrogados

Prima facie, es preciso abordar la problemática inherente al derecho aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a cambios normativos, incluidos los prorrogados, en la medida en que en los últimos tiempos hemos tenido un periodo de transitoriedad prolongado que ha traído causa, por una parte, de la necesidad de transposición del paquete normativo europeo sobre contratación pública que ha supuesto la derogación de la Directiva 2004/18/CE¹, es decir, de las Directivas 23/2014/UE –relativa a la adjudicación de contratos de concesión–, 24/2014/UE –de contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE– y 25/2014/UE –concerniente a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE–; y, por otra, de la *vacatio* de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), en virtud de la cual se ha producido la transposición en el ordenamiento jurídico español de las dos primeras directivas citadas y la derogación del Real decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre (TRLCSF).

A tenor de esta cuestión, es ineludible la cita de la disposición transitoria primera de la LCSP, de idéntica redacción a la misma disposición del TRLCSF, dedicada a la normativa aplicable a los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor, cuyos números primero y segundo tienen el siguiente texto: “1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. 2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

A este respecto, se ha de traer a colación la STS 2016/149, de 9 de diciembre de 2015, dictada en casación para la unificación de doctrina, que en clara consonancia con el número primero señalado concreta que ha de aplicarse la norma vigente a todo acto que tenga lugar en su periodo de vigencia en aras a la observancia de los principios de irretroactividad y seguridad jurídica: «Decíamos entonces, y reiteramos ahora, que existe la contradicción postulada, pues “la desestimación por la sala de instancia del recurso contencioso-administrativo se debió a la aplicación retroactiva de una norma –la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público– que no estaba vigente en el momento en que se produjeron los hechos y que no disponía su retroactividad, contraviniendo la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en relación con el problema de la irretroactividad de las leyes, que establece que el artículo 9.3 de la Constitución garantiza el principio de seguridad jurídica, principio que es suma de certeza y legalidad, tal como tiene establecido el Tribunal Constitucional, en cuanto da estabilidad al orden social constitucionalmente consagrado y supone para los ciudadanos que las consecuencias de toda

1 En este periodo ha sido de utilidad la Recomendación de 15 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado a los órganos de contratación, en la que aborda la falta de transposición de las directivas y su efecto directo en relación con el TRLCSF.

actuación están predeterminadas en el ordenamiento jurídico". Y añadíamos que "es la norma vigente la que rige los actos que tienen lugar durante su período de vigencia y ese principio sólo admite una excepción: la retroactividad de la norma posterior, excepción que tiene el claro límite constitucional, también según el artículo 9.3 CE, de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales" ».

No obstante, la LCSP contiene una serie de especificaciones acerca de la aplicación del texto legal a los acuerdos de rescate y a los encargos que se efectúen con posterioridad a su entrada en vigor, debiendo entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental, así como sobre las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40 del TRLCSP, respectivamente, que seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo a este, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso especial, regulado en el artículo 44 de la LCSP, tratándose de expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la ley, cuando los actos se hayan dictado con posterioridad a dicho momento.

Es conveniente subrayar que el artículo 44.2 de la LCSP, de un lado, remite, si los actos no son susceptibles de recurso especial, al régimen de recursos contenido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPC)²; y, de otro, tasa los actos impugnables mediante el mencionado recurso³: los anuncios de licitación, pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que decidan directa o indirectamente la adjudicación, que supongan la imposibilidad de continuar el procedimiento –incluidos los de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores– o produzcan indefensión o lesión irreparable a derechos o intereses legítimos; los acuerdos de adjudicación; las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203⁴, por considerar que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación; y la formalización de encargos a medios propios en los casos en que no cumplan los requisitos legales⁵.

Finalmente, la disposición, en sus números 5 y 6, impone a los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición la normativa aplicable a los mismos y dispone que los pliegos de cláusulas administrativas generales que a la entrada en vigor de la LCSP ya se encontraran aprobados por las comunidades autónomas dispondrán de un plazo de seis meses para su adaptación a lo reglamentado en el apartado 2 del artículo 121 del mismo texto legal⁶.

Sin embargo, para atender de manera rigurosa la temática que nos ocupa, es oportuno abordar el régimen jurídico de la prórroga contractual. Apriorísticamente, no está de más

2 Vid. artículos 112 a 126 de la LPC.

3 En cuanto al recurso especial, vid. 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.

4 Estos preceptos distinguen entre causas de modificación previstas o no en el pliego, entre las cuales se encuentran las prestaciones adicionales o circunstancias imprevisibles y las modificaciones no sustanciales.

5 Vid. artículos 30 y ss. de la LCSP.

6 El artículo 121.2 de la LCSP dispone lo siguiente: "Las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera".

mencionar que el artículo 29 de la LCSP preceptúa que todo contrato podrá prever una o varias prórrogas, siendo *conditio sine qua non* que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, al margen de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP. De la prórroga ha de darse preaviso al empresario con una antelación mínima de dos meses a la terminación del plazo de duración del contrato, si bien están exceptuados de esta exigencia los contratos cuya duración sea inferior a dos meses, toda vez que la prórroga del contrato no será obligatoria para el contratista cuando en aquel se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de seis meses.

Se ha de resaltar que el artículo 29 de la LCSP prohíbe, de manera expresa, la prórroga por el consentimiento tácito de las partes, como también se deduce del artículo 35.1.g) del mismo texto legal, que incluye, dentro del contenido mínimo del contrato, su duración y las "*fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas*". Mientras, el artículo 335.2 de la LCSP ordena la comunicación al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, a los efectos de control, de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las alteraciones de precio y del importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos cuyo precio de adjudicación –o en acuerdos marco el valor estimado– exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras, concesiones de servicios; de 450.000 euros en los de suministros; y de 150.000 euros en los supuestos de servicios y de contratos administrativos especiales.

Asimismo, serán objeto de envío, además de los contratos basados en un acuerdo marco y los específicos celebrados en el ámbito de un sistema dinámico de adquisición –siempre que el precio de adjudicación del contrato exceda en función de su naturaleza de las cuantías señaladas anteriormente–, el resto de los contratos, incluidos los menores, excepto los que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través de anticipo de caja fija o similar, indicando la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía.

De este modo, expuesto el régimen jurídico de la prórroga contractual, se han de realizar varias reflexiones en torno a los contratos prorrogados. La primera es la referida a la nulidad de las prórrogas tácitas establecidas en los contratos celebrados antes de la prohibición de estas, ya en su día, por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por el TRLCSP⁷ y por la vigente LCSP, en la medida en que se oponen al régimen jurídico de prórroga expresa, vigente desde el primer texto legal aludido, e implican una vulneración de los principios generales de transparencia⁸ y publicidad que han de presidir la licitación y la adjudicación⁹, como ha explicitado el TJCE en las Sentencias Telaustria (TJCE 2000, 321) (C-324/98) o Telefonadress (2000/321).

En definitiva, la prórroga ha de determinarse con carácter previo para el cumplimiento del principio de libre competencia, en atención a que el régimen de esta reviste carácter de orden público (Informes de la JCCA del Estado 36/2004, de 8 de julio; 47/2004, de 12 de

7 Artículo 23 del TRLCSP.

8 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.

9 Respecto de la adjudicación de los contratos, *vid.* RÁZQUIN LIZARRAGA, M.M.³, *La adjudicación de los contratos públicos en la nueva Ley de contratos el sector público*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

noviembre; 55/2004, de 12 de noviembre; y 27/2004, de 7 de octubre. De la JCCA de la Comunidad Autónoma de Cataluña, 4/1999, de 30 de septiembre; 7/2005, de 4 de octubre; y 7/2009, de 3 de julio. Y de la JCCA de Canarias, 2/2014, de 20 de febrero).

En este mismo sentido, puede verse el Informe de la JCCA del Estado 23/11, de 28 de octubre –que trae a colación la doctrina mantenida hasta la fecha en reiterados informes (24/04, 35/04, 50/04, 55/04, 57/04, 12/06, 27/07 y 61/08)–, que clarifica que “cualesquiera que fuesen las prevenciones de los pliegos en cuanto a la duración y prórrogas de los contratos de acuerdo con la legislación anterior, tras la reforma introducida en el artículo 67.1 de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, se prohíben las prórrogas tácitas”.

Y ello es así porque cada prórroga contractual es considerada una novación, lo que conlleva aplicar la normativa vigente en el momento de acordar esta, tal como concreta el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2275) –que anuló la prórroga de una concesión de servicios públicos que ampliaba sustancialmente la duración inicial del contrato–, al afirmar que, aunque las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones, “debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de esta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos” porque, en caso contrario, “los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]”.

En la resolución judicial se dilucida que la prórroga tácita no está vinculada al ejercicio del *ius variandi* durante el período de vigencia del contrato, puesto que, vencido el contrato primitivo, nos encontraríamos ante una nueva adjudicación que no estaría sometida a los principios de publicidad y concurrencia. Por otra parte, se evidencia que “el artículo 163 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por motivos de interés público “las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el “equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”. Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida “por una sola vez”, la sala de instancia no infringió aquel precepto legal”.

Entonces, como la prórroga prolonga la vigencia del plazo inicial del contrato, la norma que se debe aplicar es la vigente en el momento de acaecer esta y no la que la regulaba cuando se celebró el contrato inicial, como se expone en el Informe de la JCCA de Canarias 24/04, de 7 de junio, que alude al criterio compartido por otras juntas consultivas, como

Regap



ESTUDIOS

la del Estado (Informes 36/2004, de 8 de julio; 47/2004, de 12 de noviembre; 55/2004, de 12 de noviembre; y 27/2004, de 7 de octubre), y de la Comunidad Autónoma de Cataluña (Informes 4/1999, de 30 de septiembre; 7/2005, de 4 de octubre; y 7/2009, de 3 de julio). El informe matiza también que, “tras la entrada en vigor de la Ley de contratos de las administraciones públicas y su artículo 67, las prórrogas tácitas deben ser rechazadas, pues resulta un contrasentido que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas”.

Es oportuno realizar otra serie de puntualizaciones en relación con la materia: que la prórroga indefinida de un contrato puede vulnerar el principio de libre concurrencia (Dictamen del Consejo de Estado 2154/2002, de 26 de septiembre); la improcedencia de prórrogas sobrevenidas en un contrato público al margen del pliego de cláusulas administrativas particulares (Informe 36/13, de 26 de febrero de 2015, de la JCCA del Estado); la necesidad de realización de la prórroga antes de la terminación del plazo prorrogado (Informe 38/10, de 24 de septiembre de 2010, de la JCCA del Estado); y la admisibilidad de prórrogas tácitas en los contratos privados (Informe 38/06, de 30 de octubre de 2006, de la JCCA del Estado¹⁰).

No está de más apuntar que la disposición adicional octava, dedicada a los contratos celebrados en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, dispone que la adjudicación por las entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas de contratos que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas se regirá por dicha legislación¹¹, salvo que una ley sujete estos contratos al régimen contenido en la LCSP, en cuyo caso se les aplicará la normativa de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), mientras que los contratos destinados a la realización de varias actividades en los que al menos una de ellas esté comprendida en el marco de la ley mencionada deberán observar el régimen jurídico de la actividad a la que se destinen principalmente, aunque cuando no fuera objetivamente posible determinar la actividad prioritaria del contrato será de obligado cumplimiento la LCSP.

Sin embargo, los contratos excluidos de la Ley 31/2007 que formalicen las entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas se regirán por las disposiciones pertinentes de la LCSP, sin que les sean aplicables las normas que en esta se destinan exclusivamente para los contratos SARA. Por último, se remite respecto de la adjudicación de los contratos que celebren las entidades señaladas que no tengan por objeto alguna de las actividades reglamentadas por la Ley 31/2007 a la LCSP, en los términos establecidos en ella.

En atención a lo expuesto, es necesario abordar seguidamente el régimen jurídico contenido en la Ley 31/2007, ya que esta, en referencia a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, en su disposición transitoria única, exige lo siguiente: *“Con excepción de los contratos incluidos en el ámbito del sector de los servicios postales, los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/*

10 En el informe se afirma que resulta factible admitir prórrogas tácitas en contratos privados como los de arrendamiento, sociedad o seguros.

11 El artículo 16 de la Ley 31/2007 establece que esta se aplicará “a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites: a) 418.000 euros en los contratos de suministro y servicios. b) 5.225.000 euros en los contratos de obras”.

CEE. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato o si se hubiera enviado la invitación para presentar ofertas en los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación previa que se regulan en el artículo 59”.

De este modo, ha de tenerse en cuenta que, en la medida en que la prórroga prolonga la vigencia del plazo inicial del contrato, la norma que se debe aplicar es la vigente en el momento de acaecer esta, como se aclara en el Informe de la JCCA de Canarias 24/04, de 7 de junio, porque cada prórroga contractual es considerada una novación, de modo que debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que a la finalización de esta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos.

En este sentido, la exigencia de que la prórroga figure de manera expresa en los anuncios de licitación y en los anuncios periódicos indicativos se encuentra en el anexo III de la Ley 31/2007¹², dedicado a los “Anuncios de licitación”, apartado A.5.a), relativo al procedimiento abierto, dado que implica que en ellos han de incluirse, para suministros y obras, las “Características y cantidad de los productos solicitados (número(s) de referencia en la nomenclatura). Indicar las opciones para licitaciones complementarias y, cuando sea posible, el plazo estimado previsto para ejercer dichas opciones, así como el número de prórrogas posibles. En el caso de una serie de contratos renovables, también se precisará, de ser posible, el calendario provisional de las convocatorias de licitación posteriores para los productos que se vayan a suministrar o la naturaleza y el alcance de las prestaciones, y las características generales de la obra (número(s) de referencia en la nomenclatura)” ; y, para servicios, conforme al número 6.a), las “Características y cantidad de los productos solicitados. Indicar las opciones para licitaciones complementarias y, cuando sea posible, el plazo estimado previsto para ejercer dichas opciones, así como el número de prórrogas posibles. En el caso de una serie de contratos renovables también se precisará, de ser posible, el calendario provisional de las convocatorias de licitación posteriores para los servicios que se vayan a prestar” .

Estos mismos requerimientos se exigen en los procedimientos restringido y negociado, en los apartados B.5.a) y 6.a), y C.5.a) y 6.a), del anexo III de la Ley 31/2007.

Además, en el anexo V, “Anuncios periódicos indicativos”, en el apartado noveno, se prevé la constancia de las “Características y cantidad de los productos solicitados o características generales de la obra o categoría del servicio con arreglo al anexo II A y su descripción, precisando si se prevé uno o varios acuerdos marco. Debe indicar las opciones para licitaciones complementarias y el plazo estimado previsto para ejercer dichas opciones, así como el número de prórrogas posibles. En el caso de una serie de contratos renovables, deberá precisarse también el calendario provisional de las convocatorias de licitación posteriores” .

Bien puede afirmarse, en consecuencia, que no existe disposición normativa alguna en la Ley 31/2007 que exceptúe el régimen jurídico de la prórroga expresa, como sucede en la legislación general de régimen jurídico del sector público.

¹² El artículo 47 de la Ley 31/2007 impone, respecto de la convocatoria de licitación del sistema dinámico de adquisición, el cumplimiento de los apartados A, B o C del propio texto legal, y la letra D en relación con la convocatoria de licitación de los contratos basados en él.

2 Previsiones legales acerca de la contratación de los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública

2.1 Una apuesta por la transparencia y la seguridad jurídica: la unificación del régimen jurídico de la contratación pública en los contratos de importe no armonizado

2.1.1 Especialidades procedimentales

El régimen jurídico aplicable a los poderes adjudicadores distintos de una Administración pública (PANAP) es el contenido en los artículos 316 y siguientes de la LCSP. Respecto de la preparación y adjudicación de los contratos SARA, se efectúa una remisión a las normas contenidas en las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo I del título I del libro II, mientras que se establece que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario, con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato, los contratos no SARA cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, si se trata de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, en los contratos de servicios y suministros, tema que abordaremos más adelante en el epígrafe siguiente.

Por otro lado, los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos de la sección 2.^a del capítulo I del título I del libro segundo de la LCSP, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que ha de atenerse al artículo 168 de la LCSP.

En cambio, los efectos y extinción de los contratos celebrados por los PANAP se regirán por normas de derecho privado, aunque sí les será aplicable la LCSP en relación con las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 201); las condiciones especiales de ejecución (artículo 202); los supuestos de modificación contractual (artículos 203 a 205); la cesión y subcontratación (artículos 214 a 217); la racionalización técnica de la contratación (artículos 218 a 228); y las condiciones de pago reguladas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.

Es oportuno constatar que la LCSP concreta una serie de cautelas, ya que, si la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, sería necesaria la autorización del departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. En estos contratos serán causas de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en la forma inicialmente pactada –cuando no sea posible modificar el contrato a tenor de los artículos 204 y 205 de la LCSP– y la recogida en la letra i) del artículo 211 del mismo texto legal consistente en el impago, durante la ejecución

del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en ella, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

En otro orden de cosas, a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les serán de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294 de la LCSP, para cada uno de ellos, si bien el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación y el secuestro o intervención de estos tendrá que acordarlo el departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador, toda vez que en los contratos de servicios consistentes en la elaboración íntegra de un proyecto de obra se exigirá la responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto en observancia de lo dispuesto en el artículo 314 de la LCSP.

A propósito del régimen jurídico expuesto, se ha de destacar la extensión de la aplicación a los PANAP de las disposiciones relativas a las modificaciones contractuales, lo que requiere hacer dos consideraciones: primera, que dicho régimen es común y aplicable a todo tipo de contratos privados y administrativos, ex artículos 26 y 319.1 de la LCSP, norma que utiliza la denominación contratos del sector público; y, segunda, que con motivo de la transposición de la normativa comunitaria el régimen jurídico es más restrictivo.

En efecto, como impone la Directiva 2014/24/UE en su artículo 72, la LCSP ordena que la modificación de los contratos durante su vigencia podrá efectuarse, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, si está prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos del artículo 204, o, excepcionalmente y en caso contrario, si se cumplen las exigencias del artículo 206. Por tanto, la LCSP preceptúa, cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, que las cláusulas de revisión sean claras, precisas e inequívocas, debiendo determinar los siguientes extremos: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de esta por concurrencia de circunstancias que puedan verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación ha de expresar, asimismo, que la modificación no podrá suponer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá permitir a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que posibilite al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

Se añade una cautela más en el sentido de que se prohíbe a los órganos de contratación introducir en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial, entendiendo que se produce tal alteración si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato, a diferencia de lo que sucede si se sustituye alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

Sin embargo, si las modificaciones no estuviesen previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o si estándolo no se ajustan a lo señalado anteriormente, sólo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla determinados requisitos: que encuentre

Regap



ESTUDIOS

su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205¹³, y que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Entre los mandatos del artículo 205, se ha de resaltar, de un lado, el límite que representa el hecho de que el incremento del precio resultante de la modificación no pueda exceder del 50 % del valor del contrato inicial y, de otro, que para que puedan introducirse varias modificaciones sucesivas es necesario que concurren eventualidades sobrevenidas imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato siempre que toda modificación cumpla las condiciones que se explicitan seguidamente: que un poder adjudicador diligente no la hubiera podido prever; que no altere la naturaleza global del contrato; que el incremento del precio resultante no exceda del 50 % del valor del contrato o del acuerdo marco inicial; y que, con independencia de su valor, no sea sustancial¹⁴, ya que, de serlo y no iniciarse un nuevo procedimiento de contratación, procedería la resolución del contrato¹⁵.

En atención a la materia que nos ocupa, el Informe 8/2016, de 20 de abril, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos para introducir nuevas prestaciones, pone de manifiesto el carácter restrictivo en sede de modificación contractual. Este informe indica los estrictos límites que acotan las posibilidades de modificación de los contratos públicos, ya que ello puede suponer un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe, y la necesidad de interpretar su régimen jurídico en coherencia con las directivas y la jurisprudencia europea; y recuerda el requerimiento de que toda modificación ha de sustentarse en la concurrencia de razones

13 Entre las causas que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre que esta cumpla todos los requisitos expuestos, se encuentra el caso de que deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, cuando se cumplan dos exigencias. La primera consiste en que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico; por ejemplo, que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes de los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. No se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. La segunda imposición implica que la modificación del contrato suponga una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

También se posibilita una modificación contractual no prevista cuando la misma se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato si se cumplen determinadas condiciones: que se trate de modificaciones que una Administración diligente no hubiera podido prever, que no alteren la naturaleza global del contrato y que impliquen una alteración en su cuantía que no exceda del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Finalmente, se permite la falta de previsión si las modificaciones no son sustanciales, a las que se hace referencia en la siguiente nota al pie.

14 Se considerará sustancial una modificación, según el artículo 205 de la LCSP, cuando se cumpla una o varias de estas condiciones: "1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta de la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso, se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente de la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original. 2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso, se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato. 3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando: (i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23. (ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación".

15 Vid. artículo 211.1.g) de la LCSP.

de interés público que respondan a necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente. En el mismo informe se clarifica también que no resulta posible una modificación contractual si ello supone un cambio fundamental de las reglas de la licitación que implique una alteración sustancial del objeto del contrato, así como que resulta ineludible dar publicidad de lo modificado –en el perfil de contratante y en el boletín oficial donde se publicó el contrato– y practicar notificación a todos los licitadores admitidos.

En conclusión, puede afirmarse que la LCSP ha llevado a cabo la unificación del régimen jurídico de los contratos de importe no armonizado tratándose de poderes adjudicadores, si bien es cierto que la contratación menor requiere un análisis pormenorizado que se efectúa en el próximo apartado.

2.1.2 Problemática inherente a la contratación menor

La LCSP, en su artículo 118, ha reducido los importes de la contratación menor al determinar un valor estimado inferior a 40.000 euros cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros para los de suministro o de servicios, debiendo tener presente lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados a nivel estatal.

Se ha de constatar que el artículo 29.8 de la LCSP dispone que los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, y el artículo 37 del mismo texto legal establece que las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente salvo que el contrato tenga, de conformidad con el artículo 120.1, carácter de emergencia. Aparte, los contratos que celebren las administraciones públicas deberán formalizarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 de la LCSP, al margen del contenido del número 118, mientras que los contratos que acuerden los PANAP, cuando sean susceptibles de recurso especial de contratación, deberán formalizarse en los plazos del artículo 153 del citado texto legal.

El mencionado artículo 118 de la LCSP concreta, con carácter general¹⁶, que *“en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan”*. En otro orden de cosas, la LCSP impone la justificación en el expediente de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas de contratación y de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras apuntadas anteriormente, exceptuándose de esta regla los supuestos en los que puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad regulado en el artículo 168.a).2.º de la LCSP.

En cuanto al límite señalado de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras referidas, la JCCA del Estado, en el Informe 41/2017 ha concluido que la LCSP *“no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de*

16 Tratándose de un contrato menor de obras, debe incorporarse también presupuesto de estas, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran y de que deba solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 de la LCSP cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (artículo 118.2 de la LCSP).

los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma". Por otra parte, se puntualiza que cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez comprobado en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será obligado proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

A este respecto, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, argumenta –con una alusión expresa a la legislación navarra que utiliza un concepto muy similar¹⁷– que la fijación de la regla de la incompatibilidad sobre una base anual no supondría sino la aplicación de una regla "que es un principio básico del derecho presupuestario (artículo 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria) cuya aplicación aclararía de forma satisfactoria el ámbito temporal durante el que se prolonga la incompatibilidad establecida en el artículo 118.3 LCSP".

De este modo, la junta concluye que, "para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1, se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad".

Es conveniente apuntar que la disposición adicional novena de la LCSP precisa que la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no sean contratos SARA, de acuerdo con las normas establecidas en la propia ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las relativas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, ha de realizarse según las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación si ello responde a los usos habituales del mercado.

Se especifica, además, que cuando estos contratos se realicen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, los entes, organismos y entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

En esta materia, ha de hacerse mención a los artículos 29.8 y 99 de la LCSP. El primero de ellos contiene la prohibición de que el contrato menor tenga una duración superior a un año y de que pueda ser objeto de prórroga, mientras que el segundo veta el fraccionamiento de un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los inherentes al procedimiento de adjudicación que correspondan.

A propósito de la aplicación de la normativa de la contratación menor a la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, y a la contratación del acceso

17 La Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, en su artículo 73.6, establece: "Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma Administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos".

a la información contenida en bases de datos especializadas, el antedicho Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha detallado varios extremos: primero, que la única prescripción del artículo 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de los contratos menores, dado que se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía (en tanto que no tengan la consideración de contratos SARA); segundo, que para este tipo de contrataciones habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de esas publicaciones y bases de datos y, como consecuencia, la imposibilidad de adjudicar estos contratos a operadores económicos distintos de los propietarios de esos derechos, supuestos en los que podría recurrirse a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto del artículo 168.a).2.º de la LCSP, existiendo una exclusión manifiesta de la aplicación del límite de contratos en el inciso final del artículo 118.3; y tercero, que la duración máxima de un año de los contratos menores, determinada en el artículo 29.8 de la LCSP, al no tratarse de una cuestión “de procedimiento”, “como se deduce de su ubicación sistemática en un precepto diferenciado del que establece las reglas de adjudicación”¹⁸, no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la disposición adicional novena de la LCSP.

Centrándonos en los PANAP, a nuestro entender puede argumentarse, en atención a los antecedentes, especialmente a los pronunciamientos de determinados órganos consultivos, que la LCSP ha homogeneizado el régimen jurídico de la contratación menor haciéndolo extensivo a estos entes en su artículo 318 –como se ha expuesto en el epígrafe anterior dedicado a las especialidades procedimentales tendentes a la unificación de la normativa de los contratos de importe no armonizado con independencia del carácter o no de Administración pública del poder adjudicador–, en la medida en que, aunque no utiliza el término contratación menor, dispone que los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, en contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato, fijando los mismos umbrales que en el artículo 131.3 de la LCSP, precepto que no exonera de la observancia de los límites y requisitos de la contratación menor regulada en el artículo 118 de la LCSP.

De hecho, se ha de constatar que ya no está permitida una flexibilización del régimen jurídico vía instrucciones internas, como sucedía al amparo del derogado TRLCSP, ya que la LCSP prevé estas respecto de entes del sector público que no sean poderes adjudicadores¹⁹. Y ello es así porque el artículo 23.3 del TRLCSP, de obligado cumplimiento por las administraciones públicas, permitía una argumentación a favor de su inaplicación a poderes adjudicadores que no sean Administración pública fundada en que los contratos menores, dada su pequeña cuantía, no están sujetos a regulación armonizada²⁰, motivo por el que el TRLCSP flexibilizaba

18 Este precepto está ubicado en el libro I de la LCSP, en el título I, dedicado a disposiciones generales, y concretamente en el capítulo I sobre “Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público”, y no en el libro segundo, título I, capítulo I, sección 1.ª, subsección 1.ª, relativa al “Expediente de contratación”, como sucede con el artículo 118.

19 Vid. artículo 321 de la LCSP y, en relación con la supresión de las instrucciones internas de los PANAP, el Informe 11/2017 de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón.

20 Vid., acerca de los contratos SARA y los umbrales correspondientes, los artículos 14 y ss. del TRLCSP.

su régimen jurídico sobre preparación y adjudicación en los artículos 191.a) y 192.1, dando cabida a la diversificación a través de instrucciones en este sector. Así pues, una empresa mixta podía insertar en sus instrucciones, en virtud de los artículos 191.b)²¹ y 192.3²² del TRLCSP, una excepción análoga relativa a la duración de los contratos menores en base a lo dispuesto en el artículo 191.c del mismo texto legal²³. No obstante, la omisión de este extremo en las instrucciones, ex disposición transitoria quinta del TRLCSP²⁴, implicaba la aplicación de los artículos 190 y 138.3 del TRLCSP, preceptos dedicados a la adjudicación de los contratos SARA y a la prohibición de que el contrato menor tenga una duración superior a un año respectivamente²⁵.

Se ha de destacar que ya en su momento el Consejo de Estado, en el dictamen 514/2006, de 25 de mayo, acerca de la flexibilización citada contenida en el artículo 191 respecto del 190, para contratos no SARA, se posicionó en contra de dicha distinción, abogando por la aplicación de las mismas reglas a los PANAP del siguiente modo: “2.º) Desde la perspectiva del derecho interno, la ley regula, en relación con las administraciones públicas –tal como las define el artículo 3.2–, el régimen completo del contrato (preparación, adjudicación, efectos y extinción); además, la regulación de los contratos administrativos típicos sigue teniendo una elaboración normativa muy detallada. Desde esta misma perspectiva, el anteproyecto se considera obligado a regular las fases de preparación y adjudicación de los contratos objeto de regulación comunitaria (contratos sujetos a una regulación armonizada), prescindiendo, sin razón sólida alguna, de regular en el mismo sentido estas mismas fases respecto de los contratos que no lleguen al umbral cuantitativo de la directiva (con la excepción, obvia, de la innecesariedad de publicidad comunitaria). En fin, todavía desde el punto de vista del derecho interno, al resto del sector público le son de aplicación determinados preceptos”.

Es más, en el dictamen se propuso una estructura normativa diferente consistente en reglamentar, en primer lugar y de forma completa, tanto la parte general de los contratos de las administraciones públicas como cada uno de los contratos típicos, y, en segundo término, y con referencia a esa ordenación troncal, abordar los contratos de los demás poderes adjudicadores, como se expone a continuación: “Esta regulación se aplicaría a los que antes se

21 El artículo 191.b) del TRLCSP dispone que “los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado”.

22 El artículo 192.3 del TRLCSP establece que “en las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, estas instrucciones deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad”.

23 El artículo 191.c) del TRLCSP precisa que “se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión”.

24 La disposición transitoria quinta del TRLCSP ordena que “en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 191.b), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas se regirán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 190”.

25 En este 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. En este trabajo, se mantiene la tesis de que es posible eludir el límite que representa el plazo de un año en los contratos menores mediante disposición expresa en las instrucciones que redacte el poder adjudicador que no sea Administración pública.

han denominado segundo y tercer nivel de intensidad, es decir, a los sujetos que requieren, bien de una flexibilización de las tradicionales exigencias de los contratos administrativos al tiempo que un sometimiento a las normas comunitarias cuando formalicen contratos por encima de ciertas cuantías (poderes adjudicadores que celebren contratos sujetos a regulación armonizada, segundo nivel), o bien que requieren simplemente que los contratos que firmen queden sometidos a ciertas exigencias comunitarias (esos mismos sujetos cuando contraten por debajo de los umbrales comunitarios, tercer nivel). En cualquier caso, resultaría deseable, como se ha dicho, que tampoco respecto a estos sujetos se hiciese distinción entre contratos por encima y por debajo del umbral comunitario, resultándoles de aplicación las mismas reglas respecto a la preparación y adjudicación”.

Este mismo parecer ha expresado la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, en alusión al texto legal vigente, en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre, en el que se afirma que, “a juicio de este centro directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del preámbulo de la LCSP que se ha transcrito, resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, para los contratos que celebren con un valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las administraciones públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que sólo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). Ello implica una remisión *in totum* a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación) serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159 y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159) habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicio, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80.000 euros, en el caso de obras, y a 35.000 euros, en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto”.

En el informe se señala que la voluntad del legislador, que se desprende de los artículos 317 y 318 de la LCSP, de aproximar la contratación de los PANAP al régimen jurídico de la contratación propio de las administraciones resulta, como ya se ha puesto de manifiesto, de varios extremos: de la aplicación en bloque de la LCSP (secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I del *título I del libro II*) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recogía el artículo 190 del TRLCSP; de la supresión de las instrucciones internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos SARA; y de la admisión de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, como contratos menores.

Sobre este último extremo, en el informe que nos ocupa se argumenta que, en relación con los contratos menores y a la vista del tenor del artículo 318 LCSP, los PANAP deben estar a las mismas exigencias generales porque, en la medida en que “los contratos a los que se

Regap



ESTUDIOS

refiere el artículo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP”.

Este mismo razonamiento está contenido también en el Informe 2/2018 de la Abogacía del Estado, en el que se puntualiza que, aunque el artículo 318.a) no emplea, *nominatim*, la expresión “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión patente a los artículos 118 y 131.3, que son los que regulan de manera general esta categoría, “se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que estos “podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato” (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores”.

En definitiva, en nuestra opinión, una interpretación que apueste por la uniformidad normativa en este ámbito favorece, sin lugar a dudas, la transparencia y la seguridad jurídica, ya que la aplicación del artículo 118 de la LCSP implica, de un lado, evitar la existencia de distintos regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los PANAP, hecho que propicia, además, la simplificación administrativa con el objetivo, especialmente, de la plena implementación de la contratación electrónica²⁶; y, de otro, la observancia por los PANAP de determinadas reglas en los expedientes de la contratación menor para evitar posibles utilizaciones abusivas alejadas de los objetivos que han de estar presentes en la contratación pública de eficiencia en el gasto y de respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, como se incide en el preámbulo de la LCSP²⁷.

Finalmente, resta constatar que, pese a que una visión sistemática e integrada del régimen jurídico de la contratación pública puede llevar a concluir en los términos indicados, el legislador ha perdido, una vez más, una oportunidad de claridad expositiva.

2.2 Consideraciones sobre el procedimiento negociado: el precio y el menor coste del ciclo de vida como criterios únicos de adjudicación

Respecto de los criterios de adjudicación de los contratos, hemos de partir del artículo 145 de la LCSP, que dispone: “1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una

26 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; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

27 “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148", mientras que el número 146 prevé que "1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148.2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos".

Así pues, resulta que, en principio, la LCSP se refiere a "pluralidad de criterios de adjudicación", cuya elección, como explicita la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2015, de 17 de marzo –en el que trae a colación el Informe 1/2011, de 12 de enero–, aunque es discrecional para el órgano de contratación, tales criterios "han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, las características y la naturaleza del contrato; han de ser objetivos; han de estar ponderados; han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en el anuncio de licitación, en los pliegos o, en su caso, en el documento descriptivo. Es decir, atendiendo al interés público en juego y en función del objeto del contrato, el órgano de contratación goza en nuestro derecho de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios, debiendo en todo caso motivar su elección (ex artículo 109.4 TRLCSP)".

Dicho informe explica que el TRLCSP, al regular los criterios de adjudicación en su artículo 150.1, que hoy tiene su equivalente en el número 145 de la LCSP, "alude al criterio precio como uno más de los posibles, según se desprende de la expresión "tales como", y únicamente fija éste como obligatorio cuando se utilice un solo criterio, "este ha de ser necesariamente el precio más bajo, como esta junta ya señaló en su Informe 1/2011, de 12 de enero".

Se observa, entonces, el cambio normativo que se ha producido, ya que si se fija un único criterio podrá ser el precio o el menor coste del ciclo de vida, basándose en el artículo 148 de la LCSP, en los términos del artículo 67.2 de la directiva: "La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate".

Resulta inexcusable la cita del considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE, que precisa que "La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo sólo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte, conviene recordar que los poderes

Regap



ESTUDIOS

adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato".

Continuando con el análisis del informe citado, es de destacar, como se evidencia en él, que el criterio precio tiene una vocación general que aconseja su inclusión en toda contratación pública, afirmación que se sustenta en el artículo 7 de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en la medida en que "establece, como uno de los paradigmas de la correcta gestión, la eficiencia de los fondos públicos, y la "economía" del contrato es, sin duda, un elemento clave para alcanzarla".

No obstante, el hecho de que el precio sea criterio único de adjudicación en sede de procedimiento negociado ha planteado, hasta la fecha, discrepancias acerca de su conveniencia, fundamentalmente atendiendo a la naturaleza de este y al buen gobierno, tal como ha colegido la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón en la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, del siguiente modo: "Una cuestión respecto de la que no existe unanimidad es la posibilidad de utilizar como único elemento sobre el que verse la negociación el precio. No existe un precepto que expresamente lo prohíba, y viene siendo admitida –Resolución del TACRC²⁸ 50/2011–, pero no parece que responda a la verdadera naturaleza de este procedimiento. Un procedimiento negociado, en el que la negociación verse únicamente sobre el precio, es dudoso que cumpla con la finalidad de este procedimiento, que es adaptar el contrato a las necesidades y objetivos del órgano contratante. Por ello, no es aconsejable recurrir al precio como único criterio de negociación. Como ya se ha expuesto en el apartado anterior, cabe utilizar como criterios de adjudicación aspectos que también son objeto de negociación".

En efecto, la posibilidad de que el precio sea el único criterio de adjudicación es admitida por el TACRC, en la Resolución 50/2011, de 24 de febrero, como se detalla seguidamente: «el órgano de contratación en su informe parece considerar las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, por cuanto al aludir a ellas señala que "este órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este organismo". A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación, de existir, lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego, será el precio. Así, dado que en el expediente remitido a este tribunal no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, cabe concluir que, para el expediente de referencia, no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego».

En conclusión, puede afirmarse que, en el momento actual, no existe prohibición legal alguna de que el precio sea el único criterio de adjudicación en los procedimientos negociados, aunque podría objetarse que este criterio cumpla con la finalidad de este procedimiento,

28 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

que es adaptar el contrato a las necesidades del órgano contratante, si bien es cierto que el objeto del contrato podría justificar, si está muy concretizado, que lo único a negociar sea el precio, debiendo tener presente en relación con las ofertas desproporcionadas o temerarias el artículo 85 del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de contratos de las administraciones públicas²⁹.

2.3 Peculiaridades de la adjudicación de los contratos en los que sólo exista un proveedor en el mercado en el procedimiento negociado sin publicidad

Es conveniente mencionar, en primer lugar, el Informe 11/2004, de 7 de junio, de la JCCA del Estado, en el que se analiza artículo 210.b) de la LCAP, que tiene su equivalente en el artículo 170.d) del TRLCSP y éste en el número 166.a).2 de la LCSP³⁰, que posibilita la negociación con uno o varios candidatos –así como en el artículo 59.c) de la Ley 31/2007, dedicado al procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación– y que está dedicado a la utilización del procedimiento negociado “cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”, ya que en él se da respuesta a la pregunta de si es posible, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 210.b) de la LCAP, contratar los servicios de un arquitecto para el desarrollo del proyecto en el ámbito urbanístico y arquitectónico, y justificar la negociación con un solo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo artístico y cuáles serían los criterios a tener en cuenta a estos efectos.

A dicho interrogante, la junta responde que la sola circunstancia de que la prestación a contratar tenga evidentes implicaciones artísticas no autoriza sin más a considerar justificada la utilización de la causa de procedimiento negociado prevista en el artículo 210 b) de la LCAP, “pues ello supondría desnaturalizar la esencia del procedimiento negociado por esta causa generalizándola a la totalidad de contratos con profesionales, sobre todo si se tiene en cuenta que los citados artículos y letra no se refieren a la mera conveniencia u oportunidad, sino que, taxativamente, señalan que procederá el procedimiento negociado cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos “tan solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario” y que, por otra parte, la

29 El precepto concreta que se “considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales; cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta; cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, debiendo excluirse para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media, considerándose desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales; cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, aunque, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado, toda vez que, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía. Se ha de matizar que, excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y a las circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores, así como que, para la valoración de las ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada”.

30 El artículo 166.a).2 de la LCSP dispone que “cuando las obras, los suministros o los servicios sólo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”. Se especifica, además, que “la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

aplicación del sistema de concurso de proyectos regulado en el artículo 216 de la ley aporta soluciones más adecuadas, permitiendo la libre concurrencia de cuantos arquitectos estén facultados para el fin que se desea conseguir, concurrencia que también puede obtenerse mediante la aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido”.

Se aduce, asimismo, que “la causa justificadora del procedimiento negociado del artículo 210 b) de la Ley de contratos de las administraciones públicas es que solamente exista un único empresario o profesional al que pueda encargarse el objeto del contrato y que ello sea debido a causas técnicas, artísticas y de protección de derechos exclusivos. Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos”, extremos todos ellos que han de justificarse debidamente en el expediente.

En cuanto a la necesidad de prueba de la exclusividad, el Informe 35/2006, de 30 de octubre, de la JCCA del Estado concluye: “La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en realizar una adecuada interpretación de la causa de utilización del procedimiento negociado cuando sólo exista un contratista que pueda realizar el objeto del contrato, dado que si esto es así carece de sentido convocar una concurrencia imposible de producirse. Con similar fórmula, los artículos 141 b), 182 b) y 210 b) admiten la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario. Siendo esta última la razón determinante y justificativa del procedimiento negociado, su concurrencia es una cuestión de prueba o justificación que habrá de constar necesariamente en el expediente de contratación, sin que puedan darse reglas generales que permitan ser aplicadas a todos los supuestos que puedan presentarse. En este sentido, y por lo que respecta a las cuestiones concretas que se plantean, habrá de afirmarse que el ámbito territorial de la exclusividad dependerá del objeto del contrato, y lo mismo puede afirmarse respecto a la referencia a la fabricación y/o distribución, sin que puedan darse criterios orientativos en cuanto al órgano que expide certificados de exclusividad, pues, insistimos, lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuado y suficientemente, se justifique la existencia de un solo empresario que pueda realizar el objeto del contrato sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad”.

A tenor de la justificación de la exclusividad, la Sentencia de la Audiencia Nacional 2006/265302, de 22 de diciembre de 2005, explicita lo siguiente: “«En contra de lo argumentado por la recurrente, vemos que el propio artículo 210 b) LCAP remite las razones técnicas justificadoras de esta forma de contratación al concreto objeto del contrato, con lo que no son ponderables elucubraciones acerca de lo que Europa Press pudiera hacer para alcanzar la capacidad técnica de la que carecía y de la que elude entrar en comparación con la adjudicataria, comparación al concreto que según su versión no es posible realizar *a priori*, sino dentro de un procedimiento de licitación abierto y con publicidad y de cara a valorar la solvencia de los licitadores que hayan concurrido, pero obviando que igualmente tal comparativa es necesaria para decidir si sólo hay una entidad en el mercado con capacidad técnica para ser contratista, ya que de haber varios no procedería el negociado sin publicidad sobre la base de la posibilidad del apartado b) del artículo 210. A tal efecto, basta remitirnos al informe de 26 de julio de 2001 emitido por el director de Seguimiento Informativo del Portavoz del Gobierno. Se trata de un informe de un órgano técnico que la recurrente

reputa de falta de credibilidad, ya que a su juicio no se apoya en informes analíticos serios, ni internos ni externos, pero sin que haya aportado de su parte “informes analíticos serios” que permitan concluir que los datos recogidos en el mismo sean inexactos. Dicho informe recoge la comparativa de las principales agencias informativas que operan en España y que por sólo citar lo que atañe a la adjudicataria y a la recurrente, su más próxima “competidora”, se ha de reseñar que la agencia Efe disponía de 26 delegaciones nacionales y 44 internacionales, con 114 corresponsales en el exterior, mientras que Europa Press tenía 14 delegaciones nacionales, 2 internacionales sin sede física, con una oficina regional en Miami y 11 corresponsales internacionales. Por ello, es más que evidente que en el mercado en 2001 no había más que una entidad constituida (no se pueden valorar futuribles hipótesis empresariales ni siquiera concretadas) con solvencia técnica bastante para el cumplimiento mínimamente satisfactorio de la cobertura informativa, a nivel nacional e internacional, con las exigencias pretendidas por el Gobierno de España de actualidad, rapidez, continuidad, exhaustividad, máxima cobertura geográfica, difusión de la presencia política y cultural de nuestro país, en especial la idiomática, con destacada implantación en internet y otros multimedia, y con un importante banco de datos (exigencias que más detalladamente se concretan en la memoria justificativa y en el PPT). No se pueden obviar tampoco los informes de la Dirección General de la OID (folios 36 a 58 del expediente administrativo) y el Informe del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Ciencia y Tecnología (folio 59 del expediente), que redundan en la solvencia técnica de la adjudicataria y su condición de única capacitada en el mercado para prestar el servicio a contratar».

En atención a lo expuesto, ha quedado evidenciada la admisión de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario; ahora bien, la citada peculiaridad no es motivo para eludir la redacción del correspondiente pliego, como puntualiza la JCCA del Estado en su Informe 56/2006, de 11 de diciembre: “de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, el pliego de cláusulas administrativas particulares es exigible en toda clase de contratos y procedimientos de adjudicación, sin que las excepciones previstas en la propia ley (contratos menores, emergencia y contratos en el extranjero) puedan extenderse con carácter general al procedimiento negociado sin publicidad”.

En conclusión, debe rechazarse la ausencia de pliego de cláusulas administrativas particulares porque el artículo 166 de la LCSP –relativo al procedimiento negociado– requiere de modo expreso el mismo: “*En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas*”, así como basándose en el artículo 317 del mismo texto legal, en la medida en que remite, en relación con la preparación y adjudicación de los contratos SARA que concierten los PANAP, a la normativa aplicable a esta última contenida en la el libro II, título I, capítulo I, secciones 1.ª y 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*

Regap



ESTUDIOS

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.

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

55 Regap

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La 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, aínda que introduce 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: el derecho europeo y la transformación de la tradicional prerrogativa del *ius variandi*. 2 La modificación de los contratos públicos en las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE. 2.1 Régimen sustantivo. 2.2 Mecanismos de control de las modificaciones contractuales y derecho de la Unión Europea. 3 La regulación de los modificados contractuales en la LCSP. 3.1 Consideraciones generales. Ámbito de aplicación de las normas sobre modificados contractuales. 3.2 La modificación de los contratos administrativos. 3.2.1 Modificaciones previstas en el pliego de condiciones. 3.2.2 Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 3.2.3 Procedimiento de modificación. 3.3 Especialidades en la modificación de los contratos de los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de administraciones públicas. 3.4 Mecanismos de control.

1 Premisa: el derecho europeo y la transformación de la tradicional prerrogativa del *ius variandi*

Las implicaciones que la proyección del principio de libre concurrencia ha tenido en la regulación de la ejecución de los contratos administrativos son tan reseñables, que la erosión que ha producido en las tradicionales prerrogativas ha llegado a transformar el propio concepto de contrato administrativo. Aunque la existencia de poderes exorbitantes ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administrativos¹, el nuevo derecho de la contratación pública europeizado ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales². De este modo, la tradicional prerrogativa de ejercicio del *ius variandi* ha sufrido tal transformación que resulta difícilmente reconocible.

Sea como fuere, aunque en nuestra doctrina no se ha ignorado que la necesidad de cumplir lo pactado es una exigencia del principio de libre concurrencia³, lo cierto es que este principio se sacrificó en nuestra legislación y en la práctica en aras de la pretendida eficacia en el servicio al interés público⁴, con las distorsiones, ineficiencias y corrupción que ello ha generado.

No obstante, la progresiva asimilación del derecho de la Unión Europea ha supuesto un innegable elemento de reconducción de estas tendencias hacia una materialización más efectiva de los principios de igualdad y transparencia en el ámbito de la ejecución del contrato público. Sabido es que las normas europeas sobre contratación pública tradicionalmente se han limitado a la fase de formación del contrato. No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea⁵ tuvo ocasión de demostrar que la fase de ejecución del contrato público también puede producir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, en la medida en que puede resultar idónea para favorecer a un competidor frente al resto, contraviniendo así los principios de igualdad de trato y transparencia sobre los que descansa el sistema de contratación pública europeo. De nada sirve el respeto escrupuloso de estos principios en la fase de selección del adjudicatario si, una vez elegido este, puede alterarse el contenido de lo licitado en su beneficio⁶. En sentencias ya clásicas como la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99⁷, o la STJUE de 19 de

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

2 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, pp. 63 y ss.

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

4 No obstante, la interpretación que reseñamos en el texto se basa en una desenfocada lectura del 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., y Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, p. 154; MEILAN 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 con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas 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, y 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., 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, p. 280.

7 Para un análisis exhaustivo de esta sentencia, 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.

junio de 2008, *Presstext*, C-454/06⁸, se concluyó que toda modificación sustancial de un contrato público implica la necesidad de iniciar un procedimiento de adjudicación⁹, con la única excepción de que la modificación estuviera prevista en la documentación contractual a través de cláusulas precisas e inequívocas.

Mientras todo ello sucedía en el plano del derecho de la UE, los primeros intentos del legislador español por establecer una regulación de la modificación de los contratos públicos acorde con la jurisprudencia europea resultaron infructuosos. Aunque la versión original del artículo 202 de la Ley de 30 de octubre 30/2007, por la que se aprobó la Ley de contratos del sector público (en adelante LCSP), pretendía someter el ejercicio del *ius variandi* a límites mucho más estrictos que los establecidos en el precedente artículo 101 TRLCAP, lo cierto es que la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción tras constatar la existencia de un problema generalizado en España en lo referente a la modificación de los contratos. La Comisión consideró que la LCSP confería a las entidades adjudicadoras poderes muy amplios, casi ilimitados, para modificar cláusulas esenciales de los contratos públicos tras su adjudicación, en condiciones que no se atenían a los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia fijados por las normas sobre contratación pública de la UE. Asimismo, la falta de aplicabilidad de la disciplina de los modificados a los poderes adjudicadores que no tuvieran carácter de Administración pública (ex artículo 20 LCSP) planteaba obvios problemas de compatibilidad con el derecho de la Unión Europea.

Todo ello motivó la modificación de la LCSP mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, a través de la cual se introdujo un nuevo título V en el libro I, relativo a la modificación de los contratos. Estos preceptos, además, eran aplicables a todos los contratos del sector público. En un apretado resumen, sólo se admite la modificación del contrato en los casos en los que así esté previsto en el pliego de condiciones o en el contrato («modificación convencional») y en determinados supuestos tasados *ex lege* («modificación legal»). Por tanto, se restringe en gran medida el ejercicio del *ius variandi*, y no sólo en el ámbito de las administraciones públicas, sino también en el resto del sector público. Tanto, que probablemente fue muy acertada la valoración de parte de nuestra doctrina que resaltó que la regulación resultaba excesivamente restrictiva¹⁰. En cualquier caso, estos preceptos, sin cambios sustanciales, pasaron a integrar los artículos 105 y siguientes del hoy derogado Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP).

8 En relación con esta sentencia, *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.

9 Tuvimos ocasión de realizar un detallado estudio 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; y 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, y 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.

Pues bien, en este contexto, el artículo 72 da la Directiva 2014/24/UE, de 26 de septiembre de 2014, sobre contratación pública, y el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de septiembre, sobre concesiones, regulan por primera vez los modificados contractuales de una manera que pretende ser exhaustiva. No obstante, dado que la calidad técnica de estos preceptos es mejorable, la trasposición de las directivas en este punto plantea un auténtico reto a los legisladores nacionales.

En las siguientes páginas se esbozará una primera valoración de la regulación de los modificados contractuales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP 2017).

2 La modificación de los contratos públicos en las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE

2.1 Régimen sustantivo

La sentencia STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99, esbozó ya los dos únicos supuestos en los que estaba permitida la modificación de un contrato público:

«a falta de disposición expresa a tal efecto en el anuncio de licitación, se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia».

A partir de dicha sentencia, surge la distinción entre modificaciones previstas en la documentación contractual y modificaciones no previstas. En este último caso, las modificaciones no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación. Como se ha señalado¹¹, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre modificaciones contractuales era ostensiblemente rígida. Y es que, a la hora de afrontar los distintos supuestos, el Tribunal de Luxemburgo ha analizado de manera preponderante los efectos del modificado, desdeñando las causas que pueden conducir a él. Como en otras ocasiones, se utiliza un enfoque funcional, perspectiva que en esta ocasión está dirigida a determinar caso a caso cuál es la incidencia de modificado en el juego de la competencia previamente establecida. Se trata de evitar que el adjudicatario goce de una ventaja competitiva sobre el resto de licitadores, lo que violaría el principio de igualdad de trato y menoscabaría la transparencia del procedimiento. Por ello se proscriben totalmente las modificaciones que puedan alterar las condiciones esenciales del contrato¹².

En el caso de que acaeciese una circunstancia imprevisible –entendida de forma objetiva y restrictiva–, podrían añadirse prestaciones al contrato original a través de la utilización del

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

12 Conviene en este punto recordar que limitaciones al *ius variandi* proceden del derecho originario y son aplicables a todos los contratos y no sólo a los que son objeto de regulación por las directivas sobre contratación pública. Así, la STJUE de 13 de abril de 2010, Wall AG, C91/08, tuvo ocasión de afirmar que las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial.

procedimiento negociado sin publicidad¹³. Y, más allá de este mecanismo, no se entendía legítima la invocación de la imprevisibilidad como título suficiente para la modificación del contrato público. Aun así, en mi opinión, es preciso destacar que el Tribunal Europeo no había tenido oportunidad de afrontar de forma directa un supuesto en el que la alteración de las condiciones esenciales de la licitación fuese consecuencia inmediata de un hecho objetivamente imprevisible. En el litigio al que pone fin la sentencia *Succhi di Frutta*, la Comisión justificó su controvertida decisión de modificar el contrato en la indisponibilidad de manzanas que constituían el pago en especie del contrato en cuestión¹⁴. Y, aunque la sentencia en instancia niega que en el momento de adopción de la decisión se diera la circunstancia imprevisible alegada¹⁵, el TJUE considera irrelevante este hecho, llevando hasta sus últimos extremos la doctrina sobre la imposibilidad de modificar los elementos esenciales de un contrato público¹⁶. Puede dudarse si este razonamiento hubiera admitido más matices, de ser cierta la indisponibilidad de las célebres manzanas¹⁷.

No sorprende por ello que la propia Comisión Europea advirtiera que la rígida aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre la modificación de los contratos podría presentar disfunciones cuando se trata de contratos complejos y de larga duración¹⁸. Y que en el Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE» de 2011¹⁹, la Comisión reconociera que los cambios posteriores a la licitación que tienen una repercusión en el

-
- 13 Vid. artículo 31.2.b) y 31.4.a) Directiva 2014/18/UE, que permitían utilizar este procedimiento para la adjudicación de obras, suministros y servicios complementarios e inseparables del contrato inicial. Son conocidas las dificultades que existen en el derecho español para deslindar los conceptos de «contrato modificado» y «contrato complementario». En la jurisprudencia, esta distinción se ha analizado más desde la óptica de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que de la necesidad de articular un procedimiento de licitación [entre otras, STS 7 de julio de 1998 (rec. 6878/1992)]. Por su parte, el Consejo de Estado ha reconocido que la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras «no aparece clara en todos los casos» (entre otros, DCE 1126/2007, de 21 de junio), aunque ha tratado de ensayar criterios distintivos. Pero, en todo caso, como destacó HORGUÉ BAENA (*La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*, Marcial Pons, Valencia, 1997, pp. 205 a 211), en realidad el concepto de prestación complementaria prevista en el derecho europeo abarcaba determinados supuestos que en el derecho español se consideraban modificaciones contractuales. La jurisprudencia europea posterior ha confirmado la certeza de esta apreciación. Las ampliaciones del objeto contractual tienen carácter de prestación complementaria (STJUE de 29 de abril de 2010). También las alteraciones en el proyecto de las obras para introducir servicios, suministros y obras no previstos inicialmente (STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235/11)
- 14 Como es sabido, la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99, que tuvo su origen en un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de terceros Estados. Según las condiciones iniciales de la contratación, el pago se haría en manzanas o naranjas dependiendo del lote del que se tratase. No obstante, una vez adjudicados los contratos, la Comisión permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos retirados del mercado. Para un análisis exhaustivo, 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 de 14 de octubre de 1999, T-1991/96 (apartados 80 y 81): «Además, los datos proporcionados por la Comisión en el procedimiento (...) no prueban que, en el momento de la adopción de la Decisión controvertida, existiera una indisponibilidad de manzanas en los almacenes de intervención que pudiera impedir la ejecución de las operaciones a que se refería el anuncio de licitación. Aun suponiendo que en la Comunidad existiera tal indisponibilidad de manzanas que pudieran ser retiradas, correspondía a la Comisión fijar en el anuncio de licitación las condiciones precisas de una sustitución de las frutas previstas para el pago de los suministros de que se trata por otras, para respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato. De no ser así, la Comisión estaba obligada a iniciar otro procedimiento de licitación».
- 16 Vid. apartados 130 y 131.
- 17 Sobre el acaecimiento o no de esta circunstancia imprevisible, resulta sumamente expresivo el apartado 55 de las conclusiones del abogado general Albert: «la decisión de permitir la sustitución de manzanas por melocotones fue adoptada inmediatamente después de la adjudicación y en un momento en que no existía una escasez apreciable de manzanas. Por consiguiente, la verdadera decisión de ofrecer la posibilidad de sustitución, que constituye la base y el contenido de la Decisión objeto de recurso, no se adoptó primordialmente en razón de circunstancias imprevisibles acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato».
- 18 Libro verde sobre «La colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de concesiones», 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 (apartados 4 y 50).
- 19 Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», Bruselas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final.

propio contrato o en su ejecución constituían «una cuestión particularmente compleja». Así, en la propuesta de directivas sobre contratación pública y concesiones²⁰ la Comisión trató de introducir cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a circunstancias externas imprevisibles sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación.

Sea como fuere, el procedimiento de elaboración de las directivas sobre contratación pública y concesiones ha tenido como resultado que la redacción de los preceptos relativos a los modificados contractuales sea ciertamente tortuosa. Aun así, la principal diferencia, a mi juicio, respecto al derecho pretoriano precedente no es que se haya producido un cambio de enfoque, sino que la regulación es más completa y exhaustiva porque aborda un supuesto de hecho que no había sido tomado en consideración por el Tribunal de Justicia: el riesgo imprevisible. Y no parece en absoluto criticable la opción del legislador de la Unión Europea de afrontar la regulación de las modificaciones contractuales ante el cambio de circunstancias que rodearon la licitación. La tendencia a modular los efectos del contrato cuando acaece un elemento imprevisible no es una característica exclusiva de la contratación administrativa. En el ámbito del derecho privado se ha reconocido que la obligatoriedad del contrato no debe extenderse más allá de lo expresamente pactado y al riesgo que debió ser asumido por las partes²¹. Y, aunque la respuesta que dan los distintos ordenamientos ante este tipo de supuestos es divergente, entre las dos alternativas disponibles –modificación del contrato o resolución–, el derecho europeo de la contratación pública opta por imponer límites a los derechos nacionales cuando se prevea la utilización de la primera.

Pues bien, y volviendo al régimen establecido en las nuevas directivas, una modificación sustancial de un contrato durante su vigencia requiere una nueva adjudicación. Así se desprendía de la jurisprudencia del TJUE, y este principio general ha sido puntualmente codificado en las nuevas directivas. La regla es inequívoca:

«será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2»²².

En todo caso, no puede negarse que la criticable ordenación sistemática de los artículos 72 de la Directiva sobre contratación pública y del artículo 43 de la Directiva sobre concesiones puede propiciar lecturas distorsionadas. No obstante, al margen del contundente tenor de los preceptos reseñados, la llamada a la jurisprudencia del TJUE que efectúan los considerandos de ambas directivas demuestra que esta doctrina no ha perdido ni un ápice de vigencia²³.

20 Vid. artículo 42 de la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión de 20 de diciembre de 2011 [COM (2011) 897 final] y artículo 72 de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011.

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

22 Artículo 72.5 de la Directiva 2014/24/UE. Vid. igualmente el artículo 43.5 de la Directiva 2014/23/UE.

23 Así, el considerando 107 de la Directiva sobre contratación pública, que encabeza el grupo de considerandos dedicados a las modificaciones contractuales, literalmente afirma que «es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, *teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*» (cursiva nuestra). En este sentido, se recuerda que «es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes [...]. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar las condiciones esenciales de dicho contrato». Idéntica dición en el considerando 75 de la Directiva sobre concesiones.

Toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación a efectos de lo dispuesto en esta directiva y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación regido por ella, salvo en los supuestos tasados y de interpretación restrictiva que las propias directivas establecen. Así, sólo será posible modificar un contrato sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación cuando:

- a) Las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas.
- b) Se trate de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables del contrato inicial que resulten «necesarias».
- c) Concurran circunstancias imprevisibles, objetivamente definidas.
- d) No se alcancen determinados umbrales *de minimis*.
- e) La modificación no tenga carácter sustancial. El carácter sustancial de una modificación se define en función de los criterios establecidos en la sentencia *Presstext*²⁴, que son objeto de codificación en la directiva.

Puede sorprender que de la lectura literal de las normas se desprenda que, en determinadas circunstancias, será posible introducir modificaciones sustanciales en el contrato. Pero ha de repararse en que la posibilidad de modificar las condiciones esenciales del contrato no es en ningún caso ilimitada, porque las modificaciones o bien no deben alterar la naturaleza global del contrato [supuesto a)], o bien no deben sobrepasar determinados límites cuantitativos [supuesto b)], o bien deben respetar ambas limitaciones simultáneamente [supuestos c) y d)]. De esta forma, el principal reto que planteará la aplicación práctica de las nuevas directivas sobre contratación pública es definir el concepto de «naturaleza global del contrato»²⁵. En este caso, independientemente de la causa que pudiera motivar la alteración del contenido obligacional, la prohibición de modificar el contrato es absoluta²⁶. Por tanto, debe subrayarse que la directiva introduce un nuevo concepto, el de la “naturaleza global”, que no había sido utilizado hasta entonces por la jurisprudencia²⁷. Así, como subraya Horgué Baena²⁸,

24 Según esta sentencia, «La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada». Además, «La modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos». Finalmente, «una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

25 En la versión en castellano de la directiva de concesiones, el límite es el «carácter global de la concesión». Sin embargo, de esta diferencia de dicción, a nuestro juicio, no deben derivarse consecuencias jurídicas, ya que el tenor de la versión inglesa de ambas directivas es idéntico: «*overall nature of the contract*» y «*overall nature of the concession*».

26 Las directivas no formulan expresamente este límite en el caso de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables de la prestación. Sin embargo, esta barrera infranqueable común está implícita en la propia naturaleza de la modificación y en el límite cuantitativo previsto.

27 Discrepamos en este 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 quien la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato.

28 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, p. 2277.

puede deducirse que la DCP asume que existe un espacio en el que, aun siendo sustancial la modificación, no alcanza a alterar la naturaleza global del contrato.

En definitiva, en determinadas circunstancias se permite que sin mediar procedimiento de adjudicación se introduzcan modificaciones esenciales del contrato, siempre que no alteren su «naturaleza global». En consecuencia, es posible sistematizar los distintos tipos de modificaciones y sus efectos atendiendo a la siguiente clasificación:

a) «modificaciones que no tienen carácter de sustanciales», modificaciones a las que las directivas no imponen límites expresos;

b) modificaciones que afectan a condiciones sustanciales de la licitación –sin afectar a la naturaleza global del contrato–, que son admisibles siempre que: a') estén previstas en la documentación contractual; b') obedezcan a circunstancias imprevisibles; c') sean necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, o d') no alcancen determinada cuantía;

c) modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato, cuya incorporación al contrato requiere en todo caso el inicio de un nuevo procedimiento de licitación.

Las dudas interpretativas surgirán, porque los parámetros para deslindar qué condiciones esenciales alteran la naturaleza global del contrato no son, ni mucho menos, evidentes. Porque el concepto tanto de «condiciones esenciales del contrato» como de «naturaleza global» tienen como referente un elemento común: su eventual «influencia en el resultado del procedimiento»²⁹. En todo caso, se altera la naturaleza global de la contratación, «por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el «tipo de contratación» o «el tipo de la concesión»³⁰.

En mi opinión, es preciso tener en cuenta que el criterio de la «naturaleza global» no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato concluido, sino a las características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente³¹. En otros términos, se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en los elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación, desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. Y ello sucederá ya sea mediante la alteración del objeto del contrato, ya sea cuando se rebasen determinados límites cuantitativos y, ya sea, aunque expresamente no se refleje en las directivas, si se altera el equilibrio del contrato a favor del contratista, pues este equilibrio es un parámetro decisivo del desenvolvimiento del procedimiento de licitación.

29 En relación con el concepto de «modificación no sustancial», *vid.* artículo 72.5.a) de la Directiva 2014/24/UE y considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 41.5.a) y considerando 75 de la Directiva 2014/23/UE. En relación con la caracterización de la «naturaleza global del contrato», *vid.* considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

30 Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE. Ello sucedería, como ejemplifica la propia Comisión, si el poder adjudicador decide adquirir en propiedad la flota de vehículos en lugar de realizar la operación de arrendamiento financiero (*leasing*) inicialmente licitada o si se renuncia a la naturaleza orgánica de los alimentos que fueron objeto de un contrato de suministro (*Vid.* el documento del Consejo 11266/12, de 14 de junio de 2012, que incluye en un anexo un documento elaborado por la Comisión).

31 La primera acepción de «naturaleza» del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es «esencia y propiedad característica de cada ser».

Aun así, no puede negarse el carácter algo escurridizo del concepto de “naturaleza global”, ya que su determinación habrá de realizarse necesariamente caso a caso³².

Sea lo que fuere, sólo es posible introducir modificaciones de los elementos esenciales del contrato cuando concurra alguna de las causas cualificadas que de forma tasada contempla el precepto. De esta manera, el legislador europeo, ante determinadas circunstancias sacrifica el principio de concurrencia en aras de la consecución de otros intereses públicos. Por ello, la interpretación de los supuestos en los que se permite este tipo de modificaciones ha de ser necesariamente restrictiva, y las modificaciones introducidas han de guiarse por el principio de proporcionalidad³³.

En este sentido, se ha advertido³⁴ que la valoración de si una modificación es esencial o no debe necesariamente depender del objeto del contrato, de su contenido, del alcance de la modificación propuesta y de si esta se requiere por circunstancias externas. Sin embargo, en mi opinión, las nuevas directivas permiten situar la discusión en un marco conceptual diverso. Para concluir si un modificado afecta a las condiciones esenciales de la licitación, habrá de prescindirse de las causas que lo motivan. Una vez que se afirme que el modificado afecta a las condiciones esenciales de licitación, aún existirá margen para considerarlo adecuado al derecho de la Unión Europea si obedece a causas tasadas y cualificadas y no vulnera el límite infranqueable de la naturaleza global del contrato. Por ejemplo, la disminución del canon pactado supondrá en principio la alteración de una condición esencial. Sin embargo, si con ello se pretende preservar la continuidad del contrato ante el acaecimiento de una circunstancia objetivamente imprevisible, y no se altera la naturaleza global del contrato, la modificación puede resultar admisible³⁵.

A modo de recapitulación, por tanto, las directivas examinadas parten de la jurisprudencia anterior, en el sentido de diferenciar los modificados previstos en la documentación contractual –admisibles, si cumplen determinada prescripción– y de los modificados no previstos, en principio inadmisibles si alteran las condiciones esenciales del contrato. Pero, a partir de ahí, las directivas sobre contratación pública pretenden hallar un delicado equilibrio entre las causas y los efectos de los modificados, de forma que la presencia de causas cualificadas

32 Para HORGUÉ BAENA, C., “Modificación de los contratos”, cit., p. 2277, el concepto de naturaleza global alude a un cambio que implica una subversión del propio tipo de contrato de su objeto, al punto de hacerlo radicalmente distinto, o pueda entenderse que comporta su sustitución.

33 Según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho europeo y exige que las medidas de que se trate no rebasen los límites de lo que resulta apropiado para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar por varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Sobre las implicaciones de este principio en el ámbito de la 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 ejemplo el supuesto que resuelve la STS de 30 de junio de 2014 (Sala de lo Civil, rec. n. 2250/2012), que otorga la rebaja del canon solicitada por la demandante en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En el supuesto, se trataba de un contrato de explotación de publicidad incluida en el transporte urbano y se acredita que la inversión en publicidad en el sector del transporte sufre un descenso en el año 2009 de un 67,62 %.

Frente a ello, IJCCA de Aragón 4/2012, de 1 de febrero, sobre la posibilidad de modificar la forma de pago del contrato, considera improcedente la modificación. Así, habiéndose pactado una parte del pago en especie, se pretende que esta pase a ser abonada en efectivo. Como concluye la Junta Consultiva, las propias circunstancias del contrato pactado revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo en la licitación, ya que cualquier empresario interesado en ella debió valorar que la financiación de una gran parte de la obra la asumía directamente, quedando a expensas de la transmisión del inmueble municipal por parte del Ayuntamiento y a su posterior venta o puesta en valor para resarcirse de la inversión. De esta forma, a mi juicio, la modificación pretendida no sólo afectaba a un elemento esencial del contrato, sino también a su naturaleza global.

permite transformar con más intensidad el contrato inicial, modulando aspectos cuya alteración estaría vedada cuando es una razón «ordinaria» de interés público la que el cambio reclama. La dificultad aplicativa radica en que el punto de equilibrio no puede establecerse en abstracto, sino que deberá hallarse en cada caso, tras una cuidadosa labor de ponderación de los elementos concurrentes.

2.2 Mecanismos de control de las modificaciones contractuales y derecho de la Unión Europea

La aplicación de las reglas sobre modificación de los contratos puede en demasiadas ocasiones prestarse a abusos, tal como la práctica, de forma tozuda, se ha encargado de demostrar. Por ello, es inaplazable instaurar los correspondientes mecanismos de control y transparencia³⁶.

Desde esta perspectiva, puede sorprender la timidez con la que las nuevas directivas incorporan la obligación de publicar la modificación de los contratos, limitada a los supuestos de inclusión de prestaciones adicionales y de circunstancias imprevisibles. Probablemente han pesado ciertas inercias, pues estos dos casos de modificación contractual tienen como precedentes normativos determinados supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En consecuencia, la publicación de la adjudicación de la prestación «complementaria» derivaba automáticamente del artículo 35.2 de la Directiva 2014/18/CE. El legislador europeo no ha querido que la reconducción de estas hipótesis al seno de las modificaciones contractuales suponga un retroceso en las garantías de transparencia y publicidad, sin que probablemente haya reflexionado sobre la necesidad de extender estas garantías al resto de supuestos de modificación del contrato.

Desde el punto de vista de las garantías, la decisión de modificar el contrato debe además incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratación³⁷. Y es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de reiterar que la Directiva 89/665/CEE (en adelante «Directiva recursos») se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos, sin que se establezca ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315/01, GAT). La STJUE de 8 de mayo de 2014, C-161/13, referente a una modificación contractual –previa, hemos de reconocer, no obstante, a la formalización del contrato– no

36 Vid. RACCA, G. M., y CAVALLO PERIN, R., "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption", cit., pp. 208 y ss. Entre otros, vid. también 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. En el mismo sentido, entre otros, 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 y ss.; BERNAL BLAY, M. A., "Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", cit.

ha hecho sino confirmar esta interpretación³⁸, interpretación que ha sido asumida por los tribunales de recursos contractuales³⁹.

Así, la efectividad de las normas que limitan las modificaciones contractuales sólo se consigue si se ofrece en libre concurrencia el nuevo contrato que es el resultado de una modificación ilegal. Este es el objetivo que persiguen las normas europeas sobre contratación pública, que resulta incluso más evidente a la vista de los nuevos artículos 73 de la Directiva sobre contratación pública y 44 de la Directiva sobre concesiones. Estos preceptos obligan a los Estados a hacer cesar los efectos («rescindir») de los contratos que hubieran sido objeto de una modificación sustancial que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.

3 La regulación de los modificados contractuales en la LCSP

3.1 Consideraciones generales. Ámbito de aplicación de las normas sobre modificados contractuales

Como se habrá advertido, la regulación de las nuevas directivas sobre contratación pública de los modificados contractuales suponía una regulación mucho más posibilista que la establecida en nuestro derecho tras la aprobación de la Ley de economía sostenible. Por ello, no debe sorprender que uno de los elementos más debatidos durante el largo proceso de gestación de la Ley 9/2017 es si la incorporación del derecho europeo debía hacerse en sus términos más estrictos, o si, por el contrario, resultaba conveniente introducir algún tipo de regulación adicional.

Sin entrar en un análisis detallado de los distintos trabajos preparatorios, resulta expresivo que en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público que se publicó en abril de 2015 se afirmase que, “respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, *más restrictivo* que el que establecen las nuevas directivas comunitarias”. Frente a ello, en el proyecto de ley⁴⁰ se refiere a que “hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, *en línea con lo* establecido en las directivas comunitarias que por primera vez regulan esta materia”. Esta frase es la que quedará finalmente en el preámbulo de la ley, aunque durante la tramitación parlamentaria de la norma la *línea* europea se matizara más de una vez en aspectos fundamentales.

Así, la principal limitación del proyecto de Ley de contratos del sector público en este punto se refiere a la no extensión de estas normas a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores no Administración pública que no tuvieran carácter armonizado, aspecto este que

38 Literalmente afirma que: «debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación».

39 TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, documento de estudio presentado y aprobado en la reunión de Madrid el 1 de marzo de 2016, p. 16.

40 Proyecto de Ley de contratos del sector público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, BOCG, XII Legislatura, serie A, 2 de diciembre.

produjo gran perplejidad no ya porque este contenido no estaba presente en el anteproyecto, sino porque suponía una rebaja de las garantías frente a la regulación hoy vigente en el TRLCSP. Como explica con precisión Gimeno Feliú, la decisión del proyecto de Ley de contratos del sector público de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública supone un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción y «agrava» la disfunción de las instrucciones internas⁴¹. De hecho, a mi juicio, resultaba tan evidente que la regulación proyectada podía constituir un estímulo para la utilización abusiva de personificaciones instrumentales, que sólo es de esperar que se corrija durante la tramitación parlamentaria.

De esta forma, el ámbito subjetivo de aplicación de la disciplina sobre los modificados, cuyo régimen general se encuentra en los artículos 203 a 207 LCSP 2017, como analizaremos a continuación, es la siguiente:

a) *Contratos celebrados por administraciones públicas*. Las reglas sobre modificación contractual se aplican a los contratos administrativos, con la salvedad de que a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas (artículo 25.2 LCSP 2017).

Por el contrario, en lo que respecta a su modificación, los contratos privados que formalicen las administraciones públicas se regirán por el derecho privado (artículo 26.2 LCSP 2017).

b) *Contratos celebrados por poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de administraciones públicas*. Se les aplican las reglas relativas a los supuestos de modificación de los contratos establecidas en la LCSP 2017 (artículos 26.3 y 319 LCSP 2017⁴²).

c) *Resto del sector público*. La modificación de estos contratos será regulada por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación (artículos 26.4 y 323.1 LCSP 2017).

Pues bien, los artículos 203 a 207 LCSP 2017 regulan la «modificación de los contratos». Encabeza la subsección correspondiente el artículo 203 LCSP 2017, rubricado *potestad de modificación del contrato*. Este precepto establece como regla general que los contratos sólo podrán modificarse cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

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 Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de contratos del sector público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 2 de diciembre de 2016), realizada por el Observatorio de Contratos Públicos, donde se formulan pautas y redacción de articulado que puede servir para «reconducir» las debilidades del texto (www.obcp.es). También el documento Propuestas para la mejora del Proyecto de Ley de contratos del sector público formuladas por Transparencia Internacional España a través de su Comisión de Transparencia y Prevención de la Corrupción en Licitaciones y Contratos Públicos. http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/ti-e_propuestas_mejora_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf.

42 Aunque la remisión efectuada por el artículo 26.3 tiene carácter muy general, dispone el artículo 319 que los efectos y la extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administración pública se regirán por el derecho privado. No obstante, les será aplicable lo previsto en los artículos 203 a 205 sobre supuestos de modificación de contratos. A mi juicio, esta remisión en bloque a los dos preceptos citados impide distinguir, dentro del régimen allí establecido entre reglas aplicables sólo a administraciones públicas y reglas aplicables a todos los poderes adjudicadores, en función de la terminología establecida en estos preceptos (que en ocasiones utilizan el término “contratos administrativos” o “contratos de las administraciones públicas” y en otras sólo “órganos de contratación”). Además de en cierto punto artificiosa, la mencionada distinción podría comprometer la adecuada transposición del derecho europeo, lo que no parece que sea en modo alguno la voluntad del legislador. Por tanto, discrepamos en este 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.

- A. Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- B. Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

De esta forma, el artículo 204 LCSP 2017 regula de forma detallada los que hemos conocido tradicionalmente en nuestro derecho como «modificados convencionales», mientras que en el artículo 205 se contiene la disciplina de los «modificados legales».

En todo caso, merece una crítica especialmente favorable el hecho de que en la nueva ley se despeje cualquier tipo de dudas tanto en relación con el carácter excepcional de los modificados no previstos como con la necesidad de que cualquier modificación se justifique en motivos de interés público, garantías estas que no se han reconocido de modo expreso en el texto de las directivas.

Por lo demás, y por su incidencia práctica, interesa destacar que, en relación con el contrato de obras, el artículo 242 LCSP 2017 dispone que no tendrán la consideración de modificaciones: i. El exceso de mediciones, entendiéndose por tal la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial; ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo. En relación con la regulación del exceso de mediciones, interesa destacar que la nueva ley aclara que las minoraciones permiten compensar los incrementos⁴³. El segundo supuesto, la inclusión de precios nuevos, resulta novedoso.

De esta forma, si resulta imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no resulta posible modificar el contrato según lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP 2017, concurrirá una causa legal de resolución del contrato [artículo 211.1 g) LCSP 2017]. Con un carácter ciertamente ponderado, el contratista tendrá derecho en estos casos a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

Finalmente, en relación con la norma aplicable *ratione temporis*, la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017 determina literalmente que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. En definitiva, en principio, a la modificación de los contratos se aplica la norma vigente en el momento de su adjudicación. Ahora bien, aun siendo ello así, la aplicación de cláusulas de modificación incorporadas de acuerdo con la legislación precedente no es ilimitada, pues, como afirma el ATCP de Aragón de 21 de noviembre de 2017, “todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes [...]”.

43 Así lo había declarado, por ejemplo, el Informe J.C.C.A. de Aragón 9/2011, de 6 de abril.

Esto significa que las nuevas necesidades, o un cambio del sistema de retribución o de alteración importante del precio en principio, deben ser, necesariamente, objeto de licitación independiente, dado que afectarán al contenido esencial del contrato”⁴⁴.

3.2 La modificación de los contratos administrativos

3.2.1 Modificaciones previstas en el pliego de condiciones

Tal como establece el primer apartado del artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, no será preciso iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Añade el precepto que dichas cláusulas de revisión determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato.

Pues bien, la trasposición de esta norma se realiza a través de la regulación del régimen de las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, reglas que se contienen en el artículo 204 LCSP 2017. Respecto al texto de la directiva, destaca que el texto propuesto no sólo exige que la cláusula de modificación esté formulada de forma clara, precisa e inequívoca, sino que se refuerza el carácter fuertemente restrictivo de la inclusión de «cláusulas de revisión», de forma que, en sentido técnico, sólo son admisibles aquellas cláusulas específicas, previsibles y objetivamente justificadas. En este sentido, la norma dispone que “[...] la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”.

Además, la formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

44 Por ello, se concluye que la modificación del contrato de instalación, gestión y mantenimiento de un sistema de transporte individualizado mediante bicicletas en régimen de alquiler objeto de impugnación “infringe de forma manifiesta los límites de la posibilidad de la modificación del contrato y, por ello, encubre una nueva adjudicación directa que debe ser declarada ilegal por cuanto se ha incumplido con los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a la contratación pública, otorgando una posición de ventaja competitiva a la empresa actualmente prestataria de forma indebida”.

Por lo demás, *vid.* igualmente la STJUE de 14 de octubre de 2004, Comisión/Francia, C-340/02, de la que se desprende que la mera previsión de que el contrato podrá ser ampliado a una prestación adicional no permite adjudicar directamente el segundo contrato al adjudicatario del contrato original. En el supuesto, el objeto del contrato era el estudio de viabilidad de una cadena de tratamiento de agua, lo que constituía la primera fase de un proyecto que culminaba con el diseño y ejecución de la obra y que se articulaba en tres etapas. En el anuncio de licitación se establecía que el ganador del concurso podría ser invitado a colaborar en la asistencia al titular de la obra durante la segunda fase. Posteriormente, se adjudicó al ganador del concurso contrato de asistencia en la elaboración de un proyecto técnico detallado y en la elaboración de la evaluación de impacto ambiental a la entidad titular de la obra, objeto de la segunda fase. El TJUE concluye que la posibilidad de adjudicar el contrato correspondiente a la segunda fase conforme a los criterios establecidos para otro contrato, el relativo a la primera fase, no equivale a su adjudicación conforme a uno de los procedimientos previstos en la directiva.

En todo caso, estos condicionantes ya estaban previstos en el artículo 106 TRLCSP, por lo que puede ser muy ilustrativa en esta doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales. La validez de una cláusula de modificación no depende exclusivamente de su contenido sustantivo, sino también de la forma en la que es introducida en la documentación contractual, ya que esta puede dotar a la cláusula de oscuridad. Así, no pueden incluirse auténticas modificaciones sin que se regulen como tales en la documentación contractual⁴⁵. Por lo demás, el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP⁴⁶, tal como por lo demás señala expresamente la norma. Desde el punto de vista sustantivo, son nulas las cláusulas que, por su indeterminación, impiden que los licitadores puedan conocer cuál es el objeto del contrato⁴⁷. No reúnen los suficientes elementos de claridad y precisión las cláusulas que permiten la modificación en función de la demanda existente⁴⁸ o en criterios de eficiencia y calidad⁴⁹. Tampoco, en el ámbito de contratos de servicio de mantenimiento, es suficiente la referencia a la eventual modernización de los equipos para ampliar el objeto del contrato⁵⁰.

Finalmente, como en el texto de la directiva, los modificados convencionales no podrán franquear el límite de la naturaleza global del contrato inicial, pero se introduce un límite cuantitativo que no estaba previsto en el artículo 106 TRLCSP. Así, los contratos podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del 20 % del precio inicial. Además, en el artículo 204.2 LCSP 2017 se ha introducido la precisión de que, en todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá, sin embargo, que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Este tipo de modificaciones se desligan del carácter sustancial o no de la modificación. Sin reconocer una discrecionalidad ilimitada a la hora de incorporar al contrato cláusulas de revisión u opciones, se otorga a la Administración un margen de apreciación en principio más amplio que el ámbito de las modificaciones no previstas. A mi parecer, esta opción no resulta criticable, ya que no se trata de modificaciones del contrato,

45 RTACRC de 24 de julio de 2015.

46 TAPC de Aragón de 9 de octubre de 2012.

47 En este punto, resulta paradigmático el ATAPC de Aragón de 9 de octubre de 2012, relativo al contrato de gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad.

48 RTACRC de 23 de enero de 2015.

49 RTACRC de 5 de marzo de 2013.

50 ROARC del País Vasco de 24 de octubre de 2014, RTACRC de abril de 2017. El ATAPC de Aragón de 14 de julio de 2016, en el contexto de un contrato de servicios de gestión y animación del proyecto de integración de espacios escolares en los centros públicos de educación especial, analiza una cláusula que permite ampliar los servicios contratados en los supuestos de creación de un nuevo centro escolar. El tribunal considera plenamente justificada la inclusión de la apertura de un nuevo centro escolar como supuesto de hecho de la modificación, ya que no parece que exista falta de diligencia en la motivación de que pueda existir necesidad de modificación del contrato por la necesidad de establecer un P.I.E.E. en un nuevo centro educativo, pues no existen indicios de indebida planificación sobre esta cuestión y resulta suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción, lo que habilitaría una modificación. Por su parte, la RTACPC de Madrid de 24 de enero de 2018 analiza una cláusula incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares relativas al Servicio de actuaciones no programadas y de actuación inmediata en materia de zonas verdes y arbolado municipales que prevé que se podrá proceder a modificar el contrato cuando el incremento de nuevo arbolado alcance al menos el 5 % sobre la cifra inicial que figura en el PPTP. Alcanzado este incremento de nuevo arbolado, el límite cuantitativo será de hasta un importe máximo del 5 % del presupuesto de licitación. El tribunal considera que “tanto los supuestos como el alcance y límites de las modificaciones están debidamente detalladas. No debe olvidarse que nos encontramos ante actuaciones no programadas y urgentes sobre zonas verdes y arbolados, por lo que exigir un cálculo del precio de la modificación teniendo en cuenta diferentes variables en función del tipo de árbol parece una fórmula excesivamente complicada, sin que por otra parte se hayan aportado por la recurrente los cálculos precisos que permitiesen comprobar el perjuicio que para los licitadores puede suponer la consideración del porcentaje establecido en el PCAP”.

sino de modificaciones derivadas del contrato, y si, como reclama la norma, las condiciones en que puede operar la alteración del contenido obligacional del contrato se han fijado con la suficiente claridad, precisión y transparencia, el riesgo de distorsión de la competencia no es significativo.

De estos dos aspectos, el más importante es el relativo a la interpretación que deba darse al límite cualitativo, que, como ya hemos señalado, supone una importante novedad en nuestro derecho⁵¹. La predeterminación del contenido de la cláusula de revisión no es el único límite que establecen las directivas sobre contratación pública. Por ello, aunque el artículo considera en principio admisibles estas modificaciones «con independencia de su valor», en mi opinión se sobrepasaría el límite relativo a la naturaleza global de la contratación si se prevén cambios que alteren cuantitativamente de forma considerable el contrato⁵². Ahora bien, al introducir estos límites, a mi juicio, el legislador ha sido excesivamente poco generoso y probablemente no se asegura la coherencia interna del sistema de modificación establecido⁵³. Precisamente por ello, BAÑO LEÓN interpreta que el límite del 20 % debe entenderse que es un límite por modificado, no un límite para todos los modificados considerados conjuntamente⁵⁴, aunque esta propuesta hermenéutica, a mi juicio, encuentra ciertos obstáculos.

Por último, el valor de las eventuales modificaciones previstas en la documentación contractual tendrá una influencia decisiva en la concreta configuración de la licitación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que a la hora de calcular el valor estimado del contrato habrá de incluirse «cualquier tipo de opción» (artículo 5.1 Directiva sobre contratación pública).

51 En la aplicación del artículo 107 TRLCSP se ha planteado la duda de si existe algún límite en la previsión de modificaciones «convencionales». El Informe de la JCCA 43/2008, de 28 de julio, mantuvo que, si están previstas en los documentos contractuales, estas cláusulas pueden afectar a condiciones esenciales de la 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 y 53) e Informe JCCA Aragón 3/2009, de 15 de abril.

En todo caso, resultaba criticable la 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, J.M., "El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", cit., p. 52. Y es que, como señaló BERNAL BLAY, M.A. ("Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", cit., p. 183), en el caso de la norma española hubiera sido deseable el señalamiento de un límite máximo de modificación, tal como prevé la Ley foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra.

En los tribunales administrativos de recursos contractuales, como tiene ocasión de recordar la RTCatCSP de 6 de febrero de 2015 y la ROARC del País Vasco de 20 de septiembre de 2016, el límite del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

52 Piénsese en un contrato de suministros de 10 unidades de un producto, en el que se incluye una opción que permite al poder adjudicador solicitar 50 unidades adicionales. En este sentido, ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2014, p. 291. Por su 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), advierte que, dada la inexistencia de límites cuantitativos, se otorga un margen de discrecionalidad considerable a la hora de introducir este tipo de cláusulas.

53 Como destaca HORGUÉ BAENA, C., "Modificación de los contratos", cit., p. 2992, no se alcanza a entender que el porcentaje del 20 % sea menor que el que se introduce para las modificaciones por causas imprevisibles o para la introducción de prestaciones adicionales, supuestos que permiten la modificación del contrato aun cuando nada se haya previsto en este sentido en los pliegos que presidieron la 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 el citado autor, respaldaría esta interpretación que el artículo 2052.a)2º restringe el límite cualitativo al 50 % aislada o conjuntamente. No obstante probablemente el tenor literal del artículo, la justificación de la enmienda 144 en el Congreso, de la que procede esta disposición, parece avalar la posición de que el 20 es total "si un contrato necesita una modificación superior al 20 % es que su definición ha sido defectuosa y se produciría un cambio sustancial en las condiciones y en su objeto que precisaría de una nueva licitación para su desarrollo" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie a, de 16 de marzo de 2017).

3.2.2 Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares

Tal como establece el artículo 205 LCSP 2017, son tres los supuestos en los que, con carácter excepcional, podrán introducirse modificaciones no previstas en el pliego de condiciones particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones sustanciales. En estos casos, además, ha de respetarse el principio de proporcionalidad, ya que la modificación debe limitarse a «introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria».

Por lo demás, el artículo 206 LCSP 2017 establece la obligatoriedad de este tipo de modificaciones que sean acordadas por el órgano de contratación, siempre que impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido. En relación con ello, el artículo 242 LCSP 2017, respecto al contrato de obra, establece que en caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

En los casos en los que se supere el 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, y el contratista no acceda a la modificación del contrato, se resolverá este (artículo 206.2 LCSP 2017).

i) Prestaciones adicionales

Según el artículo 205.2.a) LCSP 2017, eventualmente se podría justificar una modificación no prevista «Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes de los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas, y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».

Este precepto reproduce de manera bastante fiel el artículo 72.1.b) de la Directiva sobre contratación pública. Este supuesto de modificación contractual está concebido para facilitar las entregas adicionales que constituyan bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas.

En relación con el supuesto de hecho, es preciso tener en cuenta que el concepto de «razones técnicas o económicas» ha de ser objeto de interpretación estricta, siguiendo el enfoque restrictivo que ha empleado el TJUE a la hora de enjuiciar la posibilidad de emplear el

Regap



ESTUDIOS

procedimiento negociado en supuestos similares⁵⁵. En todo caso, la incompatibilidad técnica o económica ha de predicarse con carácter objetivo, ya que en ningún caso puede razonarse en la incapacidad del poder adjudicador de conocer el mercado⁵⁶.

Además, podrá modificarse el contrato para incorporar prestaciones adicionales cuando el cambio de contratista pueda generar «inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación». Puede sorprender la redacción del precepto, pues esta circunstancia tendría cierto carácter redundante respecto a la relativa a las «incompatibilidades o dificultades técnicas». Pero, en mi opinión, la principal virtud de la referencia a «inconvenientes significativos» o a un «aumento sustancial de costes» es aclarar que el incremento del precio ha de ser «sustancial», por lo que, si el coste de la adaptación de los nuevos equipos de otro proveedor no es manifiesto, no podrá modificarse el contrato⁵⁷.

Con buen criterio⁵⁸, la LCSP 2017 introduce límites cuantitativos más estrictos que los previstos en la directiva, ya que la modificación del contrato implica una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido⁵⁹.

En todo caso, a mi juicio, existe cierto grado de solapamiento entre este supuesto y el relativo a «circunstancias imprevistas»⁶⁰, porque, para poder modificar el contrato en virtud de este precepto, es preciso que la prestación adicional «deviniera necesari[a]». Y difícilmente podrá considerarse «nueva» una necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato⁶¹. Probablemente la introducción en las directivas del supuesto que venimos glosando con carácter autónomo obedece únicamente a la voluntad de preservar cierto continuismo con la regulación anterior⁶².

ii) Circunstancias imprevisibles

La LCSP 2017 prevé igualmente que pueda alterarse el contenido obligacional:

55 Por ejemplo, no podrían añadirse nuevas prestaciones aludiendo a la necesidad de preservar la homogeneidad en la flota de helicópteros de un determinado Estado (STJUE de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337/05), ni en el objetivo de garantizar la continuidad de unas obras relativas a proyectos complejos (STJUE de 14-9-2004, Comisión/Italia, As. C-385/02), ni, finalmente, en el de evitar las eventuales interferencias técnicas entre distintas obras en curso, cuando se pretende la ampliación del trazado inicial de una carretera (STJUE de 18-5-1995, Comisión/Italia, C-57/94).

56 Así, la utilización de este supuesto legal exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella incompatibilidad. *Mutatis mutandi*, RTARC de 12 de julio de 2012.

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

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

59 En la directiva, desde un punto de vista cuantitativo, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones, si bien, añade la directiva, dichas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de esta directiva.

60 Vid. *infra*.

61 En definitiva, este nuevo precepto no debe servir para dar cobertura a ciertos supuestos en los que se ha negado que exista una causa imprevisible que legitime la modificación del contrato. Vid., por ejemplo, IJCCA de Aragón 10/2012, de 11 de abril, relativo a la celebración por parte de una comarca de un contrato para la prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos, que se pretendía extender a nuevos municipios en la medida en que estos fueran finalizando sus contratos en vigor.

62 Es preciso recordar que, como solución puntual a los casos de necesidades imprevistas, el artículo 31.2.b) de la Directiva 2004/18/CE permitía la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para realizar entregas complementarias, en los casos de incompatibilidad técnica y siempre que la duración de los contratos no superase los tres años.

«Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido».

De nuevo, el LCSP 2017 es bastante fiel al texto que se pretende transponer, si bien corrige uno de los aspectos más cuestionables de la directiva. En esta, en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, la limitación del 50 por ciento del precio inicial se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. La generosa regulación de los límites cuantitativos contenida en el derecho Europeo es ciertamente criticable, pues a mi juicio modificaciones tan significativas llegarán a desvirtuar la naturaleza de lo licitado⁶³. A mayor abundamiento, la Directiva 2014/18/UE supone un retroceso respecto a las garantías contenidas en la Directiva 2014/18/CE en relación con la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en supuestos análogos⁶⁴.

El supuesto habilitante para modificar el contrato es el acaecimiento de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Para determinar el carácter previsible o no de la circunstancia, es preciso tener en cuenta los medios a disposición del poder adjudicador, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible⁶⁵. Se impone, en todo caso, una aproximación fuertemente restrictiva del concepto de imprevisibilidad. En ese sentido, debe ser una pauta orientativa la jurisprudencia del TJUE elaborada en torno a la aplicación del artículo 31.1.c) de la Directiva 2004/18 CE y preceptos concordantes⁶⁶. En todo caso, este enfoque estricto es ya predominante en nuestra jurisprudencia⁶⁷.

De todas formas, conviene aclarar que en el derecho español *ius variandi* y riesgo imprevisible se han considerado dos técnicas netamente distintas. Sin embargo, el derecho de la Unión Europea regula ambas bajo un concepto amplio de modificación del contrato, encontrándose, en el precepto que ahora glosamos, la regulación del riesgo imprevisible en derecho europeo. A mi juicio, la doctrina de la imprevisión manejada en el derecho español no requiere ser sometida a una nueva revisión para que pueda resultar conforme a la disciplina contenida en

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

64 En el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE, el importe acumulado de los contratos adjudicados para obras o servicios complementarios no podía ser superior al 50 % del contrato inicial. Esta misma regulación es la que se contenía en la propuesta de Directiva sobre contratación pública.

65 Vid. considerando 109 de la Directiva sobre contratación pública y considerando 76 de la Directiva sobre concesiones.

66 Vid. artículo 7, apartado 3, letra c) de la Directiva 93/37/CEE; artículo 6, apartado 3, letra d) de la Directiva 93/36/CEE y artículo 11, apartado 3, letra d) de la Directiva 92/50/CEE. Sobre esta jurisprudencia, vid. *supra* epígrafe I, apartado 3.

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

las directivas⁶⁸. Y es que los límites que introducen de manera explícita las nuevas directivas sobre contratación pública no son completamente extraños a la jurisprudencia española, que había realizado un esfuerzo loable para dotar de objetividad al concepto de imprevisibilidad. De este modo, el parámetro para determinar si la circunstancia es previsible será atender a si las partes han cumplido los estándares de diligencia que les son exigibles. Se tratará por tanto de un juicio que habrá de realizarse caso a caso, teniendo en cuenta, sin embargo, que el alcance de la modificación ha de respetar la naturaleza global del contrato.

Aun así, hemos de reconocer que el “mantenimiento del equilibrio económico” se sigue regulando en la LCSP 2017 en sede de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios (artículo 290), partiéndose de una distinción ahora quizá artificial entre modificación en los términos establecidos en la LCSP 2017 por un lado y actuaciones de la Administración precedente que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y fuerza mayor por otro⁶⁹, algo que considero artificial porque probablemente estos dos últimos supuestos puedan encuadrarse en el artículo 205.2.b LCSP 2017. Además, se desgajen como causas que permiten el desistimiento del contrato cuando este resulte excesivamente oneroso para el contratista tanto la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato como la incorporación de avances técnicos⁷⁰.

Finalmente, también en sede de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios se establece legalmente que no se considera una circunstancia imprevisible (o, dicho en los términos de la norma, “no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato”) el incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario, codificándose así la jurisprudencia mayoritaria recaída sobre esta cuestión con tanta trascendencia práctica en los últimos años.

iii) Modificaciones no sustanciales

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

69 Que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato está ínsito en todo tipo de contratos es una conclusión a la que había llegado ya nuestra jurisprudencia, aun careciendo de respaldo normativo. De este modo, las SSTs de 16 de septiembre de 1988 y de 17 de diciembre de 1997 han reconocido en el contrato administrativo un fondo institucional, que no es otro que el equilibrio económico del contratista.

70 En la medida en que, como veremos inmediatamente después, la resolución anticipada de un contrato es un supuesto de modificación sustancial en la jurisprudencia europea, podría plantearse la adecuación de esta regulación al derecho europeo. Pero lo cierto es que del *factum principis* en esquema conceptual derivado de las directivas sobre contratación pública arroja algunas dudas. Porque los cambios en el marco regulatorio o derivados del control de aquellos riesgos que se sitúan en la órbita de la Administración tienen difícil cabida dentro de la regulación europea del riesgo imprevisible, ya que siempre se podrá argumentar que el poder adjudicador no fue lo suficientemente diligente a la hora de preverlos. En todo caso, el confuso último inciso del considerando 75 de la Directiva de concesiones que alude a ciertos supuestos de modificaciones normativas como elementos del riesgo imprevisible permitiría, en mi opinión, una conclusión diferente, al menos en determinadas circunstancias.

Por lo demás, la admisibilidad del *factum principis* puede fundamentarse en el hecho de que el artículo que glosamos no exige que la circunstancia imprevisible sea «externa», y en la escasa jurisprudencia europea, ya que la STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235/11, considera que el cambio del planeamiento urbanístico no es un hecho imprevisible principalmente porque la Administración estatal, que fue la adjudicadora de la obra, no tomó ninguna iniciativa para tratar de coordinarse con la Administración competente en la aprobación del planeamiento. En otros términos, el hecho de que la «nueva circunstancia» tuviera su origen en una decisión administrativa no la descartaba, por sí misma, como hecho imprevisible.

Más allá de todo ello, la previsión relativa a la ausencia de indemnización en estos casos de desistimiento suscita las dudas que BAÑO LEÓN, J. M., “El «modificado» de los contratos”, cit., p. 1357, ha tenido ocasión de resaltar.

Partiendo de la reproducción bastante fiel a las directivas, el artículo 205.2.c) LCSP 2017 define el supuesto de modificaciones no sustanciales, bien es verdad que estableciendo algunos límites adicionales y aclaraciones no previstos en el derecho europeo. De esta forma, una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

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

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En este sentido, se dispone que en todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato. Este límite es un límite adicional que analizaremos inmediatamente después, de forma que opera en los casos de sustitución de unidades de obra (de no ser así, carecería de sentido).

3.º Que la modificación amplíe de manera importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial de este, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, o cuando se refiera a los demás contratos que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23. Además, el modificado se considerará también sustancial –y en este punto se introduce de nuevo un límite no previsto en la directiva– cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Como hemos adelantado, la LCSP reproduce el apartado cuarto del artículo 72 de la Directiva sobre contratación pública, según el cual una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato «de naturaleza materialmente diferente». Sin embargo, esta referencia a la naturaleza del contrato puede enturbiar la comprensión del concepto de modificación sustancial. La Directiva concesiones alude a una concesión «materialmente diferente, en cuanto a su carácter». En ninguno de los dos casos nuestra versión lingüística es especialmente afortunada⁷¹, pues una lectura atenta de la jurisprudencia del TJUE demues-

71 En la versión inglesa, una modificación es sustancial «*where it renders the contract [...] materially different in character from the one initially concluded*», lo que supone una reproducción prácticamente literal del apartado 34 de la sentencia *Pressetext* («*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*»).

tra que el carácter sustancial de la modificación se define más en función de la alteración profunda de los elementos del contrato que de su propia naturaleza.

En cualquier caso, la LCSP 2017 mejora la sistemática de la propia directiva, en la que los umbrales *de minimis* se regulan en un apartado diferente. En este aspecto, facilitará la aplicación de la norma.

En relación con el concepto de modificación sustancial, interesa traer a colación la STJUE de 7 de septiembre de 2016, Frogne, C-549/14, posterior a la aprobación de las directivas de 2014. La trascendencia de esta sentencia no debe pasar desapercibida. Como se ha resalado⁷², de las referencias que se hacen en la sentencia *Presstetext* a la hora de definir qué es una modificación sustancial a la «ampliación considerable del objeto del contrato»⁷³ –referencia codificada ahora en la norma española– podría deducirse que la reducción de este no constituiría una modificación sustancial, ya que la reducción del objeto del contrato puede resultar menos nociva al no favorecer al adjudicatario y permitir que el objeto contractual sea ofrecido de nuevo a los operadores económicos en competencia⁷⁴. Sin embargo, la sentencia reseñada despeja todas las dudas suscitadas, pues el alto tribunal europeo considera que una modificación a la baja de un contrato público puede suponer una modificación sustancial contraria al derecho de la Unión. E insiste en que la calificación del carácter sustancial de la modificación debe analizarse desde un punto de vista objetivo.

Finalmente, resulta especialmente reseñable el esfuerzo por intentar acotar el uso del *ius variandi* que se plasma en la LCSP 2017, introduciendo una cautela –ausente en la directiva– totalmente congruente con la proyección de los principios de transparencia, igualdad y concurrencia en la fase de ejecución de los contratos públicos. Y es que cuando las modificaciones no sean sustanciales «se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial». De manera acertada a nuestro juicio, la prerrogativa del *ius variandi* reconoce como mera una técnica de incorporación de adaptaciones menores del contrato cuando concurren causas de interés público.

3.3.3 Procedimiento de modificación

En relación con el procedimiento de modificación, la ley distingue entre modificaciones contractuales previstas en la documentación contractual y modificaciones no previstas. En el primer caso, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

El procedimiento de modificación del contrato por causas no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares se rige por lo dispuesto en los artículos 191 y 207 LCSP 2017, de los que resultan las reglas que enumeramos a continuación:

En primer lugar, antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos los preparase un tercero

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. artículo 43.4.C) Directiva de concesiones y artículo 72.4.c) Directiva de contratos públicos.

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

ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente⁷⁵.

En segundo lugar, deberá darse audiencia al contratista. Cuando la alteración en la cuantía del contrato exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, la modificación no es obligatoria para el contratista, como ya señalamos. Por ello, en estos casos, la modificación sólo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del contratista, resolviéndose el contrato, en caso contrario, sin que en este caso tenga derecho a ser indemnizado por la prestación dejada de realizar [artículo 213.4 LCSP].

En tercer lugar, en la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás administraciones públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos de modificación deberán ser adoptados previo informe del servicio jurídico correspondiente.

Finalmente, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. Finalmente, los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205 deberán publicar en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta ley. Como ya señalamos, las directivas han sido algo tímidas a la hora de dotar de transparencia a las modificaciones contractuales, ya que la publicación de estas sólo es necesaria en los casos de modificados no previstos en el pliego cuando se fundamenten bien en la necesidad de incorporar prestaciones adicionales, bien ante el acaecimiento de circunstancias no previstas.

En cualquier caso, siguiendo la línea de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la LCSP 2017 es ostensiblemente más garantista que el texto europeo. Así, los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.

⁷⁵ En relación con ello, hay que tener en cuenta que el artículo 315 LCSP 2017 regula con detalle las indemnizaciones por desviaciones en la ejecución de obras y responsabilidad por defectos o errores del proyecto.

3.3 Especialidades en la modificación de los contratos de los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de administraciones públicas

Como ya hemos señalado, los supuestos de modificación contractual se aplican tanto a administraciones públicas como a poderes adjudicadores que no pertenezcan a dicha categoría. No obstante, existen algunas diferencias en el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública.

En primer lugar, los poderes adjudicadores no Administración pública no gozan de la potestad de modificación de los contratos⁷⁶, ya que la ley no reconoce en ningún caso que las modificaciones en estos casos puedan ser obligatorias para el contratista. De todas formas, a través de la documentación contractual, los poderes adjudicadores no Administración pública podrán imponer cláusulas similares⁷⁷.

En segundo lugar, en relación con el procedimiento aplicable, el artículo 319 LCSP, que excluye de la remisión efectuada al régimen de modificación de los contratos el artículo 207, relativo al procedimiento de modificación, se limita a establecer que, cuando la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, será necesaria la autorización del departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma. Ahora bien, como se ha señalado⁷⁸, la estricta interpretación de la remisión que efectúa el artículo 207 plantea problemas de compatibilidad con el derecho europeo, ya que no se ha previsto expresamente la publicidad de los modificados en los casos que hemos visto que exigían las directivas.

3.4 Mecanismos de control

El artículo 40.2 c) TRLCSP disponía que “no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”⁷⁹. Frente a ello, desde el punto de vista de las garantías, como ya hemos defendido en otro lugar, la decisión de modificar el contrato debe además incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratación⁸⁰. Y es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de reiterar que la Directiva 89/665/CEE (en adelante «Directiva recursos») se aplica a todas las decisiones

76 En relación con el *ius variandi* como potestad 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.

79 En relación con la admisibilidad del recurso especial en el caso de los modificados convencionales, *vid.* TACRC, Resolución 112/2015 de 6 feb. 2015, Rec. 1017/2014.

80 *Vid. supra* nota 37.

adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos, sin que se establezca ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315/01, GAT). La STJUE de 8 de mayo de 2014, C-161/13, referente a una modificación contractual –previa, hemos de reconocer, no obstante, a la formalización del contrato–, no ha hecho sino confirmar esta interpretación⁸¹, interpretación que ha sido asumida por los tribunales de recursos contractuales⁸².

Pues bien, el artículo 44.2 c) LCSP 2017 dispone que podrán ser objeto de recurso especial las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de esta ley, por entender que tal modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. Dicho en otros términos, los órganos de recurso sólo son competentes para enjuiciar si concurre el supuesto habilitante de la modificación, pero no cualquier otra cuestión de validez relativa a esta. El recurso, por lo demás, no se limita a los supuestos de contratos sometidos a regulación armonizada, sino, en virtud de lo establecido en el artículo 44.1, cuando se trate de contratos de obras y concesiones de obras o servicios cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, o cuando se trate de contratos de suministros y servicios que tengan un valor estimado superior a cien mil euros⁸³. Y, en todo caso, se adivina que uno de los principales aspectos que podrán resultar más controvertidos es el de la legitimación⁸⁴.

Al margen de todo ello, otro acierto de la nueva norma es atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, tanto en el caso de los contratos privados de la Administración del artículo 25.1.a) LCSP 2017 como de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública. Y es que, dado que las normas a aplicar pertenecen al derecho público, la sede natural para la resolución de estas controversias es la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, es preciso insistir en que a la jurisdicción civil le corresponde enjuiciar los aspectos del modificado que van más allá de la verificación de los supuestos habilitantes, tales como eventuales indemnizaciones, etc., aunque en estos supuestos no es de extrañar que se utilicen como parámetros de interpretación del derecho privado normas jurídico-públicas⁸⁵.

81 Literalmente afirma que: «debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación».

82 Vid. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, cit., p. 16. Vid. Acuerdo TACP de Aragón 117/2017, de 21 de noviembre de 2017.

83 Como resalta 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, p. 877, podrá darse el caso de que contratos cuyo valor estimado es inferior al previsto en el artículo 44, sin embargo, con la modificación que se pretende hacer, su valor supere dichos umbrales y, en este caso, podría quedar al margen el modificado del recurso especial si se interpreta de manera literal la norma, que debiera haber sido más explícita.

84 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, p. 657. En todo caso, el Acuerdo TAPC de Aragón 3/2013, de 16 de enero de 2013, tuvo ocasión de declarar que el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de *ius variandi* de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.

85 En relación con ello, vid. STS de 4 de abril de 2016, en relación con un supuesto de indemnización por resolución del contrato, o la STS de 7 de julio de 2016, en relación con un caso de revisión de precios, ambas de la sala de lo civil.

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., "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 29, 2012.
- 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, enero-junio 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.

Regap



ESTUDIOS

- 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.
- TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, documento de estudio presentado y aprobado en la 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.
- 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

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo CUNEF (Centro adscrito a la Universidad Complutense). Abogado
icprats@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 restrictiva 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 restrictivo 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 La mutabilidad del objeto de la concesión como principio inherente a esta. 2.1 La mutabilidad de la concesión derivada de su naturaleza. 2.2 Las características esenciales de la concesión y la necesidad de su mutabilidad. 2.3 Concesiones, seguridad jurídica y necesidad de inversiones privadas. 3 Libre concurrencia y limitación de las modificaciones en las concesiones. 4 Las modificaciones objetivas en la Directiva 2014/23/UE de concesiones. 4.1 Causas de modificación objetiva. 4.2 Algunas ideas que se desprenden de la regulación de la Directiva de concesiones. 5 Las modificaciones objetivas de las concesiones en la LCSP 2017. 5.1 Causas de modificación en la LCSP 2017. 6 Incorrecta transposición de la Directiva de concesiones. 7 Consecuencias perjudiciales para el interés público derivadas del carácter restrictivo de la LCSP en materia de modificaciones.

1 Introducción

La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva de concesiones) ha establecido una regulación de las modificaciones objetivas que tiene como objetivo preservar los principios de mutabilidad e interés público, por un lado, y el de garantía de la igualdad y libre concurrencia entre los operadores económicos, por otro.

Sin embargo, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCPS), 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.

Pues bien, para acometer el estudio vamos a analizar, en primer lugar, cuáles son las razones que han llevado a que las concesiones estuvieran presididas por el principio de mutabilidad, razones que, sin duda alguna, todavía perviven y fueron tenidas en cuenta prioritariamente por la directiva en su regulación. A continuación vamos a estudiar cuáles fueron las razones que dieron lugar a que dicho principio perdiera vigencia frente a su opuesto, esto es, el principio de libre concurrencia. Una vez expuestos los referidos principios, es preciso analizar de forma detallada los supuestos regulados en la directiva que habilitan la modificación y ello para comprobar cómo la LCSP no los transpone adecuadamente, desnaturalizando los conceptos empleados por la directiva y desvirtuando los fines queridos por ella. Por último, expondremos las consecuencias perjudiciales que va a generar en el interés público el carácter restrictivo de la LCSP en materia de modificaciones.

2 La mutabilidad del objeto de la concesión como principio inherente a esta

Desde un primer momento, la naturaleza y el objeto sobre el que recaen las concesiones, unidos a las características esenciales de estas, en concreto su carácter incompleto y complejo,

la necesidad de realizar importantes inversiones y su larga duración, han tenido como consecuencia que, por razones de interés público, necesidades del servicio o por circunstancias que no se pudieron prever, se aplique el principio de mutabilidad contractual¹.

2.1 La mutabilidad de la concesión derivada de su naturaleza

En efecto, era inherente a la naturaleza de la obra o servicio sobre el que recaía la concesión, concretamente servicios públicos y obras públicas, la posibilidad atribuida a la Administración de modificar las mismas sin limitaciones.

La técnica concesional, ya sea para llevar a cabo la gestión de un servicio público, ya sea para explotar una obra pública en la que se da un servicio público a los ciudadanos, se encontraba inserta dentro de la formulación más clásica e intensa del servicio público, esto es, aquella que suponía la reserva global *–publicatio–* de una actividad económica concreta de cariz prestacional para asegurar su efectiva accesibilidad a todos los ciudadanos en consideración a su especial interés para la colectividad².

Toda declaración de servicio público significaba que tal actividad quedaba desde ese momento incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de acción libre de los particulares³. Es lo que se ha llamado exclusividad regalística o titularidad pública sobre la actividad en que el servicio público consiste. Por su particular vinculación al interés público (al bien de la colectividad), se entendían tales sectores como reservados, encomendados, en principio, a los poderes públicos, que ejercían sobre ellos una dirección unitaria y exclusiva.

Precisamente, una vez declarados servicios públicos, solamente previa concesión quedaba abierto tal campo de actuación a los particulares. De este modo, cuando el servicio público o la obra pública era gestionada indirectamente por un privado mediante concesión, la dirección unitaria de la actividad se conseguía conservando el Estado unos poderes internos de dirección, modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aun sobre la propia organización misma que la realiza; esto es, la Administración seguía siendo titular y por ello seguía teniendo la dirección y responsabilidad de la prestación, aun cuando unas veces esta fuera llevada a cabo por delegación de un concesionario interpuesto, de ahí que conserve el poder de ordenar, de alterar unilateralmente las condiciones de la prestación.

La lógica de la titularidad pública del servicio o de la obra en la que se presta el servicio se revela de forma nítida en las concesiones, a partir de la cual se habilita al privado a prestar el servicio o explotar la obra, si bien bajo estrictas condiciones fijadas por la Administración, quien, como titular del servicio o de la obra sobre la que se presta el servicio, impone su

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, “El contrato de concesión, por sus características, resulta más permeable a la modificación, lo que hace del principio de mutabilidad o adaptación un elemento esencial de esta modalidad contractual. Ello ha llevado al Tribunal Supremo a defender una pretendida diferenciación entre el contrato administrativo y la concesión, sobre la base de que esta última resulta más vulnerable al mantenimiento del equilibrio económico financiero, lo que se traduce en la necesidad de compartir la mayor onerosidad sobrevenida entre las 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 instituciones de la regulación), pp. 464 a 467.

3 Las líneas maestras que definen el régimen jurídico básico común a las actividades regidas a través de la técnica del servicio público son definidas por ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 636 a 645.

criterio sobre el qué y el cómo de la prestación del servicio, para lo cual posee todas las potestades, entre ellas el *ius variandi*, demostrando que el concesionario está subordinado en todo momento a las órdenes de la Administración.

Como bien expresó Jeze, decir que en determinadas hipótesis existe el servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y los reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. En definitiva, “la organización de un servicio público propiamente dicho es modificable en cualquier momento, sin que ningún obstáculo jurídico pueda impedir esa modificación. Ello deriva de la propia idea de la inalienabilidad de la soberanía”.⁴ La idea de servicio público estaba ligada a la noción de soberanía.

Por tanto, eran consustanciales a la gestión de un servicio público o a la explotación de una obra pública dos ideas: 1.º) potestad e intervención administrativas como único camino para prestar el servicio; 2.º) existencia de un control –y consecuentemente un *ius variandi*– de la Administración pública⁵.

De este modo, frente al *pacta sunt servanda* y al principio de inmutabilidad propio de los contratos privados, el contrato de concesión presentaba una naturaleza dinámica, permitiéndose discrecionalmente y por razones de interés público la modificación unilateral del contrato, modificación a la que se encontraba obligado el concesionario. La potestad de modificación se justificaba de esta forma en el elemento finalista de consecución del interés público⁶.

2.2 Las características esenciales de la concesión y la necesidad de su mutabilidad

De la misma manera, las características esenciales de la concesión, en concreto su carácter incompleto y complejo, unidas a la necesidad de realizar importantes inversiones por parte de los privados, con la consecuente necesidad de una larga duración de la concesión con el objeto de permitir la recuperación de estas, tienen como consecuencia la posibilidad de que surjan nuevas necesidades o hechos imprevisibles que no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento inicial del contrato, lo que debe dar lugar a la necesaria modificación de la concesión con la consiguiente restauración del equilibrio económico de la misma.

En efecto, el contrato de concesión de obra o servicio público es un contrato en virtud del cual la Administración adjudica a un determinado contratista la realización de una obra pública o la gestión de un servicio competencia de esta, para cuya implantación o mantenimiento va a ser necesaria una importante inversión y cuya contrapartida o remuneración, destinada a recuperar las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y a obtener además un beneficio sobre el capital invertido, va a ser bien el derecho a explotar las obras o los servicios

4 Cfr. JEZE, G., *Principios generales del Derecho administrativo*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, 1949, pp. 7 y 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 Ahora bien, resulta obvio que, si como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* o modificación unilateral del contrato por parte de la Administración se producía una ruptura del equilibrio económico de la concesión, era necesario el restablecimiento de este mediante un aumento de los precios a cobrar por el concesionario o un aumento del plazo.

objeto del contrato mediante el cobro a los usuarios de una tarifa por el uso del servicio, o bien este mismo derecho en conjunción con un pago realizado por la propia Administración.

Así, mediante la explotación de la obra o servicio, el contratista tratará de recuperar las inversiones realizadas y obtener un beneficio; es decir, mediante el cobro de la tarifa al usuario del servicio, el concesionario va a tratar de amortizar y rentabilizar la inversión realizada. En definitiva, a través de la concesión, el contratista adelanta a la Administración un capital que va a tratar de recuperar mediante la explotación económica del servicio⁷.

En este sentido, dado que la concesión y la remuneración del concesionario tienen como objetivo recuperar la inversión realizada y obtener un beneficio razonable, resulta obvio que el plazo de duración de esta dependerá y estará vinculado al tiempo necesario para permitir dicha recuperación. Por este motivo, dado que con carácter general las inversiones que se requieren al privado son cuantiosas, la duración de la concesión ha de ser larga, pues se requiere el tiempo necesario para que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y los servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios.

Pues bien, la larga duración de la concesión tiene como consecuencia natural la posibilidad de que, durante el tiempo en el que esta se esté ejecutando, surjan necesidades o hechos imprevisibles que requieran la adecuación de la concesión a la nueva realidad.

Tal como, de forma expresiva, señala Sosa Wagner, “las concesiones de servicio público tenían –y tienen– plazos dilatados de vida, comparables a veces con la vida de un hombre. Y, de la misma forma que resulta aventurado hacer predicciones sobre los acontecimientos que van a jalonar la vida de un recién nacido, igualmente resulta difícil hacerlas sobre el ciclo de una relación jurídica, por más que se la quiera encapsular en pliegos, cláusulas o artículos: el hombre propone y Dios dispone, resume la sabiduría popular (...) Del principio de riesgo y ventura se pasa pues al de cobertura suficiente y mutabilidad contractual”⁸.

Precisamente, debido a la naturaleza de la concesión y a sus características, las leyes⁹ y la jurisprudencia consideraban que el principio de mutabilidad era un principio, a diferencia

7 El mecanismo financiero de la concesión lo expresa de forma clara BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234, al indicar que: “El establecimiento inicial o puesta en marcha del servicio público y la posterior prestación del servicio en las condiciones de regularidad y continuidad pactadas exige la realización de importantes inversiones por el concesionario. Pues bien, para rentabilizar y amortizar esas inversiones privadas, hace falta un prolongado espacio de tiempo, y de ahí la larga duración de las concesiones de servicio público; en términos financieros cabe decir que, para que la Administración pueda devolver al concesionario el préstamo realizado, es necesario que la concesión tenga una vigencia 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 términos similares se expresa BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutaços e segurança jurídica”, Fernández Acevedo, R., y Válcárcel Fernández, P (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 521, al 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 El mejor reflejo normativo de la naturaleza del contrato de concesión y del principio de mutabilidad de estas como principio inspirador lo constituye el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales. En concreto, tal como señalaba su artículo 127, las corporaciones concedentes tenían la potestad de “ordenar discrecionalmente como podría disponer

del resto de contratos, inherente a la concesión y que tenía como corolario la posibilidad de modificar el objeto de la concesión en aras de las necesidades públicas¹⁰.

2.3 Concesiones, seguridad jurídica y necesidad de inversiones privadas

Finalmente, las exigencias de saneamiento de las finanzas públicas, consistente en la disminución de la cifra de déficit, así como del recurso al endeudamiento mediante las sucesivas emisiones de deuda pública, en parte por obligaciones de carácter macroeconómico, en parte por los condicionamientos comunitarios, unidas a la necesidad de completar los objetivos de infraestructuras generales, demandan acudir a mecanismos de participación y financiación de las obras públicas eminentemente privados, como es la concesión, que es probablemente el más eficiente para captar la participación privada y para repercutir el coste al usuario mediante la correspondiente tarifa, canon o peaje¹¹.

Como hemos visto, una de las características fundamentales y esenciales de la concesión estriba en que, para la realización de la obra o la puesta en marcha del servicio y su posterior explotación, va a ser necesaria la realización de cuantiosas inversiones por el concesionario, que adelanta, de este modo, el capital necesario que debería invertir la Administración para la realización de la obra o el establecimiento inicial y puesta en marcha del servicio¹².

En definitiva, la concesión es un contrato, si no financiero, sí con un importantísimo componente financiero, en virtud del cual un privado adelanta a la Administración un capital del cual espera obtener una rentabilidad. Y sabemos que, cuando de inversiones se trata, a

si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en la concesión que aconsejare el interés público, y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario". No obstante y en compensación a la modificación impuesta por la Corporación, ésta estaba obligada a mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual podía: a) compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y b) revisar las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

- 10 Así, la Sentencia de 14 de febrero de 1986 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), indicaba que: "*aunque es cierto que (...) el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión, concretamente recogido por los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios*".

Del mismo modo, la Sentencia de 2 de julio de 1982 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), señalaba que: "*uno de los elementos permanentes de la concesión de un servicio que se suministra al público es la remuneración consiguiente al concesionario exigiendo de los usuarios del servicio derechos o tasas proporcionales a la utilización individual del mismo, fijando su cuantía mediante unas Tarifas (...) cuya aprobación corresponde a la Administración como asimismo la alteración o modificación de las tarifas, revisión necesaria al estar presidido el contrato concesional por los principios de la mutabilidad y del equilibrio financiero, el primero permite a la Administración concedente modificar unilateralmente los contratos y el segundo mantener en todo momento de vigencia del contrato de concesión el equilibrio financiero y comercial de las ventajas y cargas referidas a la situación o momento de establecerse la concesión, es decir, para mantener el sistema contractual aceptado en el momento inicial del contrato, con el alcance o límites señalados en los arts. 127-2, 148 y 151 y siguientes del Reglamento de Servicios, que sólo dejan al margen de la protección otorgada al concesionario el alza normal o eventos ordinarios que constituyen el riesgo normal del contrato (...), pero, además, fija una revisión extraordinaria siempre que el desequilibrio tenga por causa una actuación unilateral de la Administración o a circunstancias imprevisibles independientes de la buena gestión del concesionario, que se dará siempre que se produzca una Orden de la Administración que determine incremento de costes o disminución de la retribución*".

- 11 Vid. Dictamen del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de las concesiones 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, "*La concesión es, económicamente, un capital privado adelantado que se pone a disposición de la colectividad, con carácter temporal y con un régimen de amortización financiera o de capital a lo largo de los años de gestión*".

mayor riesgo, a mayor inseguridad, mayor rentabilidad exige el capital invertido y prestado. Y sin duda alguna es un riesgo para el inversor la posibilidad de que, como consecuencia de nuevos acaecimientos y circunstancias, en vez de proceder a la modificación y actualización del contrato, haya que resolver el contrato que ha dado lugar a la inversión, con una indemnización inferior a la TIR esperada.

Pues bien, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo importante volumen exige la necesaria participación del sector privado, en un contrato de larga duración por naturaleza, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, se hace del todo necesario permitir la modificación del objeto del contrato para acoger las nuevas necesidades y los nuevos hechos en la concesión.

Se puede afirmar, por tanto, que en los contratos de larga duración la seguridad jurídica deriva de la certeza de poder modificar el contrato, de tal modo que la rigidez y la falta de flexibilidad generan inseguridad jurídica para el inversor privado¹³ y, a su vez, la inseguridad jurídica ahuyenta las inversiones y, en todo caso, las encarece¹⁴.

3 Libre concurrencia y limitación de las modificaciones en las concesiones

A diferencia de los contratos de obra, de servicios y de suministros, la concesión de obra y la concesión de servicio no fueron, inicialmente, reguladas por la Unión Europea.

La primera regulación tuvo lugar en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que estableció un régimen particular para la concesión de obras¹⁵.

Por el contrario, las concesiones de servicio público quedaron fuera de la regulación comunitaria¹⁶.

No obstante, a pesar de la inexistencia de una directiva, las concesiones de servicios y, en concreto, su adjudicación estaban sujetas a las disposiciones de los tratados y los principios sentados por la jurisprudencia del TJUE, en particular los principios de no discriminación,

13 Tal como señaló la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, “*Si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo importante volumen exige la necesaria participación del sector privado, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no se puede transformar en un negocio aleatorio, por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo ante el cambio imprevisible de las circunstancias*”.

14 En términos similares se expresa BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutaços e segurança jurídica”, cit., p. 523, al señalar que: “*nestes tempos pos-modernos, é adequado afirmar que a segurança contractual advém da certeza de mudança. A estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/platicidade contractaul. Este aparente contrassenso é esencial nos contratos públicos de longo prazo*”.

15 Un estudio sobre la evolución normativa de las concesiones en la legislación comunitaria puede 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 Las razones por las cuales la Unión Europea ni pudo aprobar una directiva de concesiones ni introducir normas sobre concesiones de servicios en la directiva que regulaba los contratos de servicios fueron debidas al rechazo de Francia, que pretendía mantener su tradicional modelo de “*service public*” cuyos dogmas centrales estaban siendo desafiados por el proceso de integración europea y la liberalización que este conllevaba, pues las concesiones, en cuya adjudicación la Administración gozaba de una amplia discrecionalidad, eran vistas, por parte de la Unión Europea, como mecanismos proteccionistas frente a la competencia y faltos de la necesaria transparencia. Cfr. SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, cit., pp. 12, 29 y 30.

igualdad de trato, transparencia, libre concurrencia, publicidad, reconocimiento mutuo y proporcionalidad¹⁷.

La aplicación de las disposiciones del tratado y de los referidos principios a las concesiones obligaba a la entidad adjudicataria a garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permitiera abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación¹⁸.

En cualquier caso, en España, dado que los contratos de obra, servicio y suministro se regulaban junto con las concesiones de servicios (contrato de gestión de servicio público) y con las concesiones de obra en un mismo cuerpo normativo (las sucesivas leyes de contratación pública), al transponerse en dicho cuerpo normativo las directivas comunitarias de contratación, las reglas de estas, en concreto los procedimientos de adjudicación, se aplicaban a las concesiones sin hacer distinciones entre unos contratos y otros¹⁹.

En definitiva, el derecho de la Unión, las directivas, que regulaban la preparación y adjudicación de los contratos públicos de obras, servicios y suministros, y que se justificaba en la adopción de medidas encaminadas a garantizar la competencia entre los operadores económicos, se aplicaban en España sin matices a las concesiones²⁰.

17 Tal como señalaba la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario, DOC 121 de 29 de abril de 2000, "como todo acto del Estado por el que se fijan las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 (antiguos artículos 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal. Se trata, en particular de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad. El Tratado no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario".

18 Así lo expresó, entre muchas otras, la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Telaustria, al indicar: "57. Dado que los contratos de concesión de servicios públicos no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, procede concluir que, contrariamente a la interpretación propuesta por Telaustria, tales contratos no están comprendidos en el concepto de «contratos a título oneroso celebrados por escrito» que figura en el artículo 1, punto 4, de dicha Directiva. 59. Sin embargo, el hecho de que un contrato de este tipo no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 no impide que este Tribunal de Justicia aporte una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional que le ha planteado una serie de cuestiones prejudiciales. Para ello, el Tribunal de Justicia puede tomar en consideración otros criterios interpretativos que puedan resultar útiles para la solución del litigio principal. 60. A este respecto procede señalar que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. 61. En efecto, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31, dicho principio implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado. 62. La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación".

Del mismo modo, tal como señaló el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, apartado 30, "el régimen que se deriva de las disposiciones pertinentes del Tratado puede resumirse en las obligaciones siguientes para los Estados Miembros: fijación de las normas aplicables a la selección del socio privado, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar una concesión y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios".

19 Tal como indicaba el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, "muy pocos Estados miembros han querido dotarse de legislación interna destinada a regular de manera general y detallada la etapa de adjudicación de concesiones de obras y servicios", pero en nota a pie de página cita a España como uno de los que sí lo habían hecho.

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 y 226, "En los últimos años, las modificaciones contractuales se han situado en el punto de mira de la lucha contra el fraude y la corrupción en materia de contratación. Sin duda alguna, esta circunstancia ha podido influir en que el régimen de modificación de los contratos no haya recibido un tratamiento singular en materia de concesiones. Toda la flexibilidad que se reclama por su condición de "contrato incom-

Es precisamente en este contexto de garantía de la libre concurrencia en la adjudicación de los contratos públicos en el que debemos incardinar la limitación que se ha producido en el principio de mutabilidad de las concesiones²¹.

En efecto, en principio las normas y la jurisprudencia comunitarias se centraron en el procedimiento de adjudicación de los contratos, como medio natural para la consecución del mercado interior y el respeto a los principios de libre concurrencia, transparencia y adjudicación a la mejor oferta. Nada se decía sobre la modificación de los contratos; sin embargo, las instituciones comunitarias constataron que en la fase de ejecución del contrato público también se pueden producir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, y que de nada servían los rigurosos y detallados procedimientos de adjudicación para seleccionar al contratista si posteriormente, una vez adjudicado el contrato, en la fase de ejecución y a través de un modificado, se pueden introducir nuevas condiciones en el objeto del contrato²² que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta y mejor que la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión. Las instituciones europeas, regulando y limitando el uso de las modificaciones, pretenden evitar que se vulnere la libre concurrencia.

pleto” y su distanciamiento de los contratos públicos clásicos se desvanecen a la hora de regular esta materia. Es así que, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de adjudicación, el régimen de las modificaciones es prácticamente común en las tres Directivas sobre contratación, a pesar de la diferente naturaleza, complejidad técnica o mayor duración de las concesiones”.

21 Como explica 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?), p. 143, “La irrupción progresiva del derecho de la Unión modifica profundamente la óptica. Como lo que preocupa a la Unión es la apertura real a la libre competencia de los mercados públicos, tradicionalmente proteccionistas, toda medida que coadyuve al mantenimiento del proteccionismo es vista con enorme sospecha. Inicialmente las directivas de contratos apenas se preocupaban de este problema, enfocadas como estaban al procedimiento de selección del contratista y adjudicación del contrato”.

22 Para GALLEGU CÓRCOLES, I., “Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales”, Guillén Caramés, J., y Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 53, “el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea tuvo ocasión de demostrar que la fase de ejecución del contrato público también puede producir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, en la medida en que puede resultar idónea para favorecer a un competidor frente al resto, contraviniendo así los principios de igualdad de trato y transparencia sobre los que descansa el sistema de contratación público europeo. De nada sirve el respeto escrupuloso de estos principios en la fase de selección del adjudicatario si, una vez elegido éste, puede alterarse el contenido de lo licitado en su beneficio”.

Igualmente se expresa DÍEZ SASTRE, S., “El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del «*ius variandi*» y la autonomía de la voluntad”, Almeida Cerrada, M., y Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 y 14 de noviembre de 2014, Toledo, 2015, p. 48, al indicar que “la especial atención del derecho europeo hacia la modificación de los contratos públicos –canalizada a través de la Comisión Europea– se ha producido como reacción a una realidad común a todos los Estados Miembros: con independencia de la aplicación de reglas administrativas o civiles de ejecución de los contratos públicos, ha sido y es una práctica habitual modificar los contratos después de su perfeccionamiento. Esta novación contractual puede ser fruto de una necesidad real, justificada en un interés público legítimo, puede tratar de articular la contratación de nuevas prestaciones cuya necesidad ha sobrevenido, o encubrir una violación *ex post* de las reglas originarias de adjudicación del contrato con el fin de beneficiar al contratista o de subsanar errores contenidos en los documentos que regían la licitación e imputables al ente adjudicador. El Derecho europeo pretende evitar que se vulnere la competencia en cualquiera de las fases de la vida del contrato”.

En similares términos se expresa VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 63 a 65, al señalar que: “La concepción del contrato como algo dinámico –frente al carácter estático originario– ha hecho que las instituciones europeas vean en las modificaciones un riesgo para la recta aplicación de los principios rectores de la contratación pública. Tres generaciones de directivas han precedido a las actuales directivas (...) nada se decía en ellas sobre la modificación del contrato. Sin embargo, finalmente, la Unión Europea ha vislumbrado que de nada sirven los rigurosos procedimientos de adjudicación con muchos requisitos y burocracia para seleccionar la oferta más ventajosa, si en la fase más relevante del contrato, su propia ejecución, se desvirtúa todo. Por el contrario, la jurisprudencia europea puso serios límites a la modificación contractual en la necesidad de evitar una violación *ex post* de las reglas originarias de la adjudicación del contrato y con ello de los principios de integridad y el de buena administración que debe regir la actuación de los poderes públicos (...) El papel de la jurisprudencia del TJUE ha sido fundamental para la construcción de un derecho sobre las modificaciones contractuales. Su principal conclusión es que una modificación del contrato es una nueva adjudicación. Por ello, la posibilidad de adjudicación directa al adjudicatario o a un tercero sin publicidad es excepcional. Y ello porque la modificación comporta el riesgo de desnaturalizar los principios rectores de la contratación pública que son el pilar que garantiza una verdadera contratación libre de trabas a la competencia y a la circulación de bienes y servicios”.

De este modo, la jurisprudencia comunitaria concluyó que, salvo que la posibilidad de modificación estuviera prevista de forma expresa, clara e inequívoca en el contrato, o cuando se debiera a acontecimientos imprevisibles, toda modificación sustancial de un contrato público implica la necesidad de iniciar un procedimiento de adjudicación²³.

Esta preponderancia en la Unión Europea del principio de libre concurrencia en los contratos públicos, unida a la consideración de los modificados como una de las principales causas de corrupción²⁴ y al hecho de que, como indicamos, en España las concesiones tanto de obra pública como de servicio público se han regulado en la misma ley que el resto de contratos, dio lugar a que se pasara de una normativa que consideraba las modificaciones como una prerrogativa de la Administración no sometida a límites a una normativa española (anterior a la vigente LCSP) muy restrictiva con respecto a la posibilidad de modificación de cualquier tipo de contrato, sin distinguir entre los contratos de obras, servicios y suministro (sometidos a las directivas) y los contratos de concesión, en principio, excluidos de las directivas²⁵.

23 La Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2013 asunto T-540/10, Reino de España contra la Comisión Europea, realiza un resumen de la jurisprudencia comunitaria con cita de las sentencias más importantes y definiendo qué se considera una modificación sustancial. Así, indica que: "60 En efecto, procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 44 supra (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. 62 Por otro lado, tampoco puede acogerse la alegación del Reino de España según la cual alteró las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, de modo que la modificación del contrato inicial no puede considerarse sustancial. Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46; véase, por analogía, la sentencia Presstext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 57 supra, apartado 34). 63 La modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial (véase, por analogía, la sentencia Presstext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 57 supra, apartados 35 a 37)".

24 El Informe de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea de 2014 señala expresamente a los modificados de los contratos como una de las prácticas ilegales más extendidas en los procedimientos de contratación pública (Bruselas, 3.2.2014, COM [2014] 38, en particular, pp. 23 y 27). Se hace eco de la influencia que la corrupción ha tenido en la 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 y 193, cuando señala que: "La modificación de los contratos públicos no ha sido tradicionalmente un problema para el legislador nacional ni europeo. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha puesto en el punto de mira de los analistas del derecho. El motivo es la publicación de diferentes estudios que sitúan esta práctica en el origen de presuntos casos de fraude y de corrupción. Así se recoge en los informes de anticorrupción elaborados por la OCDE (2009 y 2013) y por la Comisión Europea (2014). La impresión que queda después de leer estos documentos es que la modificación es la culpable de todos o de gran parte de los males que aquejan la contratación pública y, por lo tanto, hay que evitar a toda costa (...)".

25 Tradicionalmente la regulación contractual ha sido no ya permisiva con la posibilidad de modificar los contratos, sino que era una prerrogativa de la Administración en aras del interés público no sometida a límites. De esta forma se pretendía evitar que la excesiva rigidez en la aplicación de lo pactado en el contrato pudiera dar lugar a la frustración del interés público que acompaña a la contratación. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que, "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente". También el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, reconoció entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisada por necesidades nuevas o causas imprevistas (artículos 59 y 101). Con arreglo a estas normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerla unilateralmente la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20 % de la cuantía del contrato. Si superaba el 20 % era una causa potestativa de

Ahora bien, sí es preciso manifestar que la Unión Europea siempre ha sido consciente de que, en el caso de las concesiones, dada su naturaleza y sus características, se debía ser más flexible a la hora de posibilitar su modificación. Así se expresaba el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, al indicar que *“Las relaciones de CPP, al referirse a una prestación duradera, han de poder evolucionar para adaptarse a los cambios del entorno macroeconómico o tecnológico, así como a las necesidades del interés general. El derecho comunitario en materia de contratación pública no se opone, en general, a la posibilidad de tener en cuenta dichas evoluciones, siempre y cuando se respeten los principios de transparencia e igualdad de trato”*.

Del mismo modo, se ha considerado que las modificaciones no contempladas en los pliegos de forma clara y precisa son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias²⁶.

resolución por ambas partes. De este modo, en los supuestos en que la modificación fuera consentida y consensuada, la misma no daba lugar a la extinción del contrato ni a una nueva licitación (salvo que afectara a las condiciones esenciales del contrato, de manera que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato).

Igualmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su artículo 202, dispuso que, “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”.

En diciembre de 2008 la Comisión Europea inicia procedimiento por incumplimiento contra España por considerar que la regulación de los modificados incumplía la libre concurrencia y la igualdad de trato.

Como consecuencia del requerimiento y en respuesta y cumplimiento de las recomendaciones de la Unión, realiza en la Ley 2/2011 de economía sostenible un cambio profundo y un nuevo régimen jurídico sumamente restrictivo de las modificaciones. Esta norma, de acuerdo con los mandatos comunitarios, cercena la prerrogativa de modificación de modo tal que el interés público que se salvaguarda no reside ya en la prevalencia del fin, de las necesidades públicas, sobre el objeto del contrato, sino que prevalece el principio de libre concurrencia, los derechos y garantías de los licitadores, frente a la prerrogativa de modificación unilateral.

La ley distingue, de esta manera (artículos 105 a 107), entre modificaciones convencionales y modificaciones no convencionales.

Por lo que se refiere a las modificaciones convencionales, estas eran lícitas siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se hubiera advertido expresamente de esta posibilidad y se hubieran detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podía hacerse uso de esta, así como el alcance y límites de las modificaciones que pudieran acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo podía afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Por el contrario, las modificaciones no previstas en los pliegos sólo podían efectuarse por causas tasadas; en concreto, cuando se justificara suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Pero es que, además, aun concurriendo alguna de estas causas tasadas, era necesaria la concurrencia de otros requisitos; en concreto:

- Que la modificación no alterara las condiciones esenciales de la licitación (y se consideraba que se alteraban si variaban sustancialmente la función y las características esenciales de la prestación inicialmente contratada y cuando la modificación alteraba la relación entre la prestación contratada y el precio, tal como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación).

- Que las modificaciones no excedieran del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

En definitiva, un régimen de modificación sumamente estricto y que dificultaba sobremanera la modificación del contrato por causas realmente necesarias.

En el caso de que no cupiera la modificación y el contrato no pudiera ejecutarse en los términos pactados sólo cabía la resolución y una nueva contratación.

26 Así lo expresa el Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones 30.4.2004 COM (2004) 327 final, en su apartado 49, al indicar que: *“En general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas”*.

4 Las modificaciones objetivas en la Directiva 2014/23/UE de concesiones

Fruto de la tensión entre los principios de mutabilidad e interés público, por un lado, y garantía de la igualdad y libre concurrencia entre los operadores económicos, por otro, que hemos analizado anteriormente, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, de concesiones, consciente de la naturaleza de las concesiones, ha establecido una regulación que tiene como objetivo preservar ambos principios²⁷.

Podemos incluso señalar que el régimen de modificación de las concesiones ha influido, flexibilizándolo, en el régimen jurídico del resto de contratos regulado en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, de contratación pública, hasta tal punto que, a pesar de las claras diferencias y necesidades de unos y otros, son idénticos²⁸.

De este modo, tal como indica el considerando 75 de la directiva, los contratos de concesión suelen incluir regímenes técnicos y financieros duraderos y complejos que, con frecuencia, están sujetos a vaivenes de las circunstancias. Sin duda alguna, la Unión Europea, concedora de la naturaleza y de las peculiaridades de las concesiones, era consciente de la necesidad de introducir una importante flexibilidad a la hora de permitir la modificación de estas.

Precisamente, dado que la directiva es consciente de las características y de los elementos de la concesión, establece como regla general la posibilidad de modificar la concesión por debajo de ciertos umbrales y sin ningún tipo de límite y condicionante.

Del mismo modo y como regla general, permite la modificación de la concesión salvo que la modificación sea considerada sustancial, esto es, excepto que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión,

27 Tal como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 116/2015 al Anteproyecto de LCSP en materia de modificaciones, “*resulta ciertamente complicado encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación y la certeza de que, en ocasiones por distintas circunstancias, resulta verdaderamente necesario modificar un contrato, no pudiendo regularse un sistema tan excesivamente rígido que no permita hacerlo en favor de la correcta ejecución de un contrato que, no debe olvidársenos, está llamado 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, “*las incursiones del Derecho europeo en la fase de ejecución de los contratos se justifican aun en el reforzamiento de las garantías frente a la adjudicación en el momento en que el contrato se ha perfeccionado y está ejecutándose (...) En el plano jurídico-europeo, las modificaciones de los contratos públicos son relevantes exclusivamente en la medida en que pueden suponer una vulneración de las normas de selección del contratista y, por tanto, de la competencia en el seno del Mercado Interior. La forma en que el Derecho nacional configure la posibilidad de modificar los contratos –como un privilegio de la Administración o como mero ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes– no interfiere en los medios que se disponen para la consecución de ese objetivo. Se produce así una tensión clara entre el interés en la eficiencia económica del contrato y la garantía de la igualdad y la competencia entre los operadores económicos. Hay que tener en cuenta que el régimen de modificación de los contratos a nivel nacional está diseñado para proteger a los licitadores pero, fundamentalmente, al contratista. El derecho europeo, por su parte, protege principalmente a los licitadores, obligando a que las condiciones que regulan la licitación sigan vigentes durante la ejecución del contrato, de modo que no se altere la competencia de forma sobrevenida*”.

28 Crítica que la regulación de las modificaciones sea igual, sin presentar matices y modulaciones, entre contratos de servicios, obras y suministro, por un lado, y concesiones, por otro, a pesar de las notables diferencias entre unos y otros, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones: un largo viaje con final esperado”, cit., pp. 225 y 226, al indicar que: “*En los últimos años, las modificaciones contractuales se han situado en el punto de mira de la lucha contra el fraude y la corrupción en materia de contratación 115. Sin duda alguna, esta circunstancia ha podido influir en que el régimen de modificación de los contratos no haya recibido un tratamiento singular en materia de concesiones. Toda la flexibilidad que se reclama por su condición de “contrato incompleto” y su distanciamiento de los contratos públicos clásicos se desvanecen a la hora de regular esta materia*”. Es así que, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de adjudicación, el régimen de las modificaciones es prácticamente común en las tres directivas sobre contratación, a pesar de la diferente naturaleza, complejidad técnica o mayor duración de las concesiones”.

habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados. En definitiva, la regla es la modificación salvo que esta sea sustancial²⁹.

Igualmente, sabedora de que en los contratos de larga duración pueden acaecer circunstancias imprevisibles de toda índole que exijan la adecuación del objeto del contrato a dichas nuevas circunstancias, incluye en estos supuestos la posibilidad de modificación.

Podemos, por tanto, afirmar que el régimen de modificación objetiva de la Directiva de concesiones es más flexible que el régimen existente hasta su aprobación y, por tanto, va a permitir un mayor margen de discreción a los poderes adjudicadores³⁰.

Por este motivo, la directiva, en su artículo 43, establece de forma clara, precisa e incondicionada los supuestos en los que la modificación de una concesión efectuada durante su ejecución es viable y que, por tanto, no dan lugar a la obligación de iniciar un nuevo procedimiento de concesión, y los distingue de aquellos otros supuestos en los que, *a contrario sensu*, se considera que no cabe la modificación.

4.1 Causas de modificación objetiva

a) Modificaciones previstas en los pliegos

En primer lugar, cabe la modificación del contrato cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Ahora bien, dichas modificaciones no podrán alterar el carácter global de la concesión.

La razón por la cual la directiva no establece límites cuantitativos para poder llevar a cabo los modificados previstos en los pliegos es lógica, pues, al estar estos descritos en los pliegos, los mismos han sido conocidos por los posibles licitadores que han realizado sus ofertas, respetándose en consecuencia el principio de libre competencia.

Del mismo modo, se permite que los modificados previstos en los pliegos supongan un cambio sustancial del contrato, siempre que no alteren el carácter global de la concesión, y ello porque, al estar descritos en el condicionado, eran conocidos por los licitadores, con lo que su aplicación en fase de ejecución no vulnera la libre competencia, pues ya figuraban inicialmente y eran conocidos por todos a la hora de preparar la oferta³¹.

No obstante, se establece un límite cualitativo a la posibilidad de modificación, y este es que no se produzca una alteración de la naturaleza de la contratación global. Introduce, de este modo, la Directiva de concesiones un concepto jurídico indeterminado, diverso a alteración sustancial del contrato, y que no define, lo que implica que deberán ser los órganos

29 En contra se pronuncia GALLEGÓ 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 quien "la regla general, bajo mi punto de vista, sigue siendo que la modificación de los contratos públicos, en cuanto puede comprometer el efecto útil de los objetivos de la normativa sobre contratación pública, ha de admitirse sólo con carácter excepcional".

30 En términos similares se pronuncia 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 y 298.

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

jurisdiccionales y, fundamentalmente, el TJUE el que dé contenido a este, determinando cuándo una modificación da lugar a una alteración de la naturaleza de la contratación global³².

b) Obras o servicios adicionales

Será posible modificar la concesión y adjudicar de forma directa al concesionario original sin necesidad de un nuevo concurso las obras o servicios que tengan la consideración de adicionales, esto es, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la concesión original, cuando un cambio de concesionario: i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, y ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador o entidad adjudicadora.

En cualquier caso, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

c) Circunstancias imprevisibles

Tal como señala la directiva, será factible una modificación del objeto de la concesión, sin necesidad de llevar a cabo una nueva licitación cuando la necesidad de modificación derive de circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no podía prever, siempre y cuando la modificación, por un lado, no altere el carácter global de la concesión y, por otro, el posible aumento de valor no supere el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

La directiva establece pues dos límites, uno cualitativo, como es la no alteración del carácter global de la concesión, y otro cuantitativo, que el aumento de valor no supere el 50 % del valor de la concesión original.

En cualquier caso, de la directiva se desprende que, cuando sucedan circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever, será posible realizar una modificación sustancial de la concesión, siempre, claro está, que no altere el carácter global de la concesión, concepto diverso al de modificación sustancial y que parece permitir una mayor mutabilidad³³.

32 Cabe indicar, no obstante, que la Directiva 2014/24/UE, sí hace una aproximación al significado de alteración sustancial en su considerando 76 al indicar que una modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo si se sustituyen las obras que deban ser ejecutadas o los servicios que deban ser prestados por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 176, identifica la alteración de la naturaleza de la contratación global con la alteración de la causa o fin del contrato.

En contra, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", cit., p. 61, quien, a nuestro juicio, asimila la alteración de la naturaleza con la modificación sustancial, que "se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación, desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. Y ello sucederá, entiende la autora, ya sea mediante la alteración del objeto del contrato, ya sea cuando se rebasen determinados límites cuantitativos y, ya sea, aunque expresamente no se refleje en las directivas, si se altera el equilibrio del contrato a favor del contratista, pues este equilibrio es un parámetro decisivo del desenvolvimiento del procedimiento de licitación".

33 Como señala GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", cit., p. 61, "Las dudas interpretativas surgirán porque los parámetros para destinar qué condiciones esenciales alteran la naturaleza global del contrato no son ni mucho menos evidentes".

La justificación de esta causa de modificación la expresa con claridad el considerando 76 de la directiva cuando señala que los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a las circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible.

Como se puede comprobar, la directiva establece un supuesto abierto, un concepto jurídico indeterminado, esto es, “que la necesidad de modificación derive de circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no podía prever”, en la que tienen cabida toda una serie de supuestos³⁴, que habrá que analizar caso por caso, y entre los que se pueden incluir los errores imprevisibles³⁵, la necesidad de incorporar avances técnicos que excedan de lo normal³⁶, el caso fortuito y la fuerza mayor, el *factum principis*³⁷ y, desde luego, supuestos calificados de riesgo imprevisible³⁸.

-
- 34 Para VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 122, a la vista de la regulación de la Directiva, “No hay que acudir a un listado de causas genéricas (...), sino examinar caso a caso si existe una verdadera imprevisión para un poder adjudicador diligente. Es decir, si se pudo prever normalmente la causa con que ahora se pretende justificar la modificación, o si se pusieron los medios suficientes y proporcionados a la importancia del contrato”.
- 35 Errores imprevisibles son los derivados de circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Así, por ejemplo, la inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental.
- 36 Avances técnicos que mejoren notoriamente la concesión, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato y siempre que no entren dentro de la cláusula de progreso.
- 37 El *factum principis* consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste.
- 38 El riesgo imprevisible supone la aparición de una circunstancia sobrevenida, extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del concesionario, que provoca una subversión grave en la economía de la concesión, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos, y, en consecuencia, surge para la Administración concedente el deber de restaurar el equilibrio económico financiero del contrato, considerando las bases que se tuvieron en cuenta para su adjudicación.
- 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 el Consejo de Estado en su Dictamen 54.700 aprobado el 5/12/1990: “Tal como ha sostenido ininterrumpidamente este Consejo, no puede confundirse el riesgo o alea que normalmente corre a cargo del contratista, y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal. En este último caso el riesgo no debe pesar sobre el contratista a todo evento, estando previstos los supuestos de rescisión, indemnización y exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio del contrato”. “Es doctrina común, avalada por jurisprudencia constante, que, en los contratos de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático, la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas, sin ruptura del vínculo contractual; siempre y cuando esa alteración haya sido imprevista e imprevisible en el momento de la celebración del contrato, y sea lo suficientemente importante como para determinar la ruptura del equilibrio económico establecido entre las recíprocas prestaciones, que deberá justificarse en el expediente”. “Son varias, y muy conocidas, las doctrinas que se han venido aplicando, desde el Digesto hasta nuestros días, para corregir estas anomalías contractuales, en aras de un indiscutible principio de justicia conmutativa. La cláusula «rebus sic stantibus»; la teoría de la «presuposición» (Voraussetzung) de Windscheid, completada y desarrollada por Oertmann sobre la «base del negocio» (Grundgeschäft); el «enriquecimiento injusto»; y las más actualizadas doctrinas del «factum principis» y del «riesgo imprevisible»; todas ellas derivadas, básicamente, del principio de la «bona fides» contractual”. “Se trata, en definitiva, de evitar que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones*

d) *Modificaciones no sustanciales*

La directiva permite la modificación objetiva de la concesión cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales.

En concreto, se considera que una modificación es sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio.

En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes: a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta diferente de la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión; b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial; c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión.

e) *Modificaciones viables por no superar ciertos umbrales*

Finalmente, será viable toda modificación de una concesión, sin necesidad de verificar, si es o no sustancial, si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes: i) el umbral indicado en el artículo 8 de la directiva, y ii) el 10 % del valor inicial de la concesión.

En cualquier caso, la modificación no podrá alterar la naturaleza global de la concesión.

Para la directiva, en todo momento debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que den lugar a una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión.

Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la directiva prevé umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no se exigirá un nuevo procedimiento de adjudicación.

Estos son, por tanto, los supuestos tasados en los que es posible la modificación de una concesión.

4.2 Algunas ideas que se desprenden de la regulación de la Directiva de concesiones

De la lectura de la directiva podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la directiva lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a la modificación de las concesiones, estableciendo y definiendo los supuestos en que dichas modificaciones son viables.

En segundo lugar, la directiva es precisa, clara e incondicional, de tal modo que, dado su detalle y precisión, sería posible su aplicación sin necesidad de una norma de transposición que la concrete.

recíprocas, no quede transformado, por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas ni previstas por las partes, en un contrato puramente aleatorio, cuyo resultado económico dependa decisivamente de la suerte o el azar, con desproporcionado perjuicio para una de las partes en beneficio de la otra".

En tercer lugar, la directiva utiliza sus propios conceptos y definiciones para determinar cuándo es posible una modificación. Así, por ejemplo, usa conceptos jurídicos indeterminados como “alterar la naturaleza global de la concesión”, “modificación sustancial”, “circunstancias que un poder diligente no podía prever”, “obra adicional”, etc., que son conceptos autónomos del derecho comunitario.

En cuarto lugar, la directiva establece como regla general la posibilidad de modificar la concesión por debajo de ciertos umbrales y sin ningún tipo de límite y condicionante. De la misma forma y como regla general, se permite la modificación de la concesión salvo que la modificación sea considerada sustancial.

En quinto lugar, la Directiva de concesiones es más flexible y más posibilista a la hora de permitir la modificación objetiva de las concesiones que la jurisprudencia del TJUE³⁹ anterior a la directiva.

Pues bien, vista la regulación que realiza la directiva de las modificaciones objetivas de las concesiones, la pregunta que debemos plantearnos es si la norma española ha realizado una transposición adecuada de ella o si, por el contrario, la transposición ha sido incorrecta.

5 Las modificaciones objetivas de las concesiones en la LCSP 2017

Al igual que la directiva, la LCSP 2017, en los artículos 204 a 205, establece los supuestos en los que cabe la modificación de una concesión durante su ejecución y que, por tanto, no dan lugar a la obligación de iniciar un nuevo procedimiento. Cabe indicar que la modificación de las concesiones se regula de forma conjunta con la modificación del resto de contratos.

No obstante, en los artículos 270 y 290 de la LCSP se establecen algunas singularidades en la regulación de las modificaciones de las concesiones y en el equilibrio económico del contrato.

Pues bien, debemos adelantar que la regulación que realiza la LCSP 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.

Veamos cuáles son los supuestos⁴⁰.

5.1 Causas de modificación en la LCSP 2017

a) Modificaciones previstas en los pliegos

De conformidad con lo establecido en el artículo 2014 de la LCSP, las concesiones podrán modificarse hasta un máximo del 20 % del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas

39 Para GALLEGU CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, cit., p. 109, “el estudio de las modificaciones contractuales en las nuevas directivas resulta ineludible porque, a priori, introduce cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia”.

40 Un análisis detallado de los distintos supuestos que permiten la modificación en la nueva LCSP puede verse en LOZANO CUTANDA, B., “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, Lozano Cutanda, B., y Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 187.

administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes: a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de manera clara, precisa e inequívoca; b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de ella por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Del mismo modo, se indica, al igual que en la directiva, que en ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial.

Como se puede comprobar, la LCSP es más restrictiva que la directiva, pues, mientras que esta última permite la modificación con independencia de su valor pecuniario, la primera establece un límite de hasta un máximo del 20 %.

¿Qué sentido económico o jurídico tiene limitar la posibilidad de modificación hasta un máximo del 20 % del precio inicial al 20 % cuando la directiva no impone límite cuantitativo alguno? Coincidimos con BAÑO LEÓN cuando afirma que tiene sentido que nuestra Administración Pública tenga menos margen de actuación que la Administración francesa, alemana o belga, cuando los problemas de los mercados públicos son sustancialmente los mismos⁴¹.

Desde nuestro punto de vista, esta restricción cualitativa no tiene ningún sentido, máxime cuando se respeta el principio de libre concurrencia al estar los posibles modificados descritos en los pliegos, de tal modo que estos han sido conocidos por los licitadores, que han podido realizar sus ofertas atendiendo a los mismos.

Sin duda alguna, una restricción de este tipo impide prever necesidades futuras y ampliación de inversiones, y ello sin ninguna justificación.

b) Obras o servicios adicionales

El artículo 205 señala que es posible la modificación y adjudicar de forma directa al concesionario original sin necesidad de un nuevo concurso cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico; por ejemplo, que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes de los inicialmente contratados cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que

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 y 1351, quien añade que no se puede poner como justificación que con ello se refuerza la libre competencia o se lucha contra la corrupción, pues es patente que el límite cuantitativo previsto en el contrato en nada afecta a la defensa de los fines públicos que están suficientemente atendidos con las garantías de fondo y con la publicidad y los controles.

resulten desproporcionadas. Y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Nuevamente, el artículo 205 de la LCSP es más restrictivo que el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, pues establece que el límite del 50 % se aplicará a las modificaciones aisladas o sucesivas, mientras que la directiva se refiere al límite por cada modificación aislada, esto es, sin que en caso de modificaciones sucesivas se sumen.

c) *Circunstancias imprevisibles*

Para la LCSP, de conformidad con el artículo 205, es posible modificar la concesión cuando la necesidad de modificarla derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

En un principio, la LCSP, al igual que la Directiva de concesiones, permite la modificación cuando la necesidad de esta derive de circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no podía prever. Nos encontramos, pues, ante un supuesto abierto, un concepto jurídico indeterminado que puede y debe englobar cualquier supuesto imprevisible que habrá que analizar caso por caso, y entre los que se pueden incluir los errores imprevisibles, la necesidad de incorporar avances técnicos que excedan de lo normal, el caso fortuito y la fuerza mayor, el *factum principis* y, por supuesto, acontecimientos calificados de riesgo imprevisible.

Únicamente el artículo 205 de la LCSP es más restrictivo que el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, pues establece que el límite del 50 % se aplicará a las modificaciones aisladas o sucesivas, mientras que la directiva se refiere al límite por cada modificación aislada, esto es, sin que en caso de modificaciones sucesivas se sumen.

Regap



ESTUDIOS

Sin embargo, el artículo 205 de la LCSP debe ser complementado con lo regulado en los artículos 262⁴², 270 y 290⁴³ de la LCSP que regulan el derecho al reequilibrio del contrato y la consiguiente modificación.

En primer lugar y por lo que respecta a las concesiones de obra, el artículo 270 indica que el concesionario tiene derecho al reequilibrio de la concesión y, por tanto, a su modificación cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262, esto es, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero con el fin de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

De dicho precepto parece desprenderse que sólo cabe el derecho al reequilibrio y, por tanto, a la modificación de la concesión en los supuestos en los que la circunstancia imprevisible afecte a la obra, pero no en los supuestos en los que la circunstancia imprevisible afecte a la explotación de esta. Dicha restricción choca frontalmente con la voluntad de la directiva, que no excluye ningún supuesto.

-
42. De conformidad con el artículo 262 de la LCSP “1. El órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en esta ley, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. 2. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente ley”.
43. De conformidad con el artículo 290 relativo a la modificación del contrato y su reequilibrio:
 “1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la subsección 4.ª de la sección 3.ª del capítulo I del título I del libro segundo de la presente ley.
 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.
 3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.
 4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
 a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.
 b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
 Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente ley.
 En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.
 5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.
 6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:
 a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
 b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.
 Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.
 Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes”.

En segundo lugar, la LCSP establece en los artículos 270 y 290 un supuesto que, aunque pudiera derivar de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever, nunca puede dar lugar al derecho al reequilibrio y, por tanto, a la modificación del contrato; en concreto, el incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

De este modo, aunque el incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración pudiera ser consecuencia de circunstancias imprevisibles, no puede dar lugar al restablecimiento del equilibrio del contrato ni, consecuentemente, a la modificación.

En tercer lugar, los artículos 270 y 290 recogen dos supuestos que, si bien se pueden incardinar dentro del concepto “circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever”, sin embargo su acaecimiento no da lugar al derecho del concesionario al reequilibrio y, en consecuencia, a la modificación. Nos referimos a circunstancias imprevisibles derivadas del *factum principis* de una Administración no concedente y de avances técnicos; en concreto: a) la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato⁴⁴; b) Cuando el concesionario deba incorporar, por estar obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

En estos supuestos, lo único que cabe es el desistimiento del concesionario y la consiguiente resolución del contrato sin indemnización para ninguna de las partes.

De la lectura y análisis de los preceptos analizados, podría pensarse que no cabe, en ningún caso, la modificación de las concesiones en supuestos de incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o la modificación en supuestos derivados de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato o cuando el concesionario deba incorporar, por estar obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Esta interpretación es, desde nuestro punto de vista, del todo inviable, pues chocaría con lo dispuesto en el artículo 43 de la directiva, que permite la modificación cuando derive de circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no podía prever, y dentro de este supuesto de la directiva se podrían incardinar, sin duda alguna, los conceptos patrios de error imprevisible, avances técnicos, fuerza mayor, *factum principis* y de riesgo imprevisible, o cualquier otro que sea así interpretado por el TJUE, sin que quepa a la norma nacional restringir o matizar un concepto europeo.

Precisamente, dado que la Directiva de concesiones establece un supuesto abierto, un concepto jurídico indeterminado que puede y debe englobar cualquier supuesto imprevisible, que

⁴⁴ Por el contrario, si se tiene derecho al reequilibrio y, por tanto, a la modificación cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. Esto es, en supuestos de *factum principis* causados por la Administración concedente.

habrá que analizar caso por caso, sería contraria a ella la fijación por el legislador nacional de supuestos que, pudiendo derivar de circunstancias imprevisibles, están excluidos *a priori*.

Por este motivo, la única interpretación plausible y conforme con el derecho comunitario es que lo que regulan los artículos 270 y 290 son aquellos supuestos en los que el concesionario tiene derecho a exigir el reequilibrio de la concesión y, en consecuencia, la obligación de la Administración de modificar el contrato siempre que se respeten los límites cualitativos de la modificación.

Es decir, en la nueva LCSP el acaecimiento de un supuesto considerado como riesgo imprevisible o un *factum principis* generado por una Administración no concedente no habilita o no atribuye un derecho al concesionario para solicitar el equilibrio y una correlativa obligación de la Administración a aceptarlo, sino que, por el contrario, estos supuestos se tornan en una prerrogativa de la Administración que podrá ejercitar, o no, discrecionalmente, en caso de que ocurran, la modificación que, en caso de que se ejercite, generará un reequilibrio del contrato.

En definitiva, la Administración podrá modificar el contrato en los supuestos en que sucedan circunstancias imprevisibles como, por ejemplo, avances técnicos, *factum principis* generados por una Administración no concedente y supuestos de riesgo imprevisible, en cuyo caso y sólo si modifica el contrato, nace el derecho del concesionario al reequilibrio. Lo que, por el contrario, desaparece es el derecho del concesionario a exigir el reequilibrio, con la consiguiente obligación de la Administración de modificar el contrato, en supuestos de avances técnicos, *factum principis* generados por una Administración no concedente y supuestos de riesgo imprevisible⁴⁵.

Estos supuestos han pasado de ser un derecho del concesionario a convertirse en una prerrogativa discrecional de la Administración que podrá ejercitar si lo estima conveniente. El reequilibrio deja de ser la causa de la modificación para ser la consecuencia de la misma⁴⁶.

Esta es la única interpretación plausible y que no choca con la Directiva de concesiones.

d) Modificaciones no sustanciales y modificaciones viables por no superar ciertos umbrales

Sin duda alguna, es en las modificaciones *de minimis* y en las modificaciones no sustanciales donde se produce una regulación más restrictiva⁴⁷ que, a nuestro juicio, desnaturaliza el objetivo de la Directiva de concesiones.

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 acuerdo con esta configuración legal, el restablecimiento del equilibrio económico es la consecuencia y no la causa de la modificación del contrato. Esto significa que, si bien la mayor onerosidad derivada de una novación objetiva tiene como contrapartida la obligación de la Administración de compensar al contratista, no cabe modificar el objeto del contrato con el fin de equilibrar su economía. Conviene subrayar que esto no siempre se ha entendido así, siendo motivo de interpretaciones diversas. Sin embargo, en la actualidad la legislación excluye dicha posibilidad (arts. 258.2 y 282.4 TRLCSP) lo que obliga a constatar si la modificación del contrato trae causa en su desequilibrio económico o al revés".

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

47 Tal como manifiesta 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*, Facultad de Derecho. Universidade da Coruña, 2 de mayo de 2016 (www.obcp.es), p. 73, "De lo expuesto, se comprueba que el régimen de modificación del contrato es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (artículo 72 Directiva). Se introduce el adverbio "sólo" con la finalidad de advertir el carácter excepcional de la opción de modificar y se limitan posibilidades. No hay modificados «de minimis»".

Así, para el artículo 205 de la LCSP, en cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta de la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación⁴⁸.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial⁴⁹.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso, se considerará que se amplía de forma importante el ámbito del contrato cuando: (i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento de su precio inicial, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23. (ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Como se puede comprobar, la norma española suprime las modificaciones *de minimis*, esto es, suprime la posibilidad de modificar la concesión, sin necesidad de verificar, si es o no sustancial, si la modificación es inferior al 10 % del valor inicial de la concesión.

Del mismo modo, el artículo 205 de la LCSP amplía los supuestos en los que la directiva considera que una modificación es sustancial al incluir como modificación sustancial cualquier modificación por encima del 10 % o de 5.186.000 euros, y ello aunque la modificación no se incardine dentro de los supuestos que la directiva considera como modificaciones sustanciales.

Es decir, aunque la modificación no introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente, aunque la modificación no altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario y aunque la modificación no amplíe considerablemente el ámbito de la concesión; sin embargo, si la modificación supera el 10 %, siempre va a tener la consideración de modificación sustancial y, por tanto, no va a poder ser posible esta, siendo obligada la resolución contractual, con las consecuencias que ello tiene.

Pues bien, una vez cotejada la Directiva 2014/23/UE con la LCSP y una vez constatado el carácter más restrictivo de la norma estatal y la inclusión y variación de los conceptos de derecho comunitario, la pregunta que debemos tratar de resolver es si dicha restricción y modulación de los conceptos comunitarios es conforme a derecho.

48 En todo caso, se considerará que introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos, cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente de la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

49 En todo caso se considerará que la modificación altera el equilibrio económico cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

6 Incorrecta transposición de la Directiva de concesiones

Tal como hemos comprobado, los artículos de la LCSP que regulan la modificación objetiva de las concesiones son más restrictivos y añaden condiciones y requisitos que van más allá de lo dispuesto por la directiva y que, en cierto modo, dificultan la consecución de los objetivos que persigue la directiva; en nuestro caso, permitir las modificaciones cuando no afecten sustancialmente a la concesión.

Así, hemos comprobado cómo la norma española suprime las modificaciones *de minimis*, esto es, suprime la posibilidad de modificar la concesión, sin necesidad de verificar si es o no sustancial, en los supuestos en los que la modificación es inferior al 10 % del valor inicial de la concesión.

Del mismo modo, hemos visto cómo el artículo 205 de la LCSP amplía los supuestos en los que la directiva considera que una modificación es sustancial al incluir como tal cualquier modificación por encima del 10 % o de 5.186.000 euros.

También hemos comprobado cómo, en las modificaciones fijadas en los pliegos, mientras la directiva permite la modificación con independencia de su valor pecuniario, la LCSP establece un límite de hasta un máximo del 20 % del valor del contrato inicial.

Igualmente, podría pensarse que la norma estatal, a diferencia de la directiva, excluye como circunstancia imprevisible los supuestos de incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración; o supuestos derivados de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato; o supuestos en los que el concesionario deba incorporar a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Esta interpretación, como indicamos, es del todo inviable, pues chocaría con lo dispuesto en el artículo 43 de la directiva, que permite la modificación cuando esta derive de circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no podía prever.

Finalmente, es más restrictiva la normativa estatal al indicar, en los supuestos de obras adicionales y circunstancias imprevisibles, que el límite del 50 % se aplica a las modificaciones aisladas o sucesivas, mientras que la directiva se refiere al límite por cada modificación aislada, esto es, sin que en caso de modificaciones sucesivas se sumen.

Pues bien, a la vista de lo expuesto, es un dato cierto que la mayor parte de los problemas de mala aplicación y de ejecución del derecho comunitario proceden, precisamente, de defectos en la transposición de las directivas.

La transposición de las directivas debe ser, cuando estas son detalladas e incondicionales, lo más fidedigna posible, debiendo ser transpuestas de la manera más literal posible, con el fin de garantizar el respeto de la unidad de interpretación y aplicación del derecho comunitario⁵⁰.

50 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión –Una Europa de resultados– La aplicación del Derecho comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 2 a 4.

Precisamente, los Estados miembros deben evitar añadir a la legislación nacional de aplicación condiciones y requisitos que no sean necesarios para transponer la directiva en cuestión, en caso de que dichas condiciones o requisitos puedan dificultar la consecución de los objetivos que persigue la directiva⁵¹.

En nuestro caso, la Directiva de concesiones y en concreto la regulación que realiza el artículo 43 de los supuestos en los que cabe la modificación de las concesiones es una regulación clara, detallada e incondicional, en la que se establecen las definiciones y se fijan con precisión los límites, sin dejar margen de actuación al Estado miembro⁵², lo cual debiera dar lugar a la transcripción literal de la misma⁵³.

Sin duda alguna, en los casos de directivas detalladas e incondicionales, su transcripción facilita la incorporación y limita las interpretaciones desviadas de la directiva, debiendo recordar que, en el caso de las disposiciones preceptivas o incondicionales, la Comisión y el Tribunal prestan más atención a la redacción de las medidas nacionales, que deben ser idénticas a las disposiciones de la directiva⁵⁴.

Resulta que la regulación clara e incondicionada que realiza la Directiva de concesiones de las modificaciones objetivas no deja margen de apreciación o discrecionalidad a los Estados miembros, los cuales, por el contrario, se ven obligados a transcribirla sin posibilidad de establecer un régimen más riguroso, so pena de desnaturalizar y quebrar los objetivos de la Unión Europea⁵⁵.

-
- 51 Recomendación de la Comisión de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al derecho nacional de las directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del EEE) (2005/309/CE, apartado 6).
- 52 Sobre el carácter incondicional de la regulación de las modificaciones que realiza la Directiva de concesiones se pronuncia 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 y 302.
- 53 Tal como indica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión –Una Europa de resultados– La aplicación del Derecho comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 4.1), "la Comisión es favorable a este procedimiento de transposición literal y presta particularmente atención a que las definiciones recogidas en las directivas sean fielmente reproducidas en el texto de transposición, con el fin de evitar toda divergencia semántica o conceptual que perjudicaría la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros y su eficacia".
En términos similares se pronuncia el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, pp. 176 y 177, al estudiar la transposición de las directivas, cuando indica que "si el artículo 249 TCE la configura como una norma de contenidos generales y con un claro objetivo a alcanzar, que deja un margen de actuación considerable a los Estados miembros, en la práctica el contenido de las directivas se ha ido haciendo cada vez más complejo –también por la influencia de la técnica anglosajona– hasta convertirlas en una regulación minuciosa de la materia. Esta característica de algunas directivas fomenta la práctica de la transcripción literal de su contenido; incluso se ha planteado si el escaso margen de actuación de que en tales casos disponen los Estados miembros no justificaría la incorporación de la directiva al derecho interno como norma reglamentaria, prescindiendo del escalón intermedio constituido por la decisión estatal".
- 54 En palabras del Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, pp. 180 y 181, "La transcripción literal facilita la incorporación y quizá limita las interpretaciones desviadas de la directiva, (...) cuando la redacción de la directiva sea muy detallada, se opta por la transcripción literal para evitar que la utilización de otra terminología sea semillero de conflictos y eventual fundamento de alguna imputación de infracción del Derecho comunitario. Hay que recordar que la Comisión vigila de cerca que se recojan en la mayor fidelidad posible los preceptos comunitarios que se incorporan y, aunque esa vigilancia no impone su copia literal, lo cierto es que en la práctica se tiende a ella".
- 55 En contra se pronuncia el Consejo de Estado en el Dictamen 116/2015 al Anteproyecto de LCSP cuando indica que: "una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio,

En nuestro caso, la directiva, consciente de que los contratos de concesión suelen incluir regímenes técnicos y financieros duraderos y complejos, que con frecuencia están sujetos a vaivenes de las circunstancias, introduce la necesaria flexibilidad para adaptar la concesión a las circunstancias cambiantes e, igualmente, fija la posibilidad de introducir modificaciones en la concesión que den lugar a una pequeña variación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la directiva prevé umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no exige un nuevo procedimiento de adjudicación y establece conceptos abiertos como “circunstancias que un poder diligente no podía prever” o “altere la naturaleza global del contrato” que permiten adaptar el objeto de la concesión a los acontecimientos.

Precisamente, con este objetivo, la directiva comunitaria emplea una serie de conceptos jurídicos que, sin duda, son autónomos del derecho comunitario, para determinar cuándo es posible una modificación y con qué requisitos. Así, por ejemplo, los conceptos “altere la naturaleza global del contrato”, “modificación sustancial”, “circunstancias que un poder diligente no podía prever”, “obra adicional”, etc.

En este sentido, las exigencias tanto de la aplicación uniforme del derecho comunitario como del principio de igualdad implican que el tenor de una disposición de derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.

Así, tal como ha indicado el TJUE en la Sentencia de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/00, apartado 30: *“al adaptar su ordenamiento jurídico interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en estas, con el fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros”*⁵⁶.

Nuestra norma, por el contrario, desnaturaliza los conceptos jurídicos abiertos de la directiva; así, en algunos supuestos como las circunstancias imprevisibles, los restringe y elimina la posibilidad de interpretación de los órganos jurisdiccionales, incluido el TJUE; en otras ocasiones elimina supuestos, como la modificación *de minimis*, que permite la modificación sin

La relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el derecho europeo (...). A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los dos aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales de minimis (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio”.

Sin embargo, frente a dicha argumentación cabe responder que no nos encontramos ante una directiva que enuncia objetivos generales y que dejan un amplio margen de maniobra y elección a los Estados miembros, sino que, por el contrario, estamos ante una directiva con un contenido claro e incondicional que no deja margen de elección al legislador e, igualmente, que la directiva tiene como finalidad flexibilizar el régimen de la modificación de modo tal que una regulación más restrictiva rompe y desnaturaliza el objetivo querido y diseñado por la Unión Europea.

56 Igualmente, la Sentencia TJUE de 18 de enero de 1984, Ekro, C-327/82, apartado 11 y STUE de 19 de septiembre de 2000, asunto C-287/98, apartado 43.

limitación; e, igualmente, en otros, como en las modificaciones sustanciales, añade supuestos no contemplados en la norma que desnaturaliza el concepto y la finalidad de la directiva.

A nuestro juicio, la Directiva de concesiones lleva a cabo una armonización de las normas relativas a la modificación de las concesiones, y los Estados miembros no pueden modificar el contenido de los conceptos definidos por la directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los participantes en el proceso selectivo. De hecho, se establece un régimen completo que pretende garantizar la seguridad jurídica de las inversiones y del concesionario⁵⁷.

Por lo expuesto podemos afirmar que la LCSP, por lo que respecta a la modificación de las concesiones, es contraria a la directiva comunitaria.

Ahora bien, la norma nacional no sólo es, a nuestro juicio, contraria a la directiva comunitaria, sino que, además, su aplicación puede y va a acarrear importantes perjuicios al interés público.

7 Consecuencias perjudiciales para el interés público derivadas del carácter restrictivo de la LCSP en materia de modificaciones

La excesiva rigidez con la que la LCSP ha regulado la modificación de las concesiones no sólo es, a nuestro juicio, contraria a la Directiva de concesiones, sino que su aplicación va a generar perjuicios notables al interés público.

⁵⁷ La Directiva de concesiones, en su considerando 75, es clara al mandar que debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que den lugar a una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión, y por ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, se prevén umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no se exigirá un nuevo procedimiento de adjudicación. Señala, utilizando el imperativo, que deben ser posibles las modificaciones de la concesión por encima de esos umbrales sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de adjudicación en la medida en que esas modificaciones se ajusten a algunos requisitos.

Cabe recordar la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, asunto C-295/16, en el que se analiza la normativa española sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, normativa que era más restrictiva que la regulada en la directiva comunitaria. En concreto se analizaba el artículo 14 de la [LOCM] que tenía un carácter más estricto que la directiva, al prohibir en todo caso y sin prueba en contrario la venta con pérdida –incluso a los mayoristas–. Para el Tribunal de Justicia, y cito literalmente: “38 En lo que atañe, en segundo lugar, al extremo de dilucidar si la prohibición de vender con pérdida controvertida en el litigio principal tiene carácter general en el sentido de la jurisprudencia o si las excepciones a tal prohibición permiten a los tribunales nacionales determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la venta con pérdida en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, es preciso recordar que el artículo 5 de dicha Directiva enuncia los criterios que permiten determinar las circunstancias en las que una práctica comercial debe considerarse desleal y, por consiguiente, prohibida (auto de 7 de marzo de 2013, Euronics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154, apartado 25). 39 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores (véanse, en este sentido, la Sentencia de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, EU:C:2010:12, apartado 41, y el auto de 30 de junio de 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, apartado 33). 40 En este caso, por un lado, consta que, por aplicación de la disposición nacional controvertida en el litigio principal, la venta con pérdida se considera en sí misma una práctica comercial desleal y que no incumbe a los tribunales nacionales determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si tal venta presenta carácter desleal a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Por otro lado, también consta sin discusión que las dos excepciones a la prohibición de las ventas con pérdida que se contemplan en el artículo 14 de la LOCM obedecen a criterios que no se han previsto en dicha directiva.

41 Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 39 de la presente sentencia, los Estados miembros no pueden, al establecer criterios distintos de los enunciados en el artículo 5 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, adoptar medidas más restrictivas que las definidas en esa misma directiva”.

En efecto, tal como reconoce la Directiva de concesiones en su artículo 44 e igualmente la LCSP en su artículo 211.1 letra g), la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205, dará lugar a la resolución de la concesión. Del mismo modo y como consecuencia de la resolución, el artículo 213.4 de la LCSP establece el derecho del concesionario a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

De esta manera, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, con la consiguiente obligación de resolver el contrato, va a suponer, dada la procedencia de extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, no sólo un retraso en la satisfacción del interés público a que responde la concesión, sino además un coste económico al erario público, al ganar el adjudicatario original el derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar.

Coincidimos, por tanto, con los autores que consideran que la ponderación entre libertad de concurrencia y buena administración de los recursos públicos debiera haber conducido a no endurecer los requisitos de las directivas, pues en nada va a beneficiar al interés público representado por la pronta ejecución de la obra, ni a las arcas públicas, que nuestra ley sea mucho más rígida que las directivas mismas y que dicha rigidez pueda conllevar al pago de cuantiosas indemnizaciones⁵⁸, máxime cuando el principio de libre concurrencia se ha reforzado con los límites procedimentales y sustantivos regulados en la nueva ley.

Pero es más, no cabe duda de que una mayor rigidez en la modificación objetiva de los contratos, una menor flexibilidad a la hora posibilitar la adaptación de la concesión a nuevas circunstancias, en definitiva un mayor riesgo para el empresario privado, van a tener como consecuencia un incremento de la exigencia de rentabilidad del capital invertido, pues, como es por todos sabido, a mayor riesgo, se exige mayor rentabilidad, lo cual va a tener como consecuencia un mayor coste de la inversión, lo que necesariamente va a conducir a una mayor duración de los contratos y a un encarecimiento de las tarifas que han de satisfacer los usuarios.

Precisamente, la larga duración de los contratos de concesión y la consiguiente incertidumbre que el transcurso de un dilatado plazo de tiempo acarrea tienen como consecuencia la necesidad de posibilitar la modificación del contrato para adaptarlo a las necesidades que surjan, y una restricción a dicha necesidad de modificación va a repercutir en un encarecimiento de las inversiones y del precio que se paga por el uso de estas.

58 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", cit., p. 1352, para quien "*habida cuenta de que en lo que nos consta los países miembros más poderosos económicamente han optado por utilizar toda la flexibilidad de la Directiva, ¿no debía el legislador haber ofrecido a nuestra Administración el mismo marco? Y sobre todo, con las garantías de publicidad y control jurisdiccional de las directivas reforzadas, como luego veremos por el legislador estatal, ¿no debería haberse ponderado el daño a la hacienda pública que causan estas restricciones? A mi juicio la ponderación entre libertad de competencia y buena administración de los recursos públicos hubiera debido conducir a no endurecer los requisitos de las directivas, lo que hubiera supuesto una ganancia neta nada despreciable para la hacienda pública y el interés público representado por la pronta ejecución de la obra, sin merma apreciable del principio de libre competencia, que está suficientemente atendido con los límites procedimentales y sustantivos, nada despreciables, que impone la misma ley*".

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)*, Iustel, 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 segurança jurídica", Fernández Acevedo, R., y 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., y 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., y Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 y 14 de noviembre 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., y 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*

Regap



ESTUDIOS

Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público, Facultad de Derecho. Universidade da Coruña, 2 de mayo 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., y 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.

VÁZQUEZ 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.

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

55 Regap

DOLORS CANALS AMETLLER

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público-Universidad 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 es-

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los nuevos retos sociales del Estado de Derecho" (DER2016-76325-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, del que soy IP.

pecially the Public Procurement Regulation and Supervision Office. It also refers to the external control bodies, such 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 Consideraciones previas. Control vs. supervisión en el derecho público económico. 1.1 Los elementos del sistema: órganos administrativos y funciones públicas. 1.2 Control administrativo vs. supervisión pública. 2 El sistema administrativo de control interno y supervisión de la contratación pública: su fundamento. 2.1 La mejora del derecho europeo de la contratación pública. 2.2 La prevención y la lucha contra la corrupción. 3 Autocontrol privado, control social y supervisión pública. 3.1 La extensión de las medidas de autocontrol (*compliance*) y de autocorrección (*self-cleaning*) a la contratación pública. 3.2 La apertura al auxilio del control social. 4 La arquitectura institucional para el control interno y la supervisión de la contratación pública. 4.1 La organización administrativa específica. 4.1.1 Los órganos de contratación y la prevención ante los conflictos de intereses. 4.1.2 La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: punto de referencia único para las obligaciones europeas de información. 4.1.3 El Comité de Cooperación en materia de contratación pública: la cooperación interadministrativa ante la complejidad normativa. 4.1.4 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. 4.1.5 La Intervención General de la Administración General del Estado. 4.2 El control externo de la contratación pública: el Tribunal de Cuentas y la Comisión Mixta Congreso-Senado. 5 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. 5.1 Composición y organización: ¿oficina independiente? 5.2 Funciones genéricas de regulación y supervisión. 5.2.1 Funciones de regulación. La Estrategia Nacional de Contratación Pública. 5.2.1.a La Estrategia Nacional: dudas de constitucionalidad, de jurisdicción y de vinculatoriedad. 5.2.1.b Instrucciones y recomendaciones generales y particulares. 5.2.2 Funciones de supervisión del cumplimiento normativo y la aplicación efectiva. 5.2.3 Funciones de información periódica. La supervisión a través de la información documentada. 5.3 La Oficina Nacional de Evaluación: el control de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión. 6 Oficina de Supervisión de la Contratación Pública vs. Autoridad Independiente de Anticorrupción.

1 Consideraciones previas. Control vs. supervisión en el derecho público económico

1.1 Los elementos del sistema: órganos administrativos y funciones públicas

El título de este trabajo obliga a realizar algunas consideraciones previas a los efectos de concretar, desde un inicio, a qué aludo cuando me refiero al “sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, un sistema que, pese a la extensa regulación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público¹ (LCSP en lo sucesivo), no se identifica como tal ni en su estructura ni en su denso contenido normativo. Y, si bien es incentivado por las directivas europeas de 2014 que la LCSP incorpora al ordenamiento interno, en realidad sólo parte del sistema se debe al derecho europeo, como se expondrá en el texto que sigue a continuación.

1 Por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Téngase en cuenta el recurso de inconstitucionalidad n. 739-2018, interpuesto contra el artículo 289.2 (relativo a las prestaciones económicas), disposición adicional 43.ª y las disposiciones finales 9.ª, 11.ª y 12.ª de la LCSP, por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Mareas, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 6 de marzo de 2018 (BOE n. 65, 15.03.2018).

Es más, aunque en un primer momento pudiera parecer lo contrario, el sistema administrativo de control interno –o de control preventivo²– de la contratación pública española ha sufrido pocos cambios con la aprobación de la LCSP, si se compara con lo establecido en la legislación anterior, incluidas sus modificaciones más recientes³. La única innovación es la creación de dos unidades administrativas específicas: el Comité de Cooperación en materia de contratación pública –que se integra en la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Junta Consultiva, en adelante)– y la Oficina Independiente de Regulación y de Supervisión de la Contratación Pública (Oficina de Supervisión, en lo sucesivo), a las que se reconocen, respectivamente, una serie de funciones de coordinación y de supervisión, hasta cierto punto novedosas.

En efecto, el libro IV de la LCSP, bajo la rúbrica “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, regula los órganos competentes en materia de contratación (arts. 323 a 325); los órganos de asistencia (arts. 326 y 327); y los órganos consultivos, entre los que incluye el Comité de Cooperación y la Oficina de Supervisión (arts. 328 a 334)⁴. En el mismo libro IV se incluyen los registros oficiales (arts. 337 a 346) y la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 347), así como el régimen de remisión de información al Tribunal de Cuentas, u órganos autonómicos de control externo (arts. 335 y 336), que no sufre apenas modificaciones.

Desde el plano organizativo, por tanto, se añaden dos nuevos órganos al conjunto de unidades administrativas que, de acuerdo con el TRLCSP de 2011, poseen competencias de control interno en el sector de la contratación pública –órganos de contratación, Junta Consultiva, Intervención General de la Administración General del Estado y tribunales administrativos de recursos contractuales, junto con los órganos autonómicos equivalentes–. La LCSP también atribuye nuevas funciones a alguno de los órganos mencionados, ampliando su actuación de control, a la vez que ensancha el marco de relaciones que habrán de trabarse entre ellos para cumplir con las obligaciones de información que la misma ley contempla. Como se verá, el eje sobre el que pivota el sistema administrativo de control y de supervisión es la información documentada relativa a los contratos públicos.

Acto seguido, debo aclarar que no examino los tribunales administrativos de recursos contractuales, si bien son órganos indiscutibles de control preventivo en este sector. La existencia de una vía específica de resolución de conflictos ante estas instancias administrativas especializadas es indicativa de la complejidad de la legislación de contratos públicos como cuerpo normativo, cuya correcta aplicación exige un sistema de garantías que, en última instancia, detecte irregularidades, aspectos legales a mejorar y evite la corrupción. La razón por la que los excluyo de este trabajo no es otra que el carácter cuasi-jurisdiccional de sus funciones⁵, que los separa, sustancialmente, del resto de órganos de control interno a los que aludo.

2 Lo califica de “preventivo” GIMENO FELIÚ, J.M.^º, en varios de sus trabajos y en “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 240 a 318.

3 La última de ellas, salvo error en la consulta, por la disposición final 9.^ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP, a partir de ahora), que modificó los artículos 60 y 61 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre (TRLCSP, en adelante), y añadió el artículo 61 bis.

4 Estos artículos entraron en vigor el día siguiente al de la publicación oficial de la LCSP (disposición final 16.^ª), o sea, el pasado 10 de noviembre de 2017.

5 reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 [Asunto C-203/14].

En cambio, sí hago referencia a los órganos externos de fiscalización económica de las instituciones públicas –y, por ende, de la contratación administrativa–, en particular al Tribunal de Cuentas y a los órganos externos de fiscalización de las comunidades autónomas (OCEX). Y ello porque el régimen interno de control no puede tratarse obviando la existencia de un control externo de la gestión económica de las administraciones públicas y del resto del sector público.

Por otra parte, el sistema administrativo de control interno y de supervisión no se compone tan sólo de órganos administrativos que se relacionan entre sí desde una mera perspectiva organizativa. Desde el plano funcional, el sistema incluye también funciones públicas, en su acepción más amplia: una clásica, la de control administrativo –jurídico y financiero, atendiendo al respectivo y diferenciado carácter de las reglas sustantivas sujetas a control–, y otra más moderna e imprecisa, la supervisión pública; ambas integran, además, un elenco de variadas tareas asimismo públicas.

En consecuencia, aunque sea brevemente, son necesarias algunas consideraciones en torno a la distinción entre control administrativo y supervisión pública, a los meros efectos de discernir –en la medida de lo posible– cuál es el rol de cada uno de los órganos administrativos en el entramado de relaciones interadministrativas e interinstitucionales que la LCSP articula para el seguimiento de la aplicación y del cumplimiento en España del derecho europeo sobre contratación pública.

1.2 Control administrativo vs. supervisión pública

Si bien el término “control” tiene dos acepciones genéricas, aquí interesa sólo la primera de ellas, esto es, como “actividad desarrollada por las administraciones públicas consistente en la verificación y vigilancia del cumplimiento de la legislación o de las exigencias establecidas en autorizaciones, licencias, concesiones y otros actos, mediante las que se habilita el ejercicio de actividades privadas”⁶.

Este es el significado estricto de control administrativo en un marco conceptual clásico, es decir, la actividad de observación directa del cumplimiento del derecho sustantivo, que puede materializarse *ex ante* a través de un procedimiento previo autorizador, o contractual en nuestro caso, mediante el establecimiento de exigencias concretas en los títulos habilitantes, o de capacidades o requisitos específicos para ser licitador en un proceso de contratación, y, con posterioridad, adjudicatario de un contrato público. En estos supuestos, la vigilancia *ex post* del cumplimiento de tales exigencias y requisitos se activa, siempre y en todo caso, en el marco de la relación jurídica entablada entre Administración y particular, aunque la conexión entre ambas partes relacionadas esté, en ocasiones, meramente latente una vez otorgado el título habilitante o el contrato.

Ante la inexistencia de cualquier relación jurídica efectiva –ya sea en el marco de un procedimiento o en virtud de un título habilitante o de un acto convencional– la verificación del cumplimiento normativo –de deberes, prohibiciones, condiciones o limitaciones– se actúa ordinariamente desde de la posición genérica que posee la Administración pública respecto

⁶ Según el *Diccionario del español jurídico*, de la Real Academia Española, la segunda acepción se refiere a la “facultad atribuida a los tribunales y otras instituciones y organismos de verificar la adecuación a la Constitución y a la legalidad de las decisiones de los poderes públicos”.

de los ciudadanos ante eventuales incumplimientos normativos sectoriales, en ejercicio de las potestades-función de vigilancia e inspección administrativas. Y, aunque tales funciones no están sujetas, en principio, a las reglas del procedimiento administrativo común, también conectan a ambos sujetos –Administración inspectora y sujeto inspeccionado– en una relación ordenada por principios y reglas propias del derecho administrativo e, incluso, ante la eventual presencia de derechos fundamentales, del derecho constitucional.

Sin embargo, cuando la responsabilidad del cumplimiento de las exigencias normativas se desgaja de cualquier conexión jurídica-formal (procedimiento administrativo) o jurídico-material (título habilitante o contrato) con la Administración pública, cediéndose, de manera un tanto extraordinaria, a los particulares u operadores económicos a través de autocontroles ejercidos directamente o mediante encargo a terceros, nos situamos ante un campo propicio para la supervisión administrativa⁷. De hecho, la función pública de supervisión parece estar expandiéndose cómodamente en ámbitos característicos del derecho público económico⁸ en los cuales se da una correlación constante y fluida entre lo público y lo privado, ante el repliegue estratégico del Estado desde su nueva posición de garante⁹.

Los estudios más recientes sobre el control como categoría y concepto jurídicos señalan su carácter de “supraconcepto”, siendo la vigilancia el género dentro del cual, como especie bien definida, se encuentra la supervisión¹⁰. Apuntan también, acertadamente, la construcción y la explicación dogmáticas del control –y asimismo de la vigilancia y la supervisión– desde la categoría de la relación jurídica, porque son procesos o procedimientos en los que es básica “la comunicación” entre los sujetos¹¹.

A partir de esta perspectiva, emergen diferencias significativas entre las categorías presentes en el más amplio concepto de control. Mientras el control inmediato, es decir, la inspección, implica una actividad insistente, profunda, próxima incluso, la supervisión supone “un ver más remoto”, “una mirada desde una perspectiva superior”¹², una posición “en vertical”¹³ respecto de un conjunto de sujetos –públicos o privados, o de ambas condiciones– que se encuentran conectados entre sí en una red de relaciones multidireccionales orientadas a la consecución de objetivos públicos concurrentes con intereses privados, de carácter fundamentalmente económico.

7 De ahí que algunos textos legales aprobados los últimos años se refieran expresamente a esta tarea, como por ejemplo la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que regula el sistema de “supervisión y control de los operadores económicos” (art. 21). Sobre ello, véase, entre otros, 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 Sostiene PAREJO ALFONSO, L., en el capítulo introductorio del libro colectivo por él dirigido (*Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), que son tres las causas inmediatas de “la reciente eclosión de la supervisión (y el control) y su superación (incluyéndolas) de las tradicionales actividades de vela, vigilancia e inspección: la liberalización y re-regulación de sectores de actividad de interés económico general, la ordenación de sectores de riesgo elevado y el desmantelamiento transversal de la policía preventiva en los servicios” (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 y ss.

11 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, cit., p. 89, quien relata que la aparición de función pública específica de la supervisión es muy posterior a la formación plena de la inspección, mencionándose por primera vez en la Ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de los centros escolares. “La razón de esta aparición tardía puede encontrarse en la penetración asimismo tardía de la palabra en la lengua española desde la 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.

Este es el modelo de supervisión de la contratación pública que, salvando las diferencias sustanciales, se asemeja a la supervisión que viene desarrollándose en otros sectores de mercado¹⁴, con objeto de verificar el cumplimiento efectivo de la normativa nacional derivada de la legislación europea. La supervisión pública requiere, siempre, de la cooperación entre distintos órganos o unidades administrativas con instituciones, autoridades u organismos públicos situados en distintos ámbitos competenciales y territoriales –instancias europeas incluidas–, en un escenario de relaciones interadministrativas e interinstitucionales en el que también confluyen agentes privados¹⁵ –operadores económicos y ciudadanos, con voluntades e intereses diferenciados– que colaboran, directa o indirectamente, con el ente supervisor. La colaboración de los sujetos supervisados es uno de los ejes principales de los modelos actuales de supervisión¹⁶.

Además, la supervisión pública se instrumenta a través de funciones y tareas públicas que tienen como denominador común la recogida y sistematización de información relativa a la actuación de los distintos agentes presentes en el proceso de contratación pública en nuestro caso, como conducto de seguimiento de la aplicación y cumplimientos efectivos de la legislación europea de contratos públicos, en especial de los sujetos a regulación armonizada. Se suman a la tarea de obtención de información otras de regulación u ordenación mediante recomendaciones generales o particulares, y otras de comprobación o constatación cuyos resultados no tienen como efecto inmediato el ejercicio de la potestad sancionadora, porque la información y los datos obtenidos por el organismo supervisor han de ser transferidos a los órganos o autoridades –administrativas y/o jurisdiccionales– competentes para sancionar, si procede, las irregularidades o ilegalidades evidenciadas. Finalmente, la información debidamente documentada debe ser remitida a las instancias reguladoras nacionales y europeas, para mejorar los aspectos de la legislación cuya falta de efectividad resulte probada por los resultados empíricos, y, con posterioridad, publicada oficialmente.

En definitiva, estos son los caracteres del sistema de control y de supervisión de la contratación pública cuyo diseño parece culminar la LCSP para cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, integridad y transparencia, un sistema y entramado de órganos administrativos y funciones públicas que, por otra parte, parece reproducirse, salvando algunas diferencias de cultura político-administrativa, en otros países, más cercanos o más lejanos, como ha sido descrito recientemente por la doctrina, resaltando la importancia que tiene en el plano internacional el control de la contratación pública¹⁷.

14 Véanse, entre otros, los estudios sectoriales recopilados en el mencionado libro colectivo dirigido 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; del mismo autor: “Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017, pp. 109 a 133; y “Supervisión administrativa del mercado de valores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 189, 2018, pp. 65 a 92; así como 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, pp. 167 a 222.

15 Lo resalta 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 ello, 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., y 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 Me refiero al excelente libro colectivo, dirigido por FOLLIOU-LALLIOT, L., y TORRICELLI, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018, que reúne distintos autores americanos, europeos y chinos en un análisis simétrico del control de los contratos públicos en sus respectivos países, del cual parecen extraerse cuestiones comunes pero también formas y sistemas distintos de control de la contratación pública. La descripción del caso español la firma VALCÁRCEL FERNÁN-

2 El sistema administrativo de control interno y supervisión de la contratación pública: su fundamento

2.1 La mejora del derecho europeo de la contratación pública

Dos son las razones que fundamentan el sistema de control interno y, de manera particular, de supervisión de la contratación pública, que se encuentran intrínsecamente relacionadas y que, como he señalado, impone en parte la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva 2014/24/UE en lo sucesivo): de un lado, la mejora de derecho europeo de la contratación pública a través del seguimiento de su cumplimiento y aplicación efectivos por los Estados miembros; y, de otro, la prevención y la lucha contra la corrupción en este ámbito.

En cuanto a la primera, la Directiva 2014/24/UE afirma que todavía queda mucho por mejorar en la aplicación eficaz y coherente de la normativa europea en materia de contratación pública, por lo que es fundamental obtener una visión de conjunto de los posibles problemas estructurales y modelos nacionales en la materia, a fin de hacer frente a posibles problemas de forma más selectiva y posibilitar un debate informado sobre cómo mejorar las normas y la práctica de la contratación. Para obtener dicha visión, la directiva obliga al seguimiento de su aplicación por los Estados miembros, cuyos resultados habrán de publicarse con regularidad y ser comunicados a la Comisión. Sin embargo, los Estados gozan de libertad para decidir cómo y quién debe llevar a cabo dicha tarea, y si “debe basarse en un control *ex post* basado en muestras o en un control *ex ante* sistemático de los procedimientos de contratación pública” objeto de la directiva, sin que ello signifique necesariamente conceder legitimación ante los órganos jurisdiccionales a los que hayan realizado el seguimiento (considerando 121).

En concreto, la Directiva 2014/24/UE fuerza a supervisar la aplicación práctica del derecho europeo de la contratación pública y propone la creación por cada Estado miembro de una o varias autoridades, organismos o estructuras con funciones de supervisión, que habrán de ser comunicados a la Comisión Europea. Estas autoridades u organismos, cuando detecten incumplimientos específicos o problemas sistemáticos, por sus propios medios o por haber recibido información al respecto, estarán facultados para señalar estos problemas a las autoridades auditoras, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el Defensor del Pueblo, los parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias. Los resultados de su actuación de supervisión se pondrán a disposición del público y se comunicarán también a la Comisión. A estos efectos, cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, sobre el nivel de participación de las pymes en la contratación pública y sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación. A partir de esta información,

DEZ, 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, pp. 67 a 92.

la Comisión publicará un informe periódico sobre las prácticas más idóneas de contratación en el mercado interior (art. 83, relativo a la “Ejecución de la gobernanza”).

Sin embargo, el sistema de supervisión, o de “nueva gobernanza”, diseñado por la Directiva 24/2014/UE –muy limitado en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales¹⁸– parece sólo instar, pero no obligar, a los Estados miembros a designar tales autoridades de supervisión, definidas por algún autor como un “instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sean capaces de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas”¹⁹.

2.2 La prevención y la lucha contra la corrupción

La segunda razón que fundamenta el sistema es la prevención y la lucha contra la corrupción o, cuando menos, la desincentivación de la corrupción²⁰.

Con estos objetivos, la creación de entidades u organismos de supervisión del sector de la contratación pública venía reclamándose insistentemente en los últimos años. Ya el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014, animaba a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en cuanto ponen en grave riesgo la competitividad en la Unión. De ahí que la necesidad de establecer mecanismos de lucha contra la corrupción en la contratación pública haya sido puesta de manifiesto por las directivas de 2014 para su transposición por cada Estado miembro²¹.

Para el caso específico de España²², la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 27 de julio de 2016²³, advertía claramente la falta de mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* suficientes para garantizar el cumplimiento y la aplicación correctos y uniformes de la legislación en materia de contratación pública.

18 GIMENO FELIÚ, J.M.³, en la ponencia “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*, organizado por la Escuela Gallega de Administración Pública, en colaboración con la Dirección General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, los días 19 y 20 de marzo de 2014, pp. 53-54. La previsión inicial consistía en obligar a los Estados miembros a designar una única autoridad nacional de naturaleza independiente.

19 GIMENO FELIÚ, J.M.³, “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, cit., p. 54.

20 Tomo la expresión de MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 398 y ss.

21 VIDAL MARTÍN T.P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, Mestre Delgado, J.F., y 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 Es obligada la recomendación del libro colectivo, dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M.³, y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, así como el de QUERALT JIMÉNEZ, J. y SANTANA VEGA, D.M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, en el que se incluye el trabajo de MEDINA ARNÁIZ, T., “La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?”, pp. 151 a 169.

23 Por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo [SWD (2016) 263 final], COM (2016) 518 final.

El sistema de control interno y de supervisión de los contratos públicos se justifica también en la necesaria prevención de los conflictos de intereses que suponen que el interés privado del cargo o empleado público se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio²⁴. Se orienta, en suma, a la salvaguarda del principio jurídico de integridad²⁵ que informa la normativa vigente de contratación pública²⁶.

No procede reproducir aquí datos relativos a la corrupción en las licitaciones o ejecuciones de contratos administrativos porque son por desgracia conocidos. Sólo quiero expresar –aunque sea adelantando conclusiones– mis dudas respecto de la efectividad de la actuación de los órganos que integran el sistema administrativo de control interno y de supervisión, para reducir o eliminar los conflictos de intereses y los favoritismos en la contratación pública española, principalmente por la superposición de tareas similares que poseen y la falta de independencia real de la unidad de supervisión.

A mi parecer, junto a las medidas orgánicas y funcionales, cabría considerar seriamente, además, un enfoque normativo distinto tendente a la mejora de la legislación de contratos públicos que detecte de manera anticipada, y con datos empíricos, los incentivos y los desincentivos para el cumplimiento de este sector concreto del derecho público económico. Me refiero a la evaluación *ex ante* y *ex post* del impacto normativo, incluyendo la perspectiva de la corrupción, como “mecanismo analítico diseñado para identificar y eliminar los factores de riesgo de corrupción de la legislación existente y de la nueva”, que está siendo ya promovido por instancias internacionales y considerado un instrumento indispensable de lucha contra la corrupción a través de la propia regulación normativa²⁷.

Regap



ESTUDIOS

3 Autocontrol privado, control social y supervisión pública

3.1 La extensión de medidas de autocontrol (*compliance*) y de autocorrección (*self-cleaning*) a la contratación pública

También por la complejidad inherente a la contratación pública, el derecho administrativo no puede por sí sólo resolver el cúmulo de cuestiones que plantea la práctica administrativa. Así sucede con la aplicación del derecho de la competencia ante los eventuales comportamientos anticompetitivos de las empresas con ocasión de los procedimientos de licitación. A estos

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 el carácter de principio jurídico de la integridad en esta materia, véase, por todos, 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 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 “en la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores, principios y normas que la guían que evitan los conflictos de intereses y el abuso de la posición que ocupan para la obtención de beneficios propios” según 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 de la regulación orientado a la lucha contra la corrupción lo plantea DE BENEDETTO, M., “La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio”, Ponce Solé, J., y 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, donde recoge la definición de la Evaluación del Impacto de la Corrupción (CIA) –que se reproduce en el texto– ofrecida por la 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).

efectos, la LCSP exige a los órganos de contratación, a la Junta Consultiva y a los tribunales administrativos de recursos contractuales –también a los de las comunidades autónomas– notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en lo sucesivo) –o, en su caso, a las autoridades homónimas autonómicas– cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia; en particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación (art. 132.3 LCSP)²⁸.

Ahora bien, cuando las remisiones de una normativa específica a otra no son claras, son inexistentes o discordes, los conflictos sobre cuál es la norma aplicable están asegurados. Este es el caso de la falta de precisión de la LCSP en relación con el órgano competente para declarar la prohibición de contratar de un licitador en el caso específico de resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia (art. 71.1, letra b)²⁹.

Por lo general, las circunstancias constituyentes de las prohibiciones de contratar³⁰ serán apreciadas directamente por los órganos de contratación (art. 72.1), salvo para las causas relacionadas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 71 LCSP, ante las cuales los órganos de contratación deberán apreciarlas cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubieran pronunciado expresamente sobre su alcance y duración (art. 72.2).

En otros casos, será necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo especial instruido a los efectos específicos de declarar el alcance y la duración de la prohibición para contratar. Así habrá de procederse, por ejemplo, cuando la sentencia o resolución administrativa no contengan pronunciamiento a este respecto; ante la falsedad al efectuar la declaración responsable preceptiva o al facilitar los datos relativos a su capacidad y solvencia; o ante incumplimiento de las preceptivas obligaciones de comunicar información (art. 72.2).

No obstante, la LCSP sólo se refiere a los órganos competentes para resolver el procedimiento especial y a un único trámite, el de audiencia (art. 72.5)³¹, sin aclarar las dudas sobre cómo fijar la duración y el alcance de la prohibición para contratar originada en una resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia cuando en ella

28 Por esta y otras razones, la CNMC y las autoridades autonómicas de la competencia “vienen interviniendo cada vez con mayor asiduidad en materia de contratación pública tanto por la vía de informes y recomendaciones como ya por la apertura de procedimientos sancionadores”; así lo afirma de manera acertada RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., “Los principios generales de contratación pública”, Gamero Casado, E., y 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 fue introducida por la disposición final 9.^a de la LRJSP, que modificó los artículos 60 y 61 del TRLCSP, e introdujo el artículo 61bis. La han estudiado bien, y a sus trabajos me remito, entre otros, 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; y GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, Guillén Caramés, J., y 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 bien tales circunstancias GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1285 a 1348.

31 En los dos primeros supuestos anteriores, la competencia para acordar la duración y alcance de la prohibición corresponderá al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva, o a los órganos autonómicos competentes para el supuesto de falsedad al efectuar la declaración responsable (art. 72.3).

no se concretan aquellos extremos (art. 71.1.b.). Porque, de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, no existe ninguna sanción accesoria de prohibición de contratar con el sector público para las empresas que han sido sancionadas por ese tipo de infracción, por lo que ni los órganos administrativos ni las autoridades de defensa de la competencia estarían legalmente facultados para declarar tal prohibición³².

Como se ha señalado bien, la LCSP no se refiere a las clases o tipos de sanciones prohibitivas, ni tampoco a la graduación de su contenido establecido en las leyes especiales sancionadoras, sino sólo a las infracciones sancionadas³³. El principal criterio de la LCSP para establecer las causas de prohibición de contratar es únicamente la gravedad de las infracciones administrativas –infracciones graves o muy graves, según los casos de los que traen causa y las leyes administrativas que las tipifican–³⁴, de ahí los problemas de interpretación y aplicación normativas.

Pues bien, la LCSP no sólo no soluciona la cuestión, sino que parece modular ahora la prohibición de contratar por causa de sanción en materia de competencia³⁵ a través de medidas algo alejadas de nuestro entorno jurídico, como son los programas de cumplimiento normativo (*Compliance*)³⁶ y ciertas medidas de redención o autocorrección de irregularidades jurídicas (*Self-cleaning*) que, por impulso de las directivas de 2014, se extienden al ámbito de la contratación pública³⁷ desde los ámbitos específicos en los que se introdujeron inicialmente, en el derecho penal primero, y, con posterioridad, en el derecho de la competencia³⁸.

En concreto, salvo para las causas de prohibición de contratar derivadas de sentencia penal firme, no procederá declarar la prohibición de contratar mediante aquel procedimiento administrativo especial cuando en el trámite de audiencia la persona jurídica incurso en la causa de prohibición acredite (art. 72.5):

-
- 32 GUILLEN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., para quien esta doble posibilidad prevista en la LCSP no hace sino arrojar más oscuridad sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia, cuya finalidad es “meramente punitiva y en nada afecta, por tanto, a la capacidad y solvencia de las empresas para contratar con el sector público, sino que se trata de un castigo a las mismas derivado de infracciones de la competencia que resultan muy perjudiciales para el ámbito de la 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., quien sostiene que en la selección de esa gravedad la LCSP olvida que, “aun cuando el principio de proporcionalidad en la tipificación de la gravedad de las conductas infractoras obliga al legislador (ex art. 29.3 de la LRJSP), su calificación como infracciones leves, graves o muy graves por parte de los legisladores sectoriales no siempre resulta ser congruente y respetuosa con dicho principio general del derecho administrativo sancionador” (p. 1303).
- 35 GUILLEN 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 la exigencia de programas de *compliance* como requisito genérico para contratar con las administraciones públicas, se ha pronunciado GIMENO FELIÚ, J.M.³, “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 y ss. Un tratamiento más general de este tipo de medidas es el de CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.
- 37 Véase 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; y LÓPEZ DONAIRE, B., “Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.
- 38 Sobre ello, PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La importancia de los programas de cumplimiento –Compliance Programmes– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *ICE. 50 Aniversario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia*, n. 876, 2014, pp. 75 a 90. Es también de interés la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (As. Mudanzas Internacionales).

a) el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia o resolución administrativa de las que derive aquella causa, siempre y cuando dicha persona haya sido declarada responsable del pago de la misma en la citada sentencia o resolución (*self-cleaning*); y

b) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas³⁹ para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (*compliance*), entre las que quedará incluido acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia⁴⁰.

El carácter convencional de esta forma de terminación del procedimiento parece indiscutible, dado que acaba “por reconocimiento de la responsabilidad derivada de la causa prohibitiva y el consiguiente pago voluntario del contenido pecuniario declarado en las resoluciones administrativas (sancionadoras o no) o, en su caso, judiciales constitutivas de las situaciones inhabilitadoras”⁴¹, ante la adopción de medidas autocorrectoras o de técnicas organizativas para el autocontrol del cumplimiento normativo con las que evitar la comisión de futuras infracciones.

Además, la declaración de prohibición de contratar resultado de un procedimiento administrativo de este tipo podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia cuando la persona que haya sido declarada en tal situación acredite el cumplimiento de aquellas medidas de autocontrol y autocorrección. La revisión corresponderá al mismo órgano administrativo que dictó la resolución inicial (art. 72.5 *in fine*).

Sin duda, para los licitadores, estos mecanismos de autorregulación constituyen interesantes vías de estímulo para acatar el ordenamiento jurídico⁴² porque les permiten superar determinadas exclusiones o causas de prohibición para contratar en las que se encuentren incursos, y, con ello, acceder al mercado de la contratación pública. Sin embargo, pese a que la LCSP no se pronuncia al respecto –parece remitirlo al desarrollo reglamentario–, tales mecanismos deberán siempre ser evaluados por los órganos de contratación –o, en su caso, por las autoridades de defensa de la competencia– en el correspondiente procedimiento administrativo⁴³ y, con posterioridad, ser acreditados sus (buenos) resultados, pues lo que se encuentra en juego es la gestión de recursos públicos.

39 Como ha señalado bien BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 419), la expresión “medidas apropiadas” es claramente diferente a la utilizada por el artículo 31 bis del Código penal, que se refiere a “medidas eficaces”.

40 Artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

41 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., quien observa que LCSP “no está contemplando una resolución administrativa declaratoria o apreciadora de la prohibición de contratar, sino una resolución administrativa no apreciadora o declarativa”, dado que “impone la resolución no habilitadora por el mero cumplimiento por parte del interesado de sus obligaciones de pago derivadas de las resoluciones administrativas o judiciales [de las que derivan las circunstancias de las prohibiciones de contratar]; en otras palabras, concurriendo la causa prohibitiva, sin embargo, se impide declararla y, por tanto, aplicarla” (pp. 1342 y ss.).

42 Lo definen como un derecho de los operadores económicos reconocido en las Directivas de 2014 GUILLEN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., pp. 144-145, y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, cit., p. 48.

43 Al respecto, el considerando 102 de la Directiva 2014/24/UE expresa que: “Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que trate. Los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación. No obstante, se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado”.

3.2 La apertura al auxilio del control social

La Directiva 2014/24/UE alude también al control del cumplimiento y aplicación de la normativa de contratos públicos por parte de los ciudadanos en cuanto contribuyentes (*citizen enforcement*)⁴⁴ y, en consecuencia, como titulares de un interés legítimo en la tramitación de procedimientos de contratación pública adecuados. Los ciudadanos, organizados o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso en materia de contratación tendrán ahora –si así lo establecen normativamente los Estados miembros– la posibilidad de denunciar, señalar o trasladar información sobre posibles infracciones en esta materia a las autoridades u organismos competentes, sin que ello implique que se les conceda legitimación ante los órganos jurisdiccionales. Para ello, la citada directiva insta a los Estados miembros a facilitar este acceso a los ciudadanos ante las autoridades o estructuras de supervisión general o sectorial, tales como las autoridades de defensa de la competencia o el Defensor del Pueblo⁴⁵.

La LCSP parece referirse a este control ciudadano o social en el artículo 64 –bajo la rúbrica “Lucha contra la corrupción y prevención de conflictos de intereses” –, al final del apartado 2, al establecer un deber genérico de denuncia, de forma que cualquier persona física o entidad que tenga conocimiento de un posible conflicto de intereses deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Esta modalidad de control social de la contratación pública supone un importante mecanismo de auxilio a la prevención y la lucha públicas contra la corrupción⁴⁶. Los ciudadanos anónimos pueden participar, de forma voluntaria y altruista, en la vigilancia de la contratación pública y la supervisión del cumplimiento efectivo de la legislación, sea mediante alertas o sea a través de denuncias de casos de conflictos de intereses o de corrupción, pero siempre con las garantías necesarias para la protección de su identidad⁴⁷. A estos efectos, los medios electrónicos pueden contribuir tanto a facilitar la denuncia ciudadana⁴⁸ como a proteger el anonimato y garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a posibles futuras represalias⁴⁹.

Por eso, entre otros, BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 420) defiende que los órganos públicos que deben valorar las medidas propuestas por los contratistas sean entes especializados en materia penal y administrativa que puedan unificar criterios y evitar la inseguridad que podría generar que tal competencia se asigne a cada poder adjudicador.

44 Con este nombre se identifican los ciudadanos que colaboran en el control del cumplimiento normativo en materia ambiental; véase, en particular, el artículo 9.3 del Convenio de Aarhus, ratificado mediante la Decisión del Consejo de la Comunidad Europea 2005/370, de 17 de febrero; sobre ello, 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 Véase el considerando 122 de la Directiva 2014/24/UE.

46 Y, por tanto, una garantía de la integridad, como reitera CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.⁸ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (cap. 43: versión electrónica).

47 Un régimen de protección particularmente interesante es el que establece la reciente Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, en los arts. 24 y ss., en los que se encomienda a la oficina velar por que los denunciantes no sufran aislamiento, persecución o un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral, ni puedan sufrir cualquier forma de perjuicio o discriminación como consecuencia de su actuación.

48 Así, los mecanismos de denuncia en línea (*Fraud Notification System*) ante la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

49 Véase 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 ejemplo comparado cercano lo encontramos en la regulación de la protección del “delator” en Francia por la *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.

La figura del denunciante o alertador (*whistleblower*) en la lucha contra la corrupción es ampliamente reconocida en el ámbito internacional⁵⁰. También entre nosotros existen experiencias; tal es el caso, por ejemplo, de las acciones de denuncia ciudadana ante la Oficina Antifraude de Cataluña, de acuerdo con la Ley 14/2008, de 4 de noviembre⁵¹. Más reciente es la previsión de la Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, relativa a un buzón destinado a recibir quejas, denuncias o sugerencias por escrito de la ciudadanía relacionadas con actuaciones o conductas en las que puedan incurrir las autoridades, el personal o los altos cargos de la comunidad, a partir de las cuales la oficina estudiará si inicia de oficio un procedimiento de investigación (arts. 12 y ss.)⁵².

En este punto parece adquirir relevancia la regulación de la denuncia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, en cuanto “acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento” (art. 62.1), procedimiento que, cabe entender, será de inspección, porque el denunciante tendrá esa pretensión –esto es, que los hechos denunciados sean investigados y, si procede, sancionados.

4 La arquitectura institucional para el control interno y la supervisión de la contratación pública

4.1 La organización administrativa específica

Como he avanzado, la organización administrativa encargada del control y la supervisión de la contratación pública se sistematiza en el capítulo I del libro IV de la LCSP, en el que se regulan los órganos de contratación, los de asistencia y los consultivos como órganos competentes para la gestión de los contratos públicos. La “nueva estructura de órganos de control y supervisión”⁵³ está compuesta de los órganos colegiados indicados con anterioridad: la Junta Consultiva, el Comité de Cooperación y la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Veamos a continuación cuál es el papel de cada uno de ellos y cómo se interrelacionan dentro del sistema, junto con otras unidades administrativas e instituciones públicas.

50 GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., p. 307.

51 Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos. La persona informante puede solicitar que se guarde la confidencialidad de su identidad, y la persona de la oficina está obligado a mantenerla, excepto en el caso de recibir un requerimiento judicial (art. 16.3).

52 Sobre este tipo de buzones, denominados “de integridad”, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit., quien remarca la exigencia de norma jurídica para regular este tipo de canales de participación.

53 La expresión es de 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, pp. 141 a 143.

4.1.1 Los órganos de contratación y la prevención ante los conflictos de intereses

Los órganos de contratación, como representantes de las entidades del sector público (art. 61 LCSP), son los órganos competentes para adjudicar el contrato y celebrar el negocio jurídico. Con ello, son parte activa de la relación jurídica de base contractual, originada en el procedimiento previo de licitación, en cuyo marco la LCSP les otorga ahora, de manera novedosa y específica, una nueva responsabilidad en el sistema de control interno de la contratación pública orientada a la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses. Curiosamente, esa responsabilidad no parece extenderse a lo largo de la relación jurídica que se mantendrá con la empresa adjudicataria hasta la resolución definitiva del contrato público, porque el artículo 64 de la LCSP la concentra únicamente en los procedimientos de licitación.

Sin precedente legislativo en la normativa de contratación pública⁵⁴, la LCSP impone a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo o la corrupción, así como prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores (art. 64.1).

A estos efectos, el conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado de este, tenga directa o indirectamente interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación (art. 64.2).

Como es sabido, en lo que se refiere a los altos cargos, los conflictos de intereses se acotan a la falta de objetividad en el servicio a los intereses generales que les incumbe, por lo que están obligados a evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades (art. 11.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo)⁵⁵. Se entiende, pues, que un alto cargo está incurso en un conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar –en este caso en relación con un expediente de contratación pública– pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio para estos (art. 11.2)⁵⁶. Por ello, sorprende que la LCSP no remita en ningún momento a la Oficina de Conflictos de Intereses, como órgano

54 VIDAL MARTÍN, T.P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, cit., p. 90; y, en sentido parecido, IGLESIAS REY, P., “Transparencia en la contratación pública”, Mestre Delgado, J.F., y 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 del ejercicio del alto cargo en la Administración general del Estado.

56 De ahí la prohibición de contratar con las administraciones públicas y con el resto del sector público de las personas físicas, o administradores de la persona jurídica, que se encuentren incursas en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, o de las normas autonómicas correspondientes; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; o, en su caso, se trate de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general. La prohibición alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías legalmente establecidos, el personal y los altos cargos antes mencionados, así como los cargos electos al servicio de aquellas. En ambos casos, la prohibición de contratar es extensiva a los cónyuges y personas análogas, ascendientes y descendientes, así como parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas mencionadas, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiera delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero (art. 71.1.g. LCSP).

Por contraste con estas situaciones de exclusión, me parece interesante recomendar el trabajo 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.

interno de vigilancia y control que actúa con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones de lucha contra la conflictividad de los intereses en juego⁵⁷, también en la materia que nos ocupa; mucho más cuando la oficina se adscribe al mismo ministerio, el de Hacienda y Función Pública (art. 19.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo), que la Oficina de Supervisión de la Contratación Pública, la Intervención General de la Administración General del Estado y el resto de órganos del sistema de control preventivo de la contratación pública.

Acto seguido, es necesario remarcar las circunstancias ante las cuales el órgano de contratación deberá cumplir con la obligación de tomar las medidas que sean adecuadas para solucionar los conflictos de intereses, porque habrán de adoptarse incluso cuando exista tan sólo una apariencia, percepción o presunción de afectación de la imparcialidad e independencia del órgano de contratación, por el interés financiero, económico o personal de alguno de sus miembros, aunque sea indirectamente. No será siquiera preciso probar que el conflicto de intereses incide en la toma de decisiones en el marco del procedimiento contractual. Bastará únicamente con la apariencia de estar comprometida la imparcialidad e independencia del personal al servicio del órgano de contratación que puede influir en la resolución de la licitación, lo que, por otra parte, excede de las causas ordinarias de abstención previstas en la LRJSP (art. 23).

Pero esta es la filosofía de la Directiva 2014/24/UE. De ella se deduce, de una parte, que no es necesario que el conflicto de intereses sea real, sino sólo “percibido”; de otra, que no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que, si se prueba que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en el procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de prácticas contrarias a la competencia entre licitadores, aquella exclusión no estará justificada; y, finalmente, que la exclusión de un licitador será indispensable cuando no se disponga de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia⁵⁸.

Con todo, la LCSP no se pronuncia respecto del tipo y carácter de las medidas adecuadas para solucionar los posibles conflictos de intereses⁵⁹, ni tampoco de cuál es el procedimiento administrativo a seguir para declarar, una vez realizada la actividad probatoria oportuna, la existencia o inexistencia de conflicto de intereses, que servirá de base y fundamento, en su caso, a la exclusión de la empresa licitadora del procedimiento contractual. A este respecto, cabría considerar si la LCSP no se refiere al inicio de un procedimiento administrativo orientado precisamente a examinar las circunstancias concurrentes y acreditar la existencia o no de un auténtico conflicto de intereses, procedimiento y actividad probatoria indispensable que, con posterioridad, podrán ser objeto de control por los tribunales administrativos en el ámbito de la contratación pública o por los tribunales ordinarios del orden jurisdiccional.

57 Una crítica interesante sobre el funcionamiento de esta oficina es la 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.

58 IGLESIAS REY, P. “Transparencia en la contratación pública”, cit., pp. 303-304.

59 Ni para solucionarlos ni para prevenirlos, aunque para la prevención sea cada vez más frecuente la adopción por los órganos de contratación de medidas tales como la implantación de códigos éticos que contribuyan a la consolidación de la cultura de la integridad entre los empleados públicos y las propias empresas licitadoras, así como de manuales internos de gestión de riesgos y planes de prevención de riesgos de corrupción o, incluso, la adopción de pactos de integridad; en este sentido lo manifiesta TORRALBA MENA, I., en el comentario al artículo 64 LCSP incluido en el 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.

Por último, con la finalidad de control e identificación de posibles conflictos de intereses, la LCSP obliga a los órganos de contratación a redactar un informe específico sobre cada contrato de obras, suministros, servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que se establezca un sistema dinámico de adquisición (art. 336.1)⁶⁰. Este informe, o sus elementos principales, será remitido a la Comisión Europea o al Comité de Cooperación en materia de contratación pública únicamente cuando lo soliciten (art. 336.2).

4.1.2 La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: punto de referencia único para las obligaciones europeas de información

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁶¹ es el órgano colegiado específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal (art. 328.1), adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y con una composición público-privada, dado que en ella pueden participar agentes del sector privado. Son ahora también vocales natos, con voz pero sin voto, el presidente de la Oficina de Supervisión y un representante de la CNMC (art. 328.2).

La LCSP incluye a la Junta Consultiva en el conjunto de órganos que conforman el sistema de control interno de la contratación pública, situándola en la posición privilegiada de ser el punto de contacto único para la cooperación española con la Comisión Europea en la aplicación de la legislación sobre contratación pública⁶². Para ello, se amplían sus funciones de cara a evitar el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses y otras irregularidades en los procedimientos contractuales, con lo que, entre otras, ejercerá las siguientes tareas: a) promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación; b) aprobar las recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, que habrán de ser publicadas, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración; c) informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal o reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal; y d) coordinar

60 Este informe incluirá, como mínimo: a) el nombre y dirección del poder adjudicador, y el objeto previo del contrato, del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición; b) en su caso, los resultados de la selección cualitativa y/o la reducción del número de ofertas y de soluciones, de conformidad con lo legalmente establecido para los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, y, en concreto, los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su elección, así como los nombres de aquellos excluidos y los motivos que justifican la exclusión; c) los motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas; d) el nombre del adjudicatario y los motivos por los que ha elegido su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto contratar con terceros y, si existen y se conocen, los nombres de los subcontratistas; e) para los procedimientos de licitación con negociación y los de diálogo competitivo, las circunstancias respectivas que justifiquen el recurso a estos procedimientos; f) las circunstancias que justifiquen, en su caso, el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa; g) en su caso, los motivos por los que el poder adjudicador haya decidido no adjudicar o celebrar un contrato o acuerdo marco o haya renunciado a establecer un sistema dinámico de adquisición; h) los motivos, en su caso, por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación de ofertas; i) los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto, si aquellos se han dado; j) las medidas tomadas para garantizar el no falseamiento de la competencia en caso de participación en la licitación de empresas que previamente hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, o hubiesen asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación (art. 336.1).

61 Que sufre también un cambio de denominación respecto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (art. 324 TRLCSP).

62 En este 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 y ss.

el cumplimiento de las obligaciones de información que imponen las directivas de 2014 (art. 328.3 en concordancia con el artículo 83 de la Directiva 2014/24/UE).

Para cumplir con esta última responsabilidad, la Junta Consultiva debe remitir a la Comisión Europea, cada tres años, un informe relativo a todos los poderes adjudicadores del conjunto del Estado –incluidos los autonómicos y locales– que comprenda información contenida en el informe de supervisión emitido por la Oficina de Supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada. Asimismo, contendrá información sobre la participación de las pymes en la contratación pública; los órganos encargados de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del cumplimiento del derecho europeo; y las iniciativas adoptadas para proporcionar ayuda en la aplicación de la normativa europea en este ámbito o para dar respuesta a las dificultades que plantee su aplicación, así como para planificar los procedimientos de contratación⁶³.

El informe deberá ser remitido a la Comisión Europea en los 15 días siguientes a su adopción, y la Junta Consultiva deberá publicarlo en el plazo de un mes, en los correspondientes portales de transparencia y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Esta es, pues, la nueva posición ante las instancias europeas que la LCSP otorga a este órgano consultivo, a la vez que traslada su labor más característica –homogeneizar los criterios para la interpretación de la normativa de contratos públicos– a otro órgano colegiado, si bien residenciado en su propia organización.

4.1.3 El Comité de Cooperación en materia de contratación pública: la cooperación interadministrativa ante la complejidad normativa

La normativa de contratación pública es un sector del ordenamiento jurídico que, por su complejidad, conlleva considerables dificultades para poderes adjudicadores y operadores económicos. Ello ha venido justificando la constitución de órganos específicos para las tareas de interpretación normativa, asistencia y recomendación, siendo las juntas consultivas los órganos consultivos tradicionales para la resolución de las dudas que surgen de la aplicación efectiva de la legislación de contratos públicos.

Dentro de la Junta Consultiva del Estado, la LCSP crea el Comité de Cooperación en materia de contratación pública⁶⁴, como órgano colegiado que actúa en pleno o en secciones⁶⁵, cuyo objeto es asumir compromisos específicos en áreas de acción comunes de las distintas administraciones públicas, conforme a los principios que rigen las relaciones interadministrativas (art. 329). Con todo, la creación de esta nueva unidad administrativa genera importantes dudas de constitucionalidad, principalmente porque las tareas que le asigna la

63 Véase el Informe relativo a la 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 mayo de 2018). El periodo temporal al que se refiere la información documentada en este informe es sólo el año 2017 (cerrado a 15 de diciembre), tal como estableció la Comisión Europea para el primer informe, según se afirma en la introducción (p. 13).

64 El comité se constituyó y celebró su primera reunión el pasado 19 de febrero de 2018, presidido por el subsecretario del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

65 Tendrá las secciones que se determinen reglamentariamente, contando en todo caso con las 5 siguientes: sección relativa a la regulación de la contratación; sección relativa a la información cuantitativa y estadística en materia de contratación pública; sección relativa a la supervisión de la contratación pública; y sección de contratación pública electrónica (art. 329.3).

LCSP están dirigidas, en su mayoría, a la elaboración de la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública (Estrategia Nacional, en lo sucesivo), que habrá de someter a la aprobación de la Oficina de Supervisión (art. 329.1.a en relación con el art. 332.6.a.), por lo que nos situamos ante funciones de ordenación que superan las meras de cooperación interadministrativa.

Entre otras, el comité llevará a cabo las labores de: a) coordinación de los criterios de interpretación normativa seguidos por las administraciones públicas; b) proposición de criterios de selección de las actuaciones de supervisión de la contratación y elaboración de una metodología básica común; c) supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas; d) análisis de las cuestiones relativas a la contratación pública de interés común; e) recopilación de información sobre participación de las pymes en la contratación pública y datos estadísticos sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, así como sobre las iniciativas adoptadas para proporcionar orientación en la aplicación de la normativa europea en la materia o para dar respuesta a las dificultades que plantee su aplicación; y, finalmente, f) coordinar el impulso de la contratación electrónica, tarea esta nada desdeñable.

4.1.4 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública

Por último, como cúspide de la organización específica para la gestión de la contratación pública, la LCSP crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión (art. 332)⁶⁶, dentro del mismo apartado de los órganos consultivos, si bien se le confieren otras funciones que sobrepasan las meramente consultivas. En concreto, la Oficina de Supervisión se crea “con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades” en la materia, para lo cual actuará con plena independencia orgánica y funcional, pese a adscribirse al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de su subsecretaría.

Tales funciones –velar, promover, combatir– son sustancialmente indeterminadas, por lo que algunas de las expectativas generadas con el anuncio de la Oficina de Supervisión probablemente no vayan a verse cumplidas. Son muchas también las dudas existentes respecto de su independencia efectiva, porque poco o nada tiene que ver este organismo con una autoridad independiente de supervisión real de la contratación pública, pese a haberse inicialmente ideado como tal durante la tramitación parlamentaria de la LCSP⁶⁷. A ello volveré en apartados posteriores.

La Oficina de Supervisión –instaurada, con rango de subdirección general, por el Real decreto 256/2018, de 4 de mayo⁶⁸– integra, a su vez, otro órgano colegiado, la Oficina Nacional de

66 Su creación estaba ya prevista en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 (disp. ad. centésima trigésima).

67 La inclusión de la Oficina de Supervisión en el texto de la LCSP procede de la aceptación de una enmienda transaccional al proyecto de LCSP, originada en las enmiendas n. 192 del grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y n. 414 del grupo de Ciudadanos.

68 Por el que se modifica el Real decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Aclara el real decreto, en su exposición de motivos, que sólo “configura un mínimo esquema



Evaluación (art. 333), creada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que la incorporó al TRLCSP de 2011 para analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios públicos⁶⁹.

La Oficina Nacional de Evaluación (Oficina de Evaluación, en adelante) es un órgano integrado en la Oficina de Supervisión, a los meros efectos de organización. Pero tales efectos no dejan de ser sorprendentes por la intersección de órganos administrativos que implica y que –salvo error en la consulta o insalvable desconocimiento por mi parte– no existen en otros ámbitos de la organización administrativa. Además, el régimen vigente de los órganos colegiados de la Administración general del Estado (arts. 15 y ss. LRJSP) no contempla el supuesto de creación de un órgano administrativo colegiado en el seno de otro órgano de idéntico carácter, mucho menos con competencias sustantivas diferenciadas, como es el caso, porque la función principal de esta nueva unidad administrativa es elaborar informes preceptivos, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios. Justamente esta competencia de emisión de informes preceptivos que servirán de base a las decisiones de los poderes adjudicadores exige que su creación sea por norma específica con publicación en el BOE, como asimismo se impone para el caso de atribución de competencias de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos de la Administración general del Estado (art. 22.1 LRJSP).

Por otra parte, como no podría ser de otra forma en nuestro sistema constitucional, las funciones de supervisión de la contratación pública pueden atribuirse a órganos u organismos autonómicos existentes o de nueva creación. Este es el caso de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, que, en aplicación de su régimen foral en la materia (disp. final 2.ª LCSP), prevé la creación de la citada Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción (disp. ad. 18.ª), que desempeñará las funciones de prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, y remitirá la información al Parlamento de Navarra “para hacer posible el control y vigilancia de la contratación pública y de las iniciativas de mejora normativa que se adopten en esta materia” (disp. ad. 18.ª, segundo apartado). La reciente y novedosa Ley 7/2018, de 17 de mayo, de creación de esta oficina, confirma su carácter de autoridad independiente, condición que la distancia formal y funcionalmente de la Oficina Independiente estatal.

4.1.5 La Intervención General de la Administración General del Estado

Dentro del conjunto de órganos encargados del control interno del gasto público –y, por ende, de la contratación pública y de la corrupción⁷⁰– se encuentra en una posición central la Intervención General de la Administración del Estado y los órganos equivalentes de las

organizativo, que, sin perjuicio de un posterior desarrollo orgánico y reglamentario, permita iniciar el proceso de dotación y funcionamiento de estos órganos”.

69 Apartado 12 de la disposición final novena de la LRJSP, por el que se incorpora una nueva disposición adicional 32.ª al TRLCSP de 2011, con un contenido que difiere poco del vigente artículo 333 LCSP, salvo en la referencia a los servicios públicos que contenía la LRJSP y que ahora desaparece.

70 Sobre ello, 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 y ss.

comunidades autónomas encargados del control financiero de la gestión económico-financiera del sector público autonómico y local⁷¹.

La Intervención General ejerce el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal –es decir, sobre la totalidad de los órganos y entidades del sector público de la Administración del Estado, a través de sus servicios centrales o de sus intervenciones delegadas– con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle (arts. 140.2 y 143 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria –LGP en lo sucesivo–).

Este control financiero especializado tiene, entre sus objetivos: a) verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control; b) verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados que deba reglamentariamente formar cada órgano o entidad; c) evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley general de estabilidad; y d) verificar el cumplimiento de los objetivos asignados a los centros gestores del gasto en los presupuestos generales del Estado (art. 142.1 LGP).

Por tanto, las funciones de la Oficina de Supervisión se realizarán “sin perjuicio” de las competencias de la Intervención General del Estado (art. 332.11), a quien la LCSP encomienda el deber de remitir anualmente a la Oficina de Supervisión un informe global con los resultados más significativos de su actividad, cabe entender referida al control económico-financiero sólo relativo a la contratación pública.

Sorprende este nuevo deber de información a cargo de la Intervención General porque la LGP obliga únicamente a presentar al Consejo de Ministros informes generales de control, finales o anticipados, con los resultados más significativos de la ejecución del Plan anual de control financiero permanente y del Plan anual de auditoría de cada ejercicio, informes que con posterioridad serán publicados en la página web de la Intervención General (art. 146 LGP), en cumplimiento de las obligaciones de transparencia. Surge la duda, de inmediato, de si la LCSP está imponiendo la confección de un nuevo tipo de informe –“global” en este caso– a la Intervención General de la Administración del Estado, modificando la LGP.

4.2 Control externo de la contratación pública: el Tribunal de Cuentas y la Comisión Mixta Congreso-Senado

El control externo de la contratación pública viene concentrándose, desde la vertiente de la gestión económico-financiera del sector público y del gasto público (art. 31 CE), en el Tribunal de Cuentas –órgano supremo fiscalizador de las cuentas del Estado, que depende directamente de las Cortes Generales (art. 136 CE)– y en los órganos externos de fiscalización de las comunidades autónomas (OCEX)⁷², con los que forzosamente debe coordinarse. Estos

71 Para el ámbito local, véase el Real decreto 424/2017, de 28 de abril, de régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, en desarrollo del artículo 213 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

72 Los órganos de control externo son ejemplo de buenas prácticas intergubernamentales, en opinión de ABELLÁN LÓPEZ, M.ª Á., y 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 y ss.

órganos convergen, por tanto, en el sistema de control preventivo y de supervisión de la contratación pública, desde una posición externa en este caso⁷³ y en un momento posterior⁷⁴.

En la actualidad, el Tribunal de Cuentas ejerce una función fiscalizadora externa permanente, así como jurisdiccional contable y también consultiva, aunque limitada⁷⁵. Existen, sin embargo, en lo que se refiere al control de la contratación pública, críticas fundadas a su funcionamiento actual, con propuestas de refuerzo del control externo en España en la lucha contra la corrupción. Se reclama, en especial, la revisión de su funcionamiento para solucionar los retrasos en la emisión de los informes, tanto por parte del Tribunal de Cuentas como por los órganos autonómicos de fiscalización, y lograr un mayor cumplimiento de las conclusiones y recomendaciones de los OCEX y su seguimiento, así como su investigación de oficio y posibilidad de suspender procedimientos y de sancionar⁷⁶.

La LCSP no incide prácticamente en la anterior regulación de las obligaciones legales de remitir información contractual al Tribunal de Cuentas y a los OCEX. Para el ejercicio de las funciones fiscalizadoras que estos órganos tienen constitucional y legalmente atribuidas, dentro de los 3 meses siguientes a la formalización del contrato, deberá remitirse telemáticamente al órgano externo que corresponda competencialmente una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado el contrato –aunque el artículo 153 LCSP se refiere a “documento administrativo o escritura pública”⁷⁷– acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que el precio de adjudicación del contrato o en el caso de acuerdos marco, el valor estimado exceda de 600.000 euros, en el caso de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios; de 450.000 euros, en el caso de suministros, y de 150.000 euros en el caso de servicios y de contratos administrativos especiales (art. 335.1).

73 Los incluye también CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit.; véase, con anterioridad, el estudio detallado 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, y también FERNÁNDEZ AJENJO, J.A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 317 y ss.

74 Señala bien en este sentido DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., en su excelente trabajo “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 conviene mejorar e incrementar las relaciones y la coordinación entre los órganos que realizan las funciones de control interno –como la Intervención General de la Administración del Estado– y las de fiscalización.

75 Función consultiva atribuida por el artículo 22.Dos de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y de otras medidas de reforma administrativa, que añadió una disposición adicional undécima a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según la cual deben someterse a informe preceptivo, pero no vinculante, del tribunal “los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que versen sobre su régimen jurídico o sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional”.
Sobre ello, véase 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.

76 Se pronuncian en estos términos 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.ª, y Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016 pp. 83-108; y GIMENO FELIÚ, J.M.ª: “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., pp. 240 a 318, en particular, pp. 304-305, donde propone incluso residenciar en estos órganos la función de los tribunales de recursos contractuales (como sección independiente). Algunas otras y atinadas recomendaciones incluye DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., “El Tribunal de Cuentas”, cit., pp. 392-396.

77 Salvo para los contratos basados en un acuerdo marco o los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, en cuyos casos no es necesaria la formalización del contrato, “los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación” (art. 153.1 LCSP).

Como única novedad de la LCSP –y con voluntad clara de procurar la máxima transparencia y control de la contratación pública– también serán objeto de remisión⁷⁸ al Tribunal de Cuentas –u OCEX competente– la copia certificada y el extracto del expediente relativos a los contratos basados en un acuerdo marco y los celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición cuando el precio de adjudicación del contrato exceda en función de su naturaleza de las cuantías antes señaladas. Asimismo, se remitirá –con la opción de que sea directamente vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil de contratante el correspondiente órgano de contratación– una relación del resto de contratos formalizados, incluyendo la mayoría de contratos menores⁷⁹, en la que se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía (art. 335.1). Igualmente, habrán de comunicarse a los órganos de control externo las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos antes indicados (art. 335.2). Compete al Tribunal de Cuentas –u órgano externo de fiscalización autonómico–, mediante las correspondientes instrucciones, determinar la forma y procedimiento para hacer efectivas estas obligaciones de remisión de información (art. 335.5)⁸⁰.

Por su parte, es remarcable la nueva facultad que otorga al OCEX autonómico la mencionada Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra; en concreto, le otorga a la Cámara de Comptos, en su labor de fiscalización externa de la contratación pública, la competencia para formular recomendaciones que permitan corregir irregularidades o malas prácticas, o bien optimizar la actividad contractual de los poderes adjudicadores (art. 118).

Por último, la participación de las Cortes Generales en el control y la supervisión de la contratación pública se articula de manera continuada a través del Tribunal de Cuentas –de las que depende directamente– en el marco de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas⁸¹. En este marco, el máximo órgano fiscalizador ha de remitir al Parlamento, además del Programa anual de fiscalizaciones y las modificaciones que se pudieran ir incorporando a él, los informes, memorias, mociones o normas en los que se recojan los resultados de su actividad fiscalizadora, así como la memoria de las actuaciones jurisdiccionales (arts. 12 y 13 de la LOTCu).

78 La obligación de remisión de contratos públicos, y de información respecto de sus eventualidades una vez adjudicados, incumbe, en el ámbito de la Administración general del Estado y de las entidades del sector público dependientes de ella, a los órganos de contratación (art. 335.4 LCSP).

79 Exceptuándose los contratos menores de importe inferior a 5.000 euros que se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija –regulado en el artículo 78 de la mencionada Ley general presupuestaria– u otro sistema similar para realizar pagos menores.

80 Véase el Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas, de 28 de noviembre de 2013, por el que se aprueba la Instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebradas por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, modificada por Acuerdo del Pleno de 30 de mayo de 2017.

81 Trata las relaciones entre ambas instituciones constitucionales 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 estudio más amplio es el 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 se encuentra prevista en la disposición transitoria primera de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, según la cual: “1. En los términos que regulen la materia los reglamentos de las Cortes Generales se constituirá una comisión mixta de ambas cámaras encargada de las relaciones con el Tribunal de Cuentas, así como de estudiar y proponer a los respectivos plenos las medidas y normas oportunas.

2. A las reuniones de dicha Comisión podrá asistir, si fuera convocado al efecto, el presidente del Tribunal de Cuentas”.

Le es de aplicación la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 27 y 28 de septiembre de 2016, sobre composición de las Comisiones Mixtas Congreso-Senado, modificada por Resolución de 26 de abril de 2018.

En ese mismo marco, la LCSP –de una forma un tanto sorprendente– ordena la designación de una ponencia de carácter permanente en la Comisión Mixta “que se constituirá en los términos que dispongan los reglamentos de las cámaras”, encargada de recibir de la Oficina de Supervisión “la más amplia información para hacer posible el control y la vigilancia de la contratación pública y la participación en las iniciativas de mejora normativa que se adopten en la materia” (art. 332.10).

5 La Oficina Independiente de Supervisión y Control de la Contratación Pública

5.1 Composición y organización: ¿oficina independiente?

La unidad administrativa protagonista del sistema, principalmente por su novedad, la Oficina de Supervisión, se define como “independiente”, a pesar de que la LCSP la adscribe, “a efectos meramente organizativos y presupuestarios”, al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la subsecretaría del departamento, como asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales” (art. 332, apartados 1 y 3) y el resto de órganos administrativos con tareas de control preventivo. Dicha independencia se limita al deber jurídico de actuar “con plena independencia orgánica y funcional” en su responsabilidad genérica de velar por la correcta aplicación de la legislación europea de contratos públicos.

No obstante, como se ha señalado bien, aunque la adscripción ministerial no sea lo mismo que la integración, en términos organizativos, supone una forma de tutela que permite al tutelante –el ministerio, en este caso– desplegar unos poderes de control, aunque no de subordinación⁸².

La oficina está integrada por un presidente y 4 vocales, que serán funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto básico del empleado público (subgrupo A1), que cuenten, al menos, con 10 años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública⁸³, y serán designados por el Consejo de Ministros, a propuesta del citado ministro, por un periodo improrrogable de 6 años⁸⁴.

Esta designación gubernamental de cargos añade más dudas respecto de la independencia de la oficina, a pesar de que la LCSP dispone a continuación que ni el presidente ni los miembros de la oficina podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. En concreto, sus miembros tendrán la condición de independientes e inamovibles y sólo podrán ser removidos de sus puestos por expiración de su mandato, por renuncia aceptada por el Gobierno, por pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o

82 En este sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M.⁹ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (capítulo 17: versión electrónica), quien, a su vez, cuestiona la independencia completa de la oficina.

83 Pese a esta especificación más propia de una norma reglamentaria que legal, prosigue el precepto que “reglamentariamente se establecerá el nivel administrativo del titular de la presidencia y demás miembros” de la Oficina de Supervisión, “que estarán asistidos por los órganos auxiliares que les correspondan” (art. 332.2).

84 No obstante, la primera renovación de la oficina se hará de forma parcial a los 3 años del nombramiento, para lo que antes de cumplirse este plazo se determinará, mediante sorteo, los dos vocales que deben cesar (art. 332.3).

de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, o por incapacidad sobrevinida para el ejercicio de su función. La remoción por estas causas, salvo por expiración del mandato o renuncia, será acordada por el Gobierno previo expediente (art. 332.3). Durante el desempeño de sus cargos, además, estarán sujetos a la citada Ley 3/2015, de 30 de marzo⁸⁵.

Por su parte, el presidente de la Oficina de Supervisión será vocal nato de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –a la que asistirá con voz pero sin voto– y del Comité de Cooperación. En el ejercicio de sus funciones, remitirá y presentará ante las Cortes Generales, así como al Tribunal de Cuentas, un informe anual sobre las actuaciones de la Oficina de Supervisión, que será objeto de publicación dentro del mes siguiente a su remisión a dichas instituciones constitucionales (art. 332.4).

Ya he avanzado, por lo demás, que en la Oficina de Supervisión se integra la Oficina Nacional de Evaluación –que parece tener más miembros incluso que la Oficina de Supervisión–, y, en su caso, un Consejo Asesor y de apoyo a la Presidencia, formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en materia de contratación pública (art. 332.5).

En cuanto a su organización formal, el citado Real decreto 256/2018, de 4 de mayo, con cuya aprobación la Oficina de Supervisión inicia su andadura, contiene un mínimo esquema organizativo, resumido en 4 divisiones con competencias específicas⁸⁶, que asimismo plantean dudas sobre la independencia completa de la Oficina de Supervisión.

Regap



ESTUDIOS

5.2 Las funciones genéricas de regulación y de supervisión de la Oficina Independiente

5.2.1 Funciones de regulación. La Estrategia Nacional de Contratación Pública

5.2.1.a La Estrategia Nacional: dudas de constitucionalidad, de juridicidad y de vinculatoriedad

Las funciones de regulación que tiene encomendada la Oficina de Supervisión son básicamente dos: por una parte, la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, a propuesta del Comité de Cooperación de la Junta Consultiva, diseñada y ejecutada en coordinación con las comunidades autónomas y las entidades locales (art. 332.7), y definida como “el instrumento jurídico vinculante” en materia de contratación pública, con un horizonte temporal de 4 años (art. 334); y, por otra, la elaboración de instrucciones y recomendaciones generales o particulares en la materia.

El primer interrogante que genera la futura aprobación de la Estrategia Nacional⁸⁷ es si este instrumento tendrá carácter normativo y, por ello, será jurídicamente vinculante, a pesar de ser aprobada por unidad administrativa con rango de subdirección general –según el

⁸⁵ En particular, a sus artículos 13, 14 y 15.

⁸⁶ División de la Oficina Nacional de Evaluación; División de la Estrategia Nacional de Contratación; División de Supervisión de la Contratación; y División de estudios, profesionalización y formación especializada.

⁸⁷ La primera Estrategia Nacional debe aprobarse en el plazo de 9 meses desde la publicación de la LCSP en el BOE, esto es, antes del 10 de agosto de 2018.

citado Real decreto 256/2018, de 4 de mayo— que no tiene atribuida potestad reglamentaria ordinaria. No se le ha conferido tal potestad por más que la LCSP le otorgue facultades de regulación en materia de contratación pública.

De hecho, las estrategias nacionales no son instrumentos normativos. Son instrumentos de planificación o herramientas de coordinación de las instancias públicas implicadas en la implementación de una determinada política pública. Son un marco de principios y objetivos compartidos, a partir de los cuales implementar políticas o programar actuaciones entre distintas administraciones públicas, las cuales se vinculan políticamente. No poseen, en consecuencia, valor jurídico alguno, en el sentido de sujetar a las partes firmantes del documento a determinadas obligaciones de derecho.

La LCSP diseña la Estrategia Nacional como un instrumento de prevención contra la corrupción y las malas prácticas o las irregularidades en la contratación pública, a la vez que para incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación; para promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación; generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento; utilizar las posibilidades de la contratación para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación; y para promover la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública (art. 334.2).

Con estos objetivos, para aprobar la Estrategia Nacional, la Oficina de Supervisión se basará en el análisis de las actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público, incluyendo los poderes adjudicadores comprendidos en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a estos que no tengan naturaleza de poderes adjudicadores (art. 334.1).

Este ánimo omnicompreensivo de la contratación pública española genera muchas dudas de constitucionalidad⁸⁸ y se contradice con el carácter marcadamente estratégico de la contratación que instaura la LCSP, como instrumento vinculado a la implementación de las políticas públicas sociales, empresariales y ambientales, muchas de las cuales son de competencia de las comunidades autónomas, cuando no de los gobiernos locales. Si la Estrategia Nacional es configurada por la LCSP como un mecanismo de coordinación interadministrativa en materia de contratación pública, implica otorgar una posición de dirección de una de las partes —el Estado— respecto del resto de entidades autonómicas y locales, que no encaja bien en nuestro sistema constitucional.

La Estrategia Nacional deberá abordar la futura contratación pública española, desde un complejo marco de relaciones interadministrativas entre órganos y autoridades administrativas que dificultarán mucho, cuando no imposibilitarán, la confección de una Estrategia

88 Sobre la incidencia de las previsiones de la LCSP en el Estado autonómico, es 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, quien sostiene que el título competencial aducido por la LCSP (art. 149.1.18 CE) no permite al Estado aprobar una ley básica con una regulación tan detallada y materialmente reglamentaria de todos los aspectos de la contratación pública que no deja espacio alguno para el desarrollo normativo autonómico, por lo que “una vez más una competencia compartida bases-desarrollo ha sido ejercida por el Estado como si fuera exclusiva. Esta recentralización competencial a través de las bases puede advertirse en numerosos contenidos. No obstante, destacan los aspectos organizativos, de forma que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión (...) será quien apruebe la Estrategia Nacional de Contratación Pública, vinculante para todas las administraciones, y tienen capacidad para emitir informes vinculantes para las administraciones autonómicas” (p. 336).

Nacional realmente operativa, sin afectar el reparto competencial establecido constitucional y estatutariamente. La regulación por la LCSP de los extremos que la estrategia debe contener es de un excesivo detalle que sobrepasa el contenido propio de una norma de tipo legal. Se asemeja más a la definición de las competencias de una unidad administrativa que de un instrumento jurídico, por indeterminada que sea la tipología de este.

Entre otros aspectos, la Estrategia Nacional tratará los siguientes (art. 334.1):

a) el análisis de los datos disponibles en las distintas fuentes de información cualitativas y cuantitativas –así, por ejemplo, las plataformas de contratación nacionales, información abierta de la Unión Europea en esta materia⁸⁹, informes de otros órganos de supervisión y control y de asesoramiento legal– para elaborar un diagnóstico de la situación de la contratación pública y proponer medidas prioritarias para la corrección de las disfunciones que se identifiquen.

A estos efectos, la LCSP establece el deber de facilitar la información necesaria para la elaboración, aprobación y ejecución de la estrategia, no sólo a cargo de las bases de datos nacionales e internacionales mencionadas –lo que resulta ciertamente improcedente, al menos respecto de las fuentes de información internacionales–, si bien respecto de la CNMC sólo se contempla la posibilidad de que remita a la Oficina de Supervisión sus propuestas en la materia que afecte a la defensa de la competencia “para su posible inclusión” en la Estrategia Nacional.

b) La mejora de la supervisión de la contratación pública, coordinando criterios y metodologías comunes para la realización de las actividades de supervisión, garantizando el cumplimiento de las obligaciones de supervisión impuestas por las directivas de contratación pública y por las instituciones comunitarias.

c) La coherencia de las actuaciones de seguimiento precisas para garantizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, para lo que la Estrategia Nacional incluirá la metodología adecuada para realizar la evaluación con criterios homogéneos, así como las reglas que deban informar los acuerdos de establecimiento del equilibrio económico de esta modalidad de contratos.

d) El análisis de los mecanismos de control de legalidad *ex ante* y *ex post* de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones, con vistas a reforzar tales mecanismos mediante la definición de objetivos y prioridades, así como la propuesta de reasignación de efectivos encargados de dichos controles, e, incluso, a través de la valoración de los procedimientos tendentes a identificar las irregularidades en las que se pudiera incurrir y el desarrollo de medidas correctoras que deban aplicar los responsables de la gestión.

e) La elaboración de manuales de buenas prácticas o guías que establezcan recomendaciones para aplicar en los procedimientos de contratación, que permitan preventivamente evitar malas prácticas en el desarrollo de estos.

f) Promover la profesionalización en contratación pública a través de actuaciones de formación del personal del sector público, mediante el diseño de un plan específico en materia de

89 *Tender Electronic Daily (TED)*, suplemento al *Diario Oficial de la Unión Europea*, cuya versión en línea puede consultarse en <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias para la profesionalización en este ámbito de actuación pública.

Como he avanzado, la Estrategia Nacional será elaborada por el Comité de Cooperación y elevada como propuesta a la Oficina de Supervisión para su aprobación y posterior remisión a la Comisión Europea, toma en conocimiento por el Consejo de Ministros y por las Cortes Generales. Transcurrido un mes desde la remisión a la Comisión Europea, se hará público su contenido en la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 334.4).

También corresponde al Comité de Cooperación la evaluación de la estrategia transcurridos dos años desde su aprobación, de cuyo resultado pueden derivar modificaciones o ajustes necesarios para conseguir los objetivos perseguidos, modificaciones y ajustes que habrán de ser aprobados por la Oficina de Supervisión y, con posterioridad, publicados (art. 334.5), aunque la LCSP no especifica dónde. Finalizado el ámbito temporal de la Estrategia Nacional, el mismo Comité de Cooperación emitirá un informe sobre los resultados de su aplicación, que servirá para la definición y aprobación de una nueva Estrategia Nacional, dentro de los 6 meses siguientes. Dicho informe de resultados se trasladará al Consejo de Ministros y a las Cortes Generales, y se comunicará a la Oficina de Supervisión y a la Junta Consultiva, para que esta última lo remita a la Comisión Europea, así como a la CNMC, haciéndose público en el plazo de un mes (art. 334, apartados 6 y 7).

Las obligaciones de información a cumplir ante la Comisión Europea, cada tres años como máximo, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales forman parte de la ejecución de la gobernanza europea en este sector (art. 83 de la Directiva 2014/24/UE), aunque de ellas no se concluye que deba haber una única estrategia nacional en los Estados miembros.

5.2.1.b Instrucciones y recomendaciones generales o particulares

Por otra parte, la Oficina de Supervisión podrá aprobar instrucciones obligatorias para los órganos de contratación, fijando pautas de interpretación y aplicación de la legislación de contratos públicos, así como para la elaboración de recomendaciones generales o particulares obligatorias para los órganos de contratación. Tanto las instrucciones como las recomendaciones deberán ser publicadas –la LCSP no especifica en qué portal o boletín oficial– “si de la supervisión desplegada se dedujera la conveniencia de solucionar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la oficina” (art. 332.7. letra d.), que no son otros –cabe entender– que velar por la correcta aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación europea en materia de contratación pública.

El ejercicio de este segundo grupo de tareas que la LCSP encomienda a la Oficina de Supervisión puede generar conflictos importantes de competencias con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como “órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública” (art. 328), a quien incumbe también aprobar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, así como promover la adopción de normas o medidas de carácter general para mejorar el sistema de contratación, si bien en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos.

Por consiguiente, convendría trazar un línea divisoria clara entre ambas funciones de regulación por sendos órganos administrativos, dejando a cargo de la Oficina de Supervisión únicamente las recomendaciones relativas a la evitación de irregularidades o conflictos de intereses (corrupción o malas prácticas), directamente relacionadas con su función de velar por el cumplimiento de las normas de contratación administrativa, esto es, dirigidas a solucionar problemas de este tipo y calado, siendo recomendaciones más técnicas y de interpretación normativa las de la Junta Consultiva.

5.2.2 Funciones de supervisión del cumplimiento normativo y la aplicación efectiva

Las funciones de supervisión que la LCSP le atribuye son extremadamente genéricas e indeterminadas, con lo que se desnaturaliza el carácter de órgano de supervisión y control de la oficina. Por lo demás, la LCSP no prevé regla alguna respecto de cómo se ejercerán tales funciones de control y supervisión sobre los sujetos obligados.

En este ámbito, corresponden a la Oficina Independiente las tareas siguientes (art. 332.6): a) coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público, una coordinación que, de nuevo, genera dudas de constitucionalidad; b) velar⁹⁰ por la correcta aplicación de la legislación de contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistemáticos, así como por el estricto cumplimiento de idéntica legislación, y, de modo especial, por el respeto de los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación; c) promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas; d) verificar que se apliquen las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, principalmente las relativas a los conflictos de intereses; y e) colaborar con las instituciones europeas en el ejercicio de las funciones de regulación y supervisión de la contratación, y con otras autoridades de supervisión de otros Estados miembros.

Lo relevante es el carácter europeo de las reglas jurídicas que, si bien integradas en la legislación interna, han de ser garantizadas desde la perspectiva de su aplicación y cumplimiento efectivos por las administraciones públicas y el resto de organismos del sector público español. Porque la creación de la Oficina de Supervisión responde al modelo de gestión europea de la gobernanza, con lo que la LCSP asume la necesidad de este tipo de unidades de supervisión pública como “una de las vías para paliar los déficits de ejecución de nuestra normativa contractual”⁹¹.

Por consiguiente, nos situamos ante una supervisión de las administraciones públicas y poderes adjudicadores de los Estados miembros por parte de la Comisión Europea, a través de entidades nacionales de supervisión de la aplicación efectiva de la legislación europea, basada en la recolección y sistematización de la información relativa a procesos contractuales que se harán constar en los preceptivos informes que han de remitirse obligatoriamente a la Comisión y ser, con posterioridad, publicados. En suma, este control de las instancias

90 Verbo que también utiliza el artículo 4.2 de la LRJSP para referirse a esta función genérica, en la que se inscribe “la habilitación general para adoptar cuantas medidas sean necesarias a efectos de asegurar el cumplimiento de la legalidad”, como las de “comprobación, verificación, investigación e inspección de hechos, elementos, actividades, estimaciones y cualesquiera otras circunstancias del caso”; en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit., p. 11.

91 GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, cit., p. 141.

europas está orientado a identificar irregularidades en la aplicación del derecho europeo pero también, indirectamente, a controlar el grado y la calidad de su transposición.

Por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, marcadamente ejecutivas, la Oficina de Supervisión podrá realizar encuestas e investigaciones –esa es la terminología de la LCSP–, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, los cuales deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes, o cualquier otra información que les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado, así como estudios relativos a sus funciones.

En este punto, debo remarcar que los funcionarios que tengan encomendadas las funciones de coordinación de criterios y metodologías comunes para la mejor realización de actuaciones de supervisión y la coherencia en la evaluación de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de concesiones de servicios (dentro de la Oficina Nacional de Evaluación), así como aquellos que sean responsables de los análisis de los mecanismos de control de la legalidad *ex ante* y *ex post* de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones (letras b. y c. del apartado 1 del art. 334), “gozarán de independencia funcional” respecto de los titulares de los órganos cuyos contratos supervisen (art. 334.3). A estos efectos, las autoridades administrativas y directores de las entidades integrantes del sector público y “quienes, en general, ejerzan funciones públicas o desarrollen su trabajo en dichas entidades deberán prestar a los funcionarios encargados de la supervisión de los contratos el apoyo, concurso, auxilio y colaboración que les sean precisos, facilitando la documentación e información necesaria para su supervisión”⁹² (art. 334.3 segundo párrafo).

En el caso de que la Oficina de Supervisión tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, deberá dar traslado de inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la CNMC (art. 336.6, último párrafo).

Este deber jurídico de colaboración necesaria con las instituciones públicas y judiciales deriva –como anticipé al inicio de este trabajo– de la falta de potestad sancionadora o de reacción jurídica de la Oficina de Supervisión respecto de las irregularidades o ilegalidades que en virtud de sus funciones pueda descubrir. Ello es muestra indiscutible de que no nos situamos ante una auténtica autoridad independiente de supervisión y control de la contratación pública con funciones de ejecución activa y directa contra la corrupción.

Por último, cabría reflexionar sobre el carácter de la información documentada que, en su caso, remita la Oficina de Supervisión a la fiscalía o a las autoridades administrativas competentes para tomar decisiones ejecutivas ante los hechos irregulares informados; es decir, sobre su posible valor probatorio o de especial significación en los procedimientos administrativos o judiciales que en su caso sean iniciados, así como la eventual responsabilidad por información errónea, incierta o incompleta sobre tales irregularidades, que puedan causar daños o perjuicios a los operadores privados respecto de su reputación, pero asimismo a los poderes adjudicadores y a su personal, en caso de presunta corrupción o conflictos de intereses.

92 Es más que criticable el poco rigor del legislador en el uso de ciertas expresiones como “ejercicio de funciones públicas” en este caso.

5.2.3 Funciones de información periódica: la información como mecanismo de control

La función primordial, aunque genérica, de la Oficina de Supervisión es velar por la correcta aplicación y el cumplimiento de la legislación europea en materia de contratación pública. Sin embargo, un análisis detenido de las funciones que tiene legal y reglamentariamente asignadas –y a falta de una experiencia real– llevan a la conclusión de que su función se limita a la recolección y sistematización de información obtenida de la observación y seguimiento de dicho cumplimiento normativo y aplicación práctica.

Las funciones de información periódica se concretan (art. 332, apartados 7, 8 y 9) en la remisión de información a los órganos constitucionales implicados en el control de la contratación pública, y, en especial, en la elaboración de un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva del Estado, que lo integrará –como se ha avanzado ya– en el Informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada 3 años.

Dicho informe de supervisión incluirá –respecto de la contratación sujeta a armonización–: a) una relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos o instituciones que tengan competencias supervisoras o jurisdiccionales en la materia; b) información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratos públicos o de inseguridad jurídica; c) información sobre prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflictos de intereses y otras irregularidades graves de la contratación, así como los problemas de colisión detectados.

Por último, la Oficina de Supervisión deberá elaborar un informe anual de conclusiones de toda la actividad de vigilancia realizada por las administraciones públicas competentes, que será remitido a la Comisión Europea, a través de la Junta Consultiva del Estado, y se publicará en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

5.3 La Oficina Nacional de Evaluación: el control de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión

Como he indicado con anterioridad, la LCSP crea, dentro de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, la Oficina Nacional de Evaluación (art. 333) como órgano colegiado cuya función es, con carácter general, el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios.

La Oficina Nacional está presidida por el Presidente de la Oficina de Supervisión, y sus miembros y demás personal a su servicio no podrán, en el ejercicio de sus funciones, solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada, por lo que la LCSP intenta con esta previsión garantizar su independencia en ejercicio de las tareas que tiene encomendadas.

Su composición parece ser incluso mayor, en cuanto a miembros que la integran, que la Oficina de Supervisión de la que forma parte, algunos de los cuales proceden del sector privado, por lo que se trata de un órgano colegiado de composición mixta. Formarán parte de la unidad de evaluación un vocal de la Oficina de Supervisión, un representante con rango de subdirector general o equivalente de la Intervención General de la Administración del Estado, de la Dirección General del Patrimonio del Estado y de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Hacienda y Función Pública. También formarán parte

Regap



ESTUDIOS

dos vocales, uno nombrado a propuesta de las organizaciones empresariales representativas de los sectores afectados por la contratación administrativa y otro designado entre académicos, profesionales y técnicos, de reconocido conocimiento y competencia en materia de la contratación pública, sin relación directa o indirecta con las empresas contratistas o concesionarias para evitar el conflicto de intereses; dichos vocales contarán con voz pero no tendrán voto (art. 333.2).

Dado que las comunidades autónomas pueden adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación, en este caso asistirá un representante autonómico a las reuniones en que se traten informes referidos a la respectiva comunidad. De igual forma, a las reuniones en que se traten informes de las corporaciones locales asistirá un representante de la federación de las entidades locales con mayor implantación, junto con un representante de la propia corporación si se trata de un municipio de gran población⁹³.

Son funciones específicas de la Oficina de Evaluación elaborar preceptivamente informes –en 30 días, salvo urgencia, desde su petición a instancia de parte– con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicatarias, en los casos siguientes:

a) cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario;

b) para las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos del primer establecimiento superen 1.000.000 euros.

Asimismo, informará preceptivamente los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 LCSP respecto de las concesiones de obras y las concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) antes enumeradas, o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas.

Con todo, la LCSP no regula un procedimiento específico a seguir por la Administración concedente para restablecer el reequilibrio, en caso de concurrir alguno de los supuestos legalmente establecidos. Lo que la LCSP introduce ahora, en este procedimiento administrativo al que serán de aplicación supletoria las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es un nuevo trámite consistente en la participación de la Oficina Nacional de Evaluación⁹⁴.

6 Oficina de Supervisión de la Contratación Pública vs. Autoridad Independiente de Anticorrupción

La creación por la LCSP de un órgano colegiado de carácter consultivo adscrito orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, como el resto de unidades administrativas competentes en materia de control de la contratación pública, no parece ser la opción

93 La organización y el funcionamiento de la Oficina de Evaluación se determinará por orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

94 ALBENDEA SOLÍS, I., y LEÓN GONZÁLEZ, A., "El reequilibrio económico de los contratos públicos" Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2313 a 2379, en concreto, pp. 2376-2377.

legislativa más acertada para lograr los objetivos fijados por las instancias europeas en la prevención y la lucha contra la corrupción en este sector. La Oficina de Supervisión, por su ubicación orgánica, no parece constituir una auténtica cúspide del sistema institucional de gobernanza de la contratación pública. No ocupa el lugar que le correspondería a una autoridad verdaderamente independiente de supervisión y de lucha contra la corrupción⁹⁵.

En realidad, es una opción legislativa muy alejada de la que parecería ser la más oportuna en los momentos actuales, consistente en la creación de una autoridad con personalidad jurídica propia e independencia funcional real –o, mejor, varias autoridades independientes, respetándose así las competencias de autogobierno de las comunidades autónomas–, en línea con las recomendaciones de expertos académicos⁹⁶, de la CNMC⁹⁷ y de la misma Unión Europea.

Las autoridades independientes anticorrupción no son extrañas ni entre nosotros ni en nuestro entorno más cercano. Puedo mencionar, por ejemplo, en el ámbito autonómico, por su trayectoria ya consolidada en la prevención y la lucha contra la corrupción, la Oficina Antifraude de Cataluña, creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, y otras experiencias más recientes, como la citada Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, recién instaurada este mismo año 2018 en Navarra.

Además, dado que la corrupción encuentra cobijo también en el ámbito de la contratación pública local, la creación de unidades administrativas u oficinas locales anticorrupción parece ser una medida a considerar, si bien se conocen pocos ejemplos que nos puedan aportar datos respecto de su operatividad efectiva, salvo las de las ciudades de Barcelona y Madrid⁹⁸.

En todo caso, como advierte bien algún autor, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, “piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración”⁹⁹.

Un ejemplo comparado de asunción de la supervisión de la contratación pública por una autoridad independiente lo encontramos en la Autoridad Nacional Anticorrupción de Italia (ANAC), que desde el año 2014 posee competencias en materia de control y vigilancia de

95 Un caso similar y reciente es el de Francia, donde por la mencionada Ley Sapin II de 2016 se crea la Agencia Anticorrupción Francesa, la cual, pese a su nombre, se configura como un mero servicio vinculado a los Ministerios de Justicia y Presupuestos, dirigido por un magistrado no sujeto a órdenes jerárquicas.

96 Así, los miembros del Observatorio de Contratación Pública, en su “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”: consultable en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.282/recategoria.208/reلمenu.3/chk.d904cadc6d88a9b5bdb0436f33c6eb0d> (14 de mayo de 2018).

97 Informe de Análisis de la Contratación Pública en España, de 5 de febrero de 2015.

98 Sobre ello, véase 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.

los contratos públicos, incluidas las potestades de sanción y de propuesta de modificación legislativa en la materia¹⁰⁰.

La pregunta clave es, en definitiva, si en términos de eficacia y eficiencia de la gestión pública es mejor una unidad administrativa adscrita a un departamento ministerial o una autoridad anticorrupción plenamente independiente –ya sea en materia exclusiva de contratación pública, ya sea con competencias transversales–, salvando las reservas que viene planteando la creación de este tipo de organismos supervisores, principalmente por cuestiones de legitimidad democrática.

Finalmente, cabe preguntarse si en un futuro próximo sería posible, para los contratos públicos armonizados, crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

Bibliografía consultada

- ABELLÁN LÓPEZ, M.ª Á., y 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., y LEÓN GONZÁLEZ, A., “El reequilibrio económico de los contratos públicos”, Gamero Casado, E. y 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 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.

100 Véase, 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.

- 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., y 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.
- FOLLIOU-LALLIOT, L., y 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*, Escuela Gallega de Administración Pública, Dirección General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, 19 y 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.

regap



ESTUDIOS

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP", Gamero Casado, E., y 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., y 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., y 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., y 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.
- 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., y 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, y 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., y SANTANA VEGA, D. M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

regap



ESTUDIOS

- 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., y 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., y 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.

Novidades da Lei 9/2017 en
materia de contratación electrónica:
razóns dunha decepción

Novedades 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 Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)
Consejero 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 articular 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 reproduces the unfortunate systematics of 2007, and relegates 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 Encuadre: la decepcionante regulación de la contratación electrónica en la LCSP y su contexto. 2 Estructura normativa de la contratación electrónica en la Ley 9/2017. 2.1 Sistemática de la contratación electrónica en la LCSP. 2.2 Ordenación del sistema de fuentes aplicable a la contratación electrónica. 3 La imposición del medio electrónico en la contratación pública. 3.1 Alcance general de la imposición del medio electrónico en la LCSP. 3.2 La asimetría de los deberes según se trate de la Administración o del ciudadano. 4 Puntos de acceso electrónico en la contratación pública. 4.1 El perfil de contratante: un claro incremento de la publicidad y el control de la contratación pública. 4.2 Las plataformas de contratación. 5 Identificación, firma y apoderamiento electrónicos. 6 Presentación de ofertas y documentos. 7 Comunicaciones y notificaciones electrónicas. 8 Especialidades “electrónicas” en los procedimientos generales de adjudicación. 9 Novedades en materia de subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición. 10 Catálogos electrónicos.

1 Encuadre: la decepcionante regulación de la contratación electrónica en la LCSP y su contexto

De entrada, tengo una opinión muy favorable respecto a la Ley 9/2017, en la medida en que supone un avance significativo en muchos temas calientes de la contratación pública española, pero esa impresión no se debe, precisamente, al modo en que regula la materia en examen, que a mi juicio constituye el mayor punto negro de la nueva ley.

Todo cuanto de bueno tiene la LCSP procede de las directivas traspuestas, y no hay en ella una sola aportación positiva de cosecha propia, más allá de lo referente a las plataformas de contratación, como veremos en su lugar.

Este trabajo tiene dos objetivos muy concretos: sistematizar los principales rasgos y novedades que presenta la contratación electrónica en la Ley 9/2017, de contratos del sector público, y comentar los principales efectos (beneficios y problemas) que pueden derivar de tales novedades. No se pretende, por tanto, exponer en detalle el régimen de la contratación electrónica en toda su amplitud y potencialidad¹, sino centrarse en las consecuencias concretas que aporta la nueva ley.

1 Para un estudio más detallado de estas cuestiones, pueden consultarse los diferentes capítulos que analizan la materia en GAMERO CASADO, E., y GALLEGU 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; y CAMPOS ACUÑA, C. (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

La exposición de motivos de la LCSP resalta la importancia que concede a esta materia, aludiendo a “la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica”. No en vano, se han puesto repetidamente de manifiesto las virtudes que entraña el empleo de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública, aspecto suficientemente destacado en la doctrina² y en el plano europeo³, incitando a la generalización de la implantación de estos medios, aspecto sobre el que es innecesario abundar ahora. Lo que sí resulta pertinente es destacar la escasa coherencia de esa proclamación de la exposición de motivos con el contenido y el alcance que el legislador ha conferido a la regulación de esta materia.

En efecto, el modo en que se acoge el régimen de la contratación electrónica en la Ley 9/2017 es muy decepcionante, concitando la crítica unánime de cuantos hasta ahora se han aproximado a la cuestión⁴. Son, en efecto, muchas las deficiencias que exhibe este cuerpo legal, como iremos desgranando a lo largo del trabajo. Ahora me limito a señalar que subyace en el texto una visión sumamente pobre de la contratación electrónica, seguramente ideada por personas sin conocimientos técnicos (y que tampoco parecen haber tenido el buen sentido de consultar a expertos en tecnologías de la información), limitándose a adaptar los procedimientos en papel con pequeñas dimensiones electrónicas, sin desplegar una visión digamos autosuficiente de la contratación electrónica, que, a pesar de las proclamaciones retóricas de la exposición de motivos, se concibe como una minúscula especialidad del régimen de los contratos, que ni siquiera merece recoger sus contenidos esenciales en el texto articulado, relegándolos al cuarto trastero de las disposiciones-vagoneta. Poco hemos avanzado en este sentido desde la Ley de 2007, como si la técnica y el régimen jurídico de la Administración electrónica no hubieran evolucionado desde entonces, cuando además la ley mereció reproches similares a la actual. Y este atraso en la contratación electrónica se percibe también en la práctica, como demuestra el hecho de que otras economías menos potentes

Regap



ESTUDIOS

-
- 2 Véase especialmente MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 y ss., pero también GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 184, 2017, pp. 193 y ss.; PUNZÓN MORALED A, J., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2009; DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley-El Consultor-Wolters Kluwer, Madrid, 2011; FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La e-Administración y la contratación pública, en especial la subasta electrónica*, CEMCI, Granada, 2013; GAMERO CASADO, E., “Las reglas generales de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 71, 2008, pp. 103 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., “Administración electrónica y contratación pública”, Piñar Mañas, J.L. (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011; y 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 y ss.
- 3 Véanse especialmente el *Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública en la UE*, de 18/10/2010, COM (2010) 571 final, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración pública*, de 26/06/2013, COM(2013) 453 final. Aunque tampoco pueden pasarse por alto las abundantes referencias a la conveniencia de impulsar los medios electrónicos que incorporan los considerando de las directivas de cuarta generación, y en particular la 2014/24/UE, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, de 19/04/2016, COM(2016) 179 final. Sobre estas y otras iniciativas comunitarias, véase el reciente análisis de MARTÍN DELGADO, I., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1665 y ss.
- 4 Comenzando por los trabajos incluidos en GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I., *Tratado de contratos del sector público*, cit., podemos citar los siguientes: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, pp. 1910 y ss.; FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La subasta electrónica”, pp. 2029 y ss.; y GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual”, pp. 135 y ss. Otras interesantes e igualmente críticas aportaciones son MARTÍN DELGADO, I., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública”, cit., pp. 1672 y 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 la nueva Ley de Contratos del Sector Público), 2017, pp. 34 y ss.

que la española hayan implantado plataformas de contratación mucho más eficientes, como es el caso de Chile⁵ o Portugal⁶.

2 Estructura normativa de la contratación electrónica en la Ley 9/2017

2.1 Sistemática de la contratación electrónica en la LCSP

El primer indicador del nivel de técnica normativa que alcanza una disposición es su estructura sistemática. Una disposición bien construida facilita la labor de los operadores jurídicos. Y el primer dato que apunta a la deficiente técnica normativa de la LCSP en materia de contratación electrónica es la pésima sistemática que reciben los preceptos en los que se regula esta materia. Cuatro aspectos son reprochables.

Primeramente, el cuerpo principal de la contratación electrónica se regula en un lugar de escasísima visibilidad para los operadores: las disposiciones adicionales 15.^a a 17.^a. Con arreglo a las directrices de técnica normativa⁷, este tipo de disposiciones incorporan “las reglas que no puedan situarse en el articulado sin perjudicar su coherencia y unidad interna”, y en particular, conforme a la pauta 39 d) de las directrices, en estas disposiciones se contienen “Los preceptos residuales que, por su naturaleza y contenido, no tengan acomodo en ninguna otra parte del texto de la norma”. Esa es la consideración que merece la contratación electrónica para nuestro legislador (a pesar de la rimbombante exposición de motivos): la de “preceptos residuales”. Pero, además de este error de categorización, la LCSP cuenta con un estupendo título preliminar, cuya rúbrica es “Disposiciones generales”, y no parece que tenga difícil acomodo en su seno un capítulo específico sobre el uso de las tecnologías de la información en la contratación pública. En comparación, las directivas traspuestas incorporan tales determinaciones directamente en el articulado.

En segundo lugar, hay que lamentar la asistemática que presenta la secuencia de las disposiciones adicionales en comentario, pues la 16.^a debía aparecer en primer lugar, al ser la de contenidos más genéricos, emplazándose tras ella las otras dos. La ordenación elegida por el legislador introduce mayor oscuridad en la materia, complicando su adecuada interpretación.

En tercer lugar, es asimismo lamentable la sistemática interna de cada una de estas disposiciones, con reglas que se repiten, preceptos redactados con párrafos sin numerar (complicando su identificación y cita en cualquier escrito) y con una falta de rigor lógico que nuevamente dificulta la labor del intérprete.

Por último, es también llamativa la desconexión de estas disposiciones con el texto articulado, operando como si fueran un apósito inconexo y desgajable de la ley a la que pertenecen.

5 Véase la plataforma de compras públicas de Chile, *Chilecompra*, accesible en <http://www.chilecompra.cl/> (4 de junio de 2018). El legislador español podría haber tomado nota de la aportación de GARCÍA JIMÉNEZ, A., “El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra”, *Revista de Administración Pública*, n. 219, 2016, pp. 363 y ss.

6 Se puede acceder a la plataforma de contratación portuguesa (con información sobre la legislación aplicable) en <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage> (4 de junio de 2018).

7 Resolución de 28/07/2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22/07/2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa, BOE n. 180, de 29/07/2005.

Este desapego se produce bidireccionalmente: ni el articulado remite a estas disposiciones, ni viceversa. Así, cuando se leen las adicionales parece que no existan los perfiles de contratante; o cuando se estudia el régimen de las comunicaciones y notificaciones en el recurso especial en materia de contratación (art. 54 LCSP) nada hace sospechar al intérprete que la D.A. 15.^a contenga reglas esenciales para determinar el régimen jurídico de tales comunicaciones y notificaciones.

En definitiva, un lamentable despropósito cuyas consecuencias no son meramente literarias, pues se resiente la seguridad jurídica (principio esencial proclamado en el art. 9.3 CE) y se perjudica la labor de los operadores jurídicos, además de generar riesgos innecesarios en la adecuada salvaguardia de los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas por las dificultades añadidas de interpretación que suponen estos defectos de técnica normativa.

2.2 Ordenación del sistema de fuentes aplicable a la contratación electrónica

Al escenario apuntado se debe añadir el autismo normativo de que hace gala la LCSP, que se diría autosuficiente en materia de contratación electrónica, y no contiene ni una sola remisión a lo dispuesto en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), ni en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Es cierto que juega en todo caso la supletoriedad de las normas administrativas aprobadas por el Estado en ejercicio de sus competencias constitucionales sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico de las administraciones públicas⁸. En este sentido, es llamativo que la D.F. 4.^a LCSP únicamente evoque la aplicación supletoria de la LPAC, cuando también es aplicable la LRJSP, en toda la contratación del sector público, y no sólo en lo relativo a los medios propios personificados (como da a entender esa disposición final, apartado 3.^o).

La cuestión no es menor, porque la aplicación supletoria de esas normas es imprescindible para integrar ciertos aspectos que no aparecen regulados en la LCSP ni han sido objeto de desarrollo reglamentario, y que se contienen tanto en la LPAC como en la LRJSP. Por ejemplo, parece claro que el régimen de la identificación electrónica establecido en el artículo 9 LPAC es perfectamente aplicable en materia de contratación electrónica, y también es llano que la identificación y firma electrónica del sector público por lo que se refiere a los actos del procedimiento de contratación se rigen por los artículos 40 y ss. LRJSP en la medida en que no exista un régimen especial en materia de contratación electrónica.

Así pues, para conocer el régimen aplicable a la contratación electrónica, habrá de acudirse en primer lugar a la LCSP; en segundo lugar, a sus disposiciones de desarrollo; y, en tercer lugar, al derecho administrativo básico/común y a las disposiciones de desarrollo de este último. Se notará que, a pesar del autismo normativo ya referido (la omisión de remisiones recíprocas entre las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos), en términos

⁸ Véase especialmente MARTÍN DELGADO, I., "Contratación pública y procedimiento administrativo común: una reflexión general sobre el uso obligado de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017, con abundancia de referencias. Un detenido análisis del alcance de la aplicación de las normas del procedimiento administrativo común en los procedimientos de contratación puede verse en GIL CONDÓN, M.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 y ss.

generales no se producen antinomias o supuestos de colisión normativa, sino que las Leyes 39 y 40/2015 complementan la ordenación de la materia. Sólo en casos puntuales, que indicaremos oportunamente (como es el régimen de las notificaciones electrónicas), se contienen en la LCSP especialidades que desplazan a las leyes básicas/comunes y hacen inaplicables sus determinaciones.

Por su parte, las comunidades autónomas y las entidades locales no podrán desplazar este derecho básico/común compuesto por las Leyes 39/2015, 40/2015 y 9/2017 con disposiciones propias en materia de contratación electrónica: sólo podrán complementar el compuesto normativo estatal por razones de autoorganización.

En otro orden de consideraciones, pero para continuar integrando el sistema de fuentes aplicable en materia de contratación electrónica, es de significar que la LCSP articula varias remisiones normativas: la D.F. 6.^a habilita con carácter general al Ministerio de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas necesarias para el uso de medios EIT; la D.A. 16.^a.1 f), párrafo 2.º, dispone que el ministerio establecerá –asimismo mediante orden– las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del sector público; y el apartado 2.º de esa misma D.A. 16.^a establece que, mediante orden del mismo ministerio, se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del sector público. El principal problema que plantean todas estas remisiones normativas es la dificultad de predicarles carácter básico, debido al humilde rango reglamentario mediante el que se contempla su aprobación: conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia (SSTC 77/1985, 203/1993, 225/1993, 385/1999, 213/1994, 102/1995, 174/1996, 197/1996, 207/2012...), cuando se habilita a la potestad reglamentaria para dictar normas básicas, es preciso reunir dos requisitos: 1) Que la habilitación y el carácter básico de la norma remitida se establezcan clara y expresamente; y 2) Que la norma remitente justifique la remisión normativa por el carácter técnico de la medida. Aunque lo primero puede resultar dudoso, lo segundo está claro que no se produce, lo cual suscitará dudas de constitucionalidad en el caso de que el MINHAFP dicte disposiciones de carácter básico utilizando estas habilitaciones normativas.

De otro lado, en el marco del régimen jurídico aplicable a cada relación contractual no se pueden perder de vista las actuaciones dictadas en cada contratación específica. Las disposiciones en examen permiten articular excepciones (p. ej., D.A. 15.^a.3, párrafo 2.º, y D.A. 15.^a.4, sobre las que volveremos después), o remiten a las determinaciones del órgano de contratación para concretar los medios informáticos y electrónicos que deberán emplear los licitadores. En este sentido, es muy significativa la importancia de los pliegos (en particular, el de prescripciones administrativas particulares) para concretar el régimen jurídico al que se sujetan las actuaciones por medios electrónicos en cada licitación.

3 La imposición del medio electrónico en la contratación pública

3.1 Alcance general de la imposición del medio electrónico en la LCSP

La LCSP impone el deber de relacionarse por medios electrónicos a todos los licitadores (sean personas físicas o jurídicas) y en todos los procedimientos de contratación (sea cual sea el tipo o cuantía del contrato) desde el mismo momento de su entrada en vigor. Lo primero que tenemos que decir es que esta trascendental obligación no se proclama de manera suficientemente visible para los operadores jurídicos, escamoteada como está en las profundidades asistemáticas de las tres ínclitas disposiciones adicionales. Así, la D.A. 15.^a.3, párrafo 1, dispone: “La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional”, y la D.A. 15.^a.1, párrafo 1, establece que: “Las notificaciones a las que se refiere la presente ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica”. De esta críptica manera y sumando el efecto de ambos preceptos, resulta que los licitadores tienen el deber de relacionarse (bidireccionalmente) por medios electrónicos a todo lo largo del procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.

Un poco más pedagógica es la exposición de motivos⁹, que advierte: “Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario”. En efecto, las directivas permitían una moratoria en relación con este punto (plazo de 30 meses), de la que no se ha querido servir el legislador español, que hace gala en este punto de una encomiable apuesta de vanguardia. El problema reside en que siguen sin resolverse gravísimos problemas implicados en la relación obligatoria por medios electrónicos, por lo que esta triunfalista retórica legislativa supone una ilusoria temeridad, que la Administración acomete *pro domo sua*, consintiéndose a sí misma todo tipo de salvaguardias, pero postergando a los ciudadanos a una posición lamentable, como hemos de ver en el último epígrafe de este apartado. Se trata, por otra parte, de una aspiración inalcanzable, puesto que los indicadores de implantación de la Administración electrónica¹⁰ revelan que un altísimo porcentaje de administraciones públicas (especialmente las entidades locales de menor tamaño) carecen todavía de los medios y servicios electrónicos imprescindibles para la implantación de plataformas y herramientas de contratación electrónica integral.

En el último lustro asistimos a una imparable transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber¹¹. El hito que a tal efecto supuso el artículo 14.2 LPAC,

9 Aquí rubricada como “Preámbulo”, con una evidente infracción del artículo 129.1 LPAC, que reserva esta última denominación para los reglamentos. Aunque la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016) haya declarado este precepto contrario al orden constitucional de competencias, se debe reputar vinculante para el Estado.

10 Pueden consultarse tanto en la sección de indicadores como en la de informes del Observatorio de Administración Electrónica, accesible en el Portal de Administración Electrónica (http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_OBSAE.html, 31 de mayo de 2018).

11 Como he expuesto 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 y ss.; y en GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 386 y ss.; lugares a los que remito para ampliar las consideraciones que consigno en este trabajo.

estableciendo el deber de relacionarse por medios electrónicos a todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, se ve ahora ampliamente sobrepasado por esta universalidad del deber que consagra ahora la D.A. 15.^a LCSP (de hecho, ya se afirmó que, desde la entrada en vigor de la LPAC, la relación electrónica era obligatoria para las personas jurídicas también en materia de contratación¹²), y ello a pesar de los gravísimos problemas que viene suscitando a la ciudadanía la relación obligatoria por medios electrónicos, como profundamente ha expuesto Cotino¹³.

Dejando para más tarde el análisis de la cuestión en lo referente a las comunicaciones electrónicas (que tienen un amplio régimen específico directamente establecido en la LCSP), nos centramos ahora en otras implicaciones del deber de relacionarse por medios electrónicos. Se trata, concretamente, de la posibilidad de imponer a los licitadores el uso de herramientas electrónicas específicas que establece la D.A. 15.^a.6. Este régimen es aplicable en tipos contractuales concretos: contratos de obras, de concesión de obras, de servicios, concursos de proyectos y contratos mixtos con elementos de estos, y consiste en obligar a los licitadores a que utilicen dispositivos o herramientas electrónicas específicas como modelado digital de la información de la construcción (BIM) o similares. Se trata de una previsión razonable en razón de la modalidad contractual. Para evitar la brecha digital y no erosionar la libre competencia, la D.A. 15.^a.7 prevé que, en tanto tales herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos, se ofrezca a los licitadores medios de acceso alternativos apropiados, p. ej., a) El acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas; b) La garantía de que se pueda acceder al procedimiento de contratación mediante mecanismos de acceso provisionales; o c) Un canal alternativo de presentación electrónica de ofertas. En tanto que no se imponga este deber concreto, hemos de entender que se pueden presentar las ofertas en todos los formatos admitidos por el Esquema Nacional de Interoperabilidad y sus normas técnicas de desarrollo.

3.2 La asimetría de los deberes según se trate de la Administración o del ciudadano

Lo más llamativo de la imposición del medio electrónico es la asimetría con la que el legislador configura la cuestión, concediendo a la Administración un gran margen para optar entre imponerlo o no, pero entregando en todo caso a los licitadores al criterio establecido por la Administración. Se contemplan, concretamente, tres excepciones:

- a) Por razones de competencia, D.A. 16.^a.1: para evitar que la imposición del medio electrónico restrinja el acceso de los operadores económicos produciendo efectos discriminatorios.
- b) Por razones de carácter técnico y operacional, D.A. 15.^a.3, párrafo 2.º: cuando se requirieran herramientas, dispositivos, aplicaciones, formatos de archivos, equipos ofimáticos, etc., no disponibles para los operadores económicos o para el órgano de contratación.

12 Véanse CAMPOS ACUÑA, C., “¿Contratación pública electrónica obligatoria? La visión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público a la luz de la Ley 39/2015”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017; y YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., “Contratación pública electrónica obligatoria”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, n. 23, 2017.

13 Véase su minucioso análisis de la cuestión en COTINO HUESO, L., “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14.2 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)”, 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 y ss.

c) Por razones de seguridad, D.A. 15.^a.4: para la protección adecuada de información cuando se hayan producido violaciones de seguridad, o cuando el nivel de protección que requiere la información no se pueda alcanzar utilizando los dispositivos, herramientas y aplicaciones que se encuentren a disposición de los operadores económicos.

Las tres excepciones son razonables; la primera no viene expresamente contemplada por las directivas (suscitando dudas sobre la pureza de la transposición)¹⁴, mientras que las otras dos sí¹⁵, y las tres se encuentran sujetas a un mismo requisito: que el órgano de contratación motive en un informe específico las razones por las que considera necesario utilizar medios distintos a los electrónicos. Este informe constituye una pieza clave en los procedimientos de contratación que se inicien tras la entrada en vigor de la ley hasta que se normalice plenamente la contratación electrónica. Conviene notar que, si el órgano de contratación no articula expresamente estas excepciones mediante su informe motivado, el medio electrónico es obligatorio, en cuyo caso puede suceder que algún licitador no repare en ello (la oscuridad normativa contribuye al error) y presente su oferta por medios presenciales. En tal caso, cualquier competidor está legitimado para impugnar la admisión de la oferta, al haberse infringido el deber de relacionarse por medios electrónicos.

Esto sucedería siempre que la Administración disponga de medios electrónicos mediante los que presentar las ofertas, no haya excepcionado expresamente el deber de relacionarse por medios electrónicos y haya unos licitadores que cumplan el deber y otros que no. Pero la cuestión también nos lleva a plantearnos otras consecuencias de incumplimiento por la Administración si no ha implantado materialmente los medios adecuados para la presentación de ofertas: ¿puede darse el caso de que un licitador haga la presentación mediante el registro electrónico y luego impugne las demás, realizadas por medios presenciales? Este supuesto no parece realizable por la propia dinámica del procedimiento, articulándose las ofertas mediante su presentación en sobres cerrados e independientes, y estableciéndose en los anuncios y pliegos sus lugares de presentación física: no se alcanza cómo atender estos requerimientos mediante una presentación electrónica en la que difícilmente se puede satisfacer unilateralmente la encriptación unilateral de un fichero para que sea posteriormente accesible con garantías de confidencialidad e integridad en el momento de abrirse las plicas. Entiendo que en este caso lo máximo que puede hacer un licitador es impugnar el anuncio de licitación en el caso de que no establezca el deber de presentar las ofertas por medios electrónicos y el órgano de contratación no haya justificado expresamente por qué.

Como cierre de esta problemática, volvamos al tema de la asimetría. Las directivas quieren que los licitadores dispongan *en todo caso* de un medio electrónico para la presentación de ofertas, a fin de que *voluntariamente* puedan hacer uso del canal aun cuando la presentación no sea preceptiva por ese medio¹⁶. La realidad de las cosas dista mucho de cumplir este mandato, especialmente, como ya se ha dicho, en las entidades locales. En la misma línea, cabe decir que abunda el caso de administraciones que no han articulado servicios básicos de Administración electrónica, como las notificaciones o el acceso al expediente. Hasta ahora, estos graves incumplimientos, que además generan enormes incertidumbres

14 Especialmente crítico se muestra MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit., pp. 1932 y ss., con las deficiencias de la LCSP en la transposición de las directivas por lo que se refiere a la imposición del canal electrónico.

15 Véanse los considerandos 53 y ss. y el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE.

16 Así se desprende del considerando 52 y del artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE.

en los operadores económicos, no se están viendo correspondidos con consecuencias, al menos hasta la fecha. No obstante, en apartados sucesivos comentaremos los efectos que se deben predicar de algunos de estos incumplimientos, como la omisión de publicidad activa en los perfiles de contratante o la inexistencia de plataformas de notificación electrónica.

4 Puntos de acceso electrónico en la contratación pública

El juicio peyorativo que merece la contratación electrónica no se extiende al punto que abordamos ahora, en el que se han producido significativos y oportunos avances. Pervive no obstante la crítica en cuanto a la desconexión que manifiesta este régimen con la legislación administrativa básica-común, pues se echa en falta una concordancia de las previsiones de la LCSP sobre el perfil de contratante y la plataforma de contratación con lo que dispone la LRJSP en relación con la sede electrónica y con las previsiones de la LPAC acerca del Punto de Acceso General¹⁷. A mi juicio, que comparte Martín Delgado¹⁸, el perfil de contratante debería alojarse en la sede, y ser accesible desde el PAG de la Administración actuante. En este caso concreto, el reproche de autismo que merece la LCSP se refiere también a las previsiones de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno¹⁹.

4.1 El perfil de contratante: un claro incremento de la publicidad y el control de la contratación pública

La potenciación del perfil del contratante es, a mi juicio, una de las mayores virtudes de la LCSP. Se produce un incremento exponencial de la información que debe difundirse por ese medio, mejorando no sólo la transparencia pública, sino también la tutela judicial efectiva de todos los operadores económicos, que disponen de un relevantísimo canal de suministro de los datos que necesitan para controlar el adecuado funcionamiento del mercado de los contratos públicos, resultándoles mucho más fácil desplegar labores de vigilancia y articular recursos correlativos cuando comprueben que no se han licitado prestaciones que las directivas y la ley quieren que se abran al mercado, como por ejemplo sucede con los modificados, la superación de los umbrales de los contratos menores o los encargos a medios propios personificados. Para visualizar el potente instrumento de transparencia y control que en lo sucesivo representa el perfil del contratante, conviene inventariar (sintéticamente) los contenidos que deberán publicarse en él, a saber:

a) Los órganos de contratación y, en particular, la composición de las mesas (art. 63.5).

b) Los distintos actos y fases de tramitación (art. 63.3): memoria justificativa, objeto, duración, presupuestos, pliegos, anuncios y licitaciones, licitadores participantes, adjudicaciones, desiertos...

17 Así, los requisitos y características que el artículo 63.7 LCSP predica del perfil del contratante son análogos a los que establece el artículo 38 LRJSP para la sede. No obstante, esta situación ya se daba con la anterior LCSP y no merece más comentario a los efectos de este trabajo, centrado en exponer novedades y no en desarrollar el conjunto de cuestiones implicadas en la contratación electrónica.

18 Véase 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, pp. 1976 y ss.

19 Una norma que aparece citada tres veces a lo largo de la LCSP, pero nunca en relación con el tema en examen.

- c) Recursos que se interpongan contra las adjudicaciones, la suspensión, la anulación... (art. 63.5).
- d) Encargos a medios propios (art. 63.6).
- e) Consultas preliminares del mercado (art. 115).
- f) Modificados (art. 203.3).

La ley establece un régimen especial para los contratos menores (art. 63.4), que pretende evitar el menudeo de gestión al que obligaría la publicación continua de información relativa a estos contratos. La primera previsión en este sentido es que la publicación podrá realizarse trimestralmente; de esta suerte, lo más frecuente será que se organicen remesas periódicas de publicación de estos datos en el perfil a cada trimestre vencido del año natural. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Esto último es de la máxima importancia, pues al listarse los contratos por adjudicatario aparecerán consecutivamente todos los que haya suscrito, facilitándose el cálculo de los umbrales máximos de contratación anual que la LCSP impone. La forma en que se está generalizando el cumplimiento del régimen de los contratos menores es mediante la creación de una sección específica del perfil del contratante dedicada a la publicación de estos contratos (análogamente a lo que está sucediendo con los encargos a medios propios). Por otra parte, se exceptúan de publicación los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores; a mi juicio, esta previsión desnaturaliza todo el garantismo subyacente en el resto de la regulación, y articula una vía relativamente fácil para esquivar las limitaciones y controles que juegan sobre los contratos menores. Se comprende que no deba publicarse en el perfil una facturita de papelería por un cartucho de folios, pero elevar el umbral de la excepción hasta los 5.000 euros me parece llevarla demasiado lejos.

Es también novedoso que el artículo 63.1, párrafo 2.º, exija que el acceso al perfil del contratante sea libre, sin coste y sin identificación previa. Permite que se requiera identificación para servicios especiales o cualificados, como por ejemplo suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras. Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

En cuanto a las consecuencias derivadas de la publicación de actuaciones en el perfil del contratante, además del acortamiento de los plazos que se establece en diferentes preceptos diseminados por todo el cuerpo normativo, son particularmente reseñables las dos siguientes. En primer lugar, el cómputo del plazo de interposición del recurso especial se inicia generalmente el día siguiente a la publicación del acto correspondiente en el perfil del contratante (art. 50); pero, a mi juicio, esta consecuencia de la publicación sobre la eficacia frente a terceros es predicable de *todos* los actos o actuaciones que deben publicarse en el perfil, y no sólo a efectos del recurso especial. De esta manera, el plazo de impugnación de los contratos menores (por ejemplo, por sobrepasarse el umbral máximo anual de contratación), o de los encargos a medios propios, comienza en el momento de su publicación en

el perfil, por lo que es el único medio que tienen los operadores económicos de verificar su adecuación a derecho y ejercer correlativamente las acciones a su alcance, lo cual equivale a decir (siempre en mi opinión) que, en tanto que tales actuaciones no se publiquen, resultarán impugnables *sine die*. Lo contrario consentiría consagrar una impunidad inadmisibles a la luz de las garantías que esta ley quiere erigir ante eventuales abusos que restrinjan la competencia.

La segunda consecuencia expresa que establece la ley es –art. 39.2 c)– la nulidad de los contratos cuyo anuncio de licitación no se haya publicado en perfil, una previsión acertadísima y ejemplar que abunda en el mensaje de implacabilidad sobre los incumplimientos anteriormente aludida.

4.2 Las plataformas de contratación

Es de significar la mejora que la LCSP representa también en este punto. Cuando se implantó el perfil del contratante en el año 2007, se pretendía mejorar la publicidad de las licitaciones, facilitando el acceso universal a todos los operadores económicos, cosa que se dificultaba cuando la publicación tenía lugar en diarios oficiales y la única manera de estar cabalmente informado era contratando servicios especializados de alerta prestados por empresas especializadas en el ramo. Sin embargo, la imprevisión de un punto que centralizara todas las publicaciones provocó un perturbador efecto multiplicador de las fuentes de información, pues ya no sólo cada Administración territorial tendría su perfil, sino que también los crearon las entidades públicas y privadas de su conglomerado organizativo que estaban vinculadas por esa exigencia. La Plataforma de Contratación del Estado sólo mitigó el problema en las licitaciones del sector público estatal, pero finalmente los operadores económicos siguieron atados a la contratación de servicios de alerta, que ahora rastreaban los perfiles de toda la enorme galaxia organizativa del sector público.

Para subvenir a esta necesidad, el nuevo régimen de las plataformas de contratación dispuesto por el artículo 347 LCSP contempla las siguientes determinaciones:

1. Existirán dos modalidades de plataforma: la del Estado y las que quieran crear las comunidades autónomas.
2. La plataforma del Estado integrará los perfiles del contratante de todo el sector público estatal.
3. Las comunidades autónomas podrán crear sus propias plataformas o alojarse en la del Estado. En el primer caso, existirá una interconexión que permita conocer a partir de la plataforma del Estado las licitaciones y procedimientos que se articulen a través de la plataforma autonómica.
4. Los perfiles de contratante de las entidades locales deberán optar necesariamente, y en el conjunto de su organización, por integrarse en la plataforma del Estado o la de la comunidad autónoma en que radiquen (caso de que exista).

El resultado de estas previsiones ya puede comprobarse en la Plataforma de Contratación del Estado²⁰: algunas CCAA han alojado en ella sus perfiles del contratante²¹, mientras que otras CCAA han creado sus propias plataformas y se han conectado a la estatal²². Por lo que se refiere a las entidades locales, el modelo masivamente seguido es el de integrarse en la plataforma del Estado.

El problema reside en que no se prevén consecuencias frente a la infracción de este deber de alojamiento o interconexión de los perfiles de contratante de todo ente del sector público con las correlativas plataformas de contratación, a diferencia (como hemos visto) de la sanción de nulidad del contrato que se contempla cuando el anuncio de licitación no se publique en el perfil. Esta circunstancia, añadida al retraso que se acumula en la integración o alojamiento de perfiles en las plataformas, hace presagiar que sigan siendo necesarios los servicios de alerta de entidades especializadas para estar puntualmente informados de las licitaciones que tengan lugar²³.

5 Identificación, firma y apoderamiento electrónicos

Las firmas admisibles en los procedimientos de contratación, conforme a lo dispuesto en la D.A. 16.^a.1 f), son las que determine mediante orden el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Esto constituye una novedad importante, antes se exigía firma electrónica reconocida (avanzada en el caso de la Ley 25/2013, de factura electrónica): el régimen español de la firma electrónica en la contratación pública venía siendo más restrictivo que el establecido en el marco europeo, con un exceso de garantismo que casaba mal con las directivas y que ahora parece superarse. Este desarrollo reglamentario, al que cabe reprochar la insuficiente habilitación que ya pusimos de manifiesto²⁴, aún no se ha producido, y en tanto tenga lugar debe entenderse aplicable la legislación común: arts. 9 y ss. LPAC y arts. 42 y ss. LRJSP²⁵.

Se notará que tales preceptos no sólo aluden a la firma, sino también a la identificación electrónica. No podía ser de otra manera, pues se alinean con el marco normativo de la UE, y concretamente con el Reglamento 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (eIDAS)²⁶. De esta manera, cabe predicar la plena exigencia de los sistemas de identificación y firma que establece el eIDAS (y, coherentemente con él, la LPAC y la LRJSP) en los procedimientos de contratación electrónica, sin que resulte aceptable su restricción por orden ministerial.

20 Accesible en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma> (31 de mayo de 2018).

21 Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Baleares, Extremadura, Cantabria, Aragón, Castilla y León, Canarias y Melilla.

22 Cataluña, País Vasco, Asturias, La Rioja, Comunidad de Madrid, Galicia, Región de Murcia, Andalucía, Navarra y Ceuta.

23 El problema que se viene experimentando en los tiempos tempranos de vigencia de la LCSP es que el volumen de solicitudes de integración no permite gestionar el proceso con la celeridad suficiente: está sujeto a la interoperabilidad de los sistemas, que lleva su tiempo articular.

24 Idea en la que también abunda FONDEVILA ANTOLÍN, J., "La subasta electrónica", cit., pp. 2010 y ss.

25 Acerca de la aplicación de estos preceptos en la contratación electrónica, véase 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 y ss.

26 Sobre las nociones técnicas de identificación y firma, véase, por todos, ALAMILLO DOMINGO, I., "Identificación y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos", 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 y ss.

En cuanto a los apoderamientos electrónicos, debe mencionarse la integración e interoperabilidad del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (art. 6 LPAC) con el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que impone el artículo 337.4 LCSP. El mismo precepto exige que los órganos de contratación consulten este último registro para verificar la inscripción de poderes, consultando el resto de registros si el poder no estuviera inscrito en éste, que prevalece en caso de discrepancia frente a cualquier otro registro de apoderamientos; ahora bien, si el Registro general está interconectado y es interoperable con el de Licitadores, no debería existir discrepancia entre ellos.

6 Presentación de ofertas y documentos

En relación con este punto²⁷, lo primero a notar es que la canalización de los escritos de los operadores económicos no tiene por qué realizarse mediante el sistema de registro electrónico único implantado por el artículo 16 LPAC, puesto que la D.A. 17.^a se consagra por entero a determinar los requisitos que deben reunir las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de ofertas que se implanten, dando con ello a entender que puede usarse cualquiera que satisfaga tales exigencias. Aunque sería preferible que el legislador explicitara de mejor modo la articulación entre uno y otros, es razonable que existan plataformas específicas para la contratación pública en razón de las particularidades que rodean este ámbito de actuación, algo que resulta evidente en procedimientos como las subastas electrónicas, cuya celebración requiere de unos medios cuyas características hacen inviable el uso del registro general, pero que también se extiende a aspectos generales, como la encriptación de las ofertas para preservar su confidencialidad hasta el momento mismo de la apertura de las plicas. Más allá de describir las garantías y exigencias de estos medios, la ley no establece el instrumento jurídico mediante el que se pueden imponer, por lo que cabe que el anuncio de licitación y los pliegos determinen los medios electrónicos que se utilizarán en ese procedimiento concreto. Lo más reseñable de esta disposición es la inútil duplicidad en que incurre respecto de la D.A. 16.^a 1, reiterando requisitos y exigencias que esta última ya impone con carácter general y que, por tanto, también son predicables de la presentación de escritos.

Una importante novedad es la admisión de entregas faseadas de ofertas, regulada en la D.A. 16.^a 1 h). Consiste en la posibilidad de envío de la huella electrónica de la oferta, con lo que basta para entenderla presentada, procediéndose a la entrega de la oferta propiamente dicha en el plazo de 24 h (en caso contrario, se entiende retirada). La huella electrónica²⁸ es un

27 El análisis por extenso de esta cuestión es excelentemente abordado por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas", cit., pp. 1909 y ss.; y MARTÍN DELGADO, I., "El uso de medios electrónicos en la contratación pública", cit., pp. 1657 y ss. Por lo demás, dado que esta materia ofrece escasas novedades, será asimismo provechosa la consulta de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 127 y ss.; y DOMÍNGUEZ-MACAYA LAUR-NAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, cit., pp. 262 y ss.

28 Puede verse la definición que aparece en la página de la plataforma de validación de firmas y certificados VALiDe (accesible en <https://valide.redsara.es/valide/faqs.html#24>; 31 de mayo de 2018):
 "Una huella digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permiten asegurar que el mensaje no fue modificado. La huella digital o resumen de un mensaje se obtiene aplicando una función, denominada *hash*, a ese mensaje, lo que da como resultado un conjunto de datos singular de longitud fija. Una función *hash* tiene entre otras las siguientes propiedades:
 – Dos mensajes iguales producen huellas digitales iguales.
 – Dos mensajes parecidos producen huellas digitales completamente diferentes.
 – Dos huellas digitales idénticas pueden ser el resultado de dos mensajes iguales o de dos mensajes completamente diferentes.
 – Una función *hash* es irreversible, no se puede deshacer, por tanto su comprobación se realizará aplicando de nuevo la misma función *hash* al mensaje.

código único que se asigna a un documento electrónico al aplicarle una utilidad informática denominada función *hash*, en cuya virtud un documento concreto producirá siempre la misma huella digital, por lo que la aportación de dicha huella permite verificar que un documento enviado posteriormente estuviera efectivamente generado en el momento de enviar su huella, de tal manera que el envío de la huella equivaldría a la aportación del documento en plazo siempre que el propio documento se aporte posteriormente en el período autorizado para ello. Esta razonable previsión pretende sortear problemas de colapso y caídas del sistema en fechas críticas, inmediatas a la terminación de plazos: cuando esté saturado, resultará mucho más fácil presentar tan sólo la huella electrónica que la documentación completa, la cual cabe aportar en esas 24 horas extra con mayor serenidad. Por otra parte, si la razón por la que se presenta una huella electrónica es la caída o saturación del sistema, cabe pensar que el interesado presente el documento por otro medio que no sea esa plataforma, toda vez que la autenticidad e integridad del documento puede acreditarse mediante el cotejo de su huella electrónica con la huella previamente presentada.

Por lo demás, el resto de exigencias ya existían con la ley anterior y no requieren comentario a efectos de este trabajo.

7 Comunicaciones y notificaciones electrónicas

Este es uno de los puntos calientes de la LCSP, en razón de tres factores combinados: 1) La imposición obligatoria del medio electrónico para la práctica de las notificaciones administrativas; 2) El lamentable modo en el que la propia LCSP y la LPAC regulan las notificaciones electrónicas²⁹; 3) El caótico modelo de implantación de plataformas de notificación administrativa que están siguiendo las administraciones públicas, generando situaciones de absoluta indefensión a los interesados. Vayamos por partes.

La D.A. 15.^a2 establece con carácter general que las notificaciones y comunicaciones tendrán lugar *exclusivamente* por medios electrónicos, aspecto en el que incide el artículo 54 LCSP, al insistir en este deber por lo que se refiere al recurso especial en materia de contratación. La LCSP sólo admite dos medios electrónicos de notificación concretos: en la dirección electrónica habilitada única (DEHU) o mediante comparecencia electrónica, cuestiones reguladas en la LPAC³⁰. Este *numerus clausus* de medios de notificación sólo lo es en cuanto a las modalidades, pero no en su número, puesto que cada Administración pública ha podido crear su DEHU, y además pueden existir tantas plataformas de notificación administrativa por comparecencia electrónica como le plazca a los órganos actuantes, que no encuentran límite legal para proceder a su creación. Esta circunstancia, unida a los otros dos puntos críticos en examen (el régimen general de las notificaciones electrónicas y el modelo de implementación seguido en la práctica por las administraciones públicas), está desembocando en un fabuloso caos mediante el que se generan innumerables situaciones de indefensión a los ciudadanos.

29 Para ampliar cuanto al respecto se dice 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 y ss.

30 Sobre el 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 y ss.; y GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit., pp. 559 y ss.

Para comprender cabalmente la situación es preciso tener en cuenta varios elementos distintos: 1) Para que la práctica de las notificaciones administrativas reúna las garantías que predica la ley (integridad, autenticidad y no rechazo o repudio en origen y destino, seguridad, sellos de tiempo, etc.), no cabe utilizar para su práctica el correo electrónico convencional, sino que resulta necesario desarrollar plataformas específicas; 2) La LPAC regula la DEHU con la encomiable pretensión de que sea única para todas las administraciones, pero, haciendo gala de una lamentable torpeza, no consiguió conferir al precepto la redacción adecuada, por lo que cada Administración está desarrollando sus propias DEHU y sus propios Puntos de Acceso General para acceder a ellas, sin que los ciudadanos dispongan de un punto único al que siquiera voluntariamente puedan adherirse para recibir todas las notificaciones administrativas que se les envíen³¹; 3) Ello genera en este momento la ansiosa e increíble situación de que los ciudadanos no pueden saber si están siendo notificados en plataformas que hayan creado las administraciones públicas, porque el brillante redactor de la LPAC olvidó exigir que, para que una plataforma de notificación sea verdaderamente obligatoria, no basta con que entre en vigor el deber de relacionarse por medios electrónicos, sino que además la Administración tiene la sensata obligación de notificarle previamente ese deber por conducto postal, indicándole el punto de acceso en el que a partir de ese momento será notificado; 4) El régimen jurídico de la práctica de las notificaciones electrónicas establecido en el artículo 43 LPAC determina que, una vez depositada en el buzón, si el interesado no ha accedido a su contenido, se entiende realizado el trámite y pueden proseguir las actuaciones, llegándose incluso a retirar materialmente la notificación del buzón al día siguiente de que esto suceda, por lo que, si el ciudadano no tiene la diligencia de acceder cada diez días a todas las DEHU y a todas las plataformas de notificación (cuya existencia incluso desconoce) en las que potencialmente se le pueden depositar notificaciones electrónicas, puede suceder perfectamente (y doy fe como abogado de que esta situación es mucho más frecuente de lo que se piensa) que se notifiquen actos administrativos sin que el destinatario tenga cabalmente manera de saber que se le ha enviado una notificación y dónde está depositada, enterándose del caso ya después de consagrarse la pérdida de derechos, cuando por otras vías se percibe de ello: porque recibe una notificación de la Agencia Tributaria en la DEHU del Estado (en la que sí suele estar de alta); cuando llama para informarse del estado del procedimiento y se le dice que ha sido excluido del mismo; etc.; y 5) El artículo 41.6 LPAC establece que la Administración enviará un aviso de notificación a los interesados, mediante SMS o correo electrónico convencional, se supone que para evitar que se vean en la necesidad de consultar reiteradamente las plataformas para verificar si eventualmente han recibido alguna notificación, pero a esta sensata previsión el legislador ha olvidado arroparla con el deber de que las administraciones públicas recaben del ciudadano estos datos de contacto antes de enviarles notificaciones por correo electrónico (en este momento, no disponen ni siquiera de un medio –que podría ser la carpeta ciudadana– para aportar voluntariamente ese dato); y, por si fuera poco, el propio artículo 41.6 LPAC rechaza que la omisión del envío de este aviso suponga consecuencia alguna, a pesar de que el aviso de notificación constituye una pieza

31 Esta interpretación que *de facto* viene siendo mantenida por las administraciones públicas tras la entrada en vigor de la LPAC ha venido a confirmarse por la STC de 24 de mayo de 2018 (rec. 3628/2016), en la que se promueve una interpretación conforme de la LPAC en virtud de la cual el Punto de Acceso General ha de ser único para cada Administración, sin que sea forzoso que *todas* las administraciones confluyan en un mismo y único punto de acceso, aunque puedan integrarse en el estatal mediante el oportuno instrumento jurídico (voluntario).

clave en la arquitectura de las notificaciones electrónicas a fin de preservar adecuadamente las garantías de los ciudadanos³². Todo muy edificante.

Llevo clamando infructuosamente contra esta situación desde 2002³³, cuando el problema era preocupante desde el punto de vista jurídico pero al menos no resultaba recurrente (el universo de obligados al medio electrónico era pequeño entonces); ahora la situación es muchísimo más grave, en atención al incremento exponencial de los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos, que en la LCSP, como ya se ha visto, son todos. El remedio de esta situación pasa necesariamente por una reforma legislativa, de carácter básico, que obligue a todas las administraciones públicas a integrar sus variopintas DEHU y plataformas de notificación mediante comparecencia electrónica en un punto único de acceso electrónico donde los ciudadanos puedan acceder fácilmente para consultar todas las notificaciones que reciban, y configurándose esa plataforma integral de notificación con la posibilidad de que el interesado facilite sus datos de contacto para avisos de notificación –artículo 41.6 LPAC– (teléfono a efectos de envío de SMS y dirección de correo convencional), que obligatoriamente deben consultar y utilizar todas las administraciones para remitirles tales avisos.

Para concluir este apartado, conviene consignar la importante especialidad que establece la D.A. 15.^a.1, párrafo 2: si el acto se ha publicado en perfil de contratante, en notificación por comparecencia (no DEH), la notificación produce efectos desde el mismo día de envío de la notificación o aviso de puesta a disposición, lo cual representa una regla distinta a la establecida con carácter general en el artículo 43 LPAC, con arreglo al cual la notificación surte efectos desde el momento en que se acceda a su contenido (o transcurran diez días desde su depósito). Por el contrario, a decir de la propia D.A. 15.^a.1, párrafo 2.º, si el acto no se ha publicado en el perfil del contratante, la notificación produce efectos desde su recepción por el interesado: ante la duda que suscita esta previsión concreta, que no aclara si la recepción a la que alude es en el buzón del destinatario o por el contrario hace referencia al momento en que éste accede a su contenido desde un equipo terminal, a mi juicio debe prevalecer esta última interpretación, por ser el régimen que se aplica con carácter general a las notificaciones electrónicas en la LPAC.

No obstante todo lo anterior, la D.A. 15.^a.1, párrafo 3.º, establece además que el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de esta o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

32 Véanse MARTÍN DELGADO, I., "Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas", cit., pp. 2162 y ss.; y GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, cit., pp. 576 y 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 y ss. Sólo han pasado 16 años, insuficientes para que el legislador capte el mensaje. Posteriormente se insiste en otras muchas aportaciones que no viene al caso citar ahora.

8 Especialidades “electrónicas” en los procedimientos generales de adjudicación

La LCSP incluye una serie de disposiciones que ahora compilamos en un sintético ramillete para dar cuenta de algunas especialidades que se producen cuando se emplean medios electrónicos³⁴.

En el procedimiento abierto las especialidades son las siguientes:

- Reducción de plazos para presentación de proposiciones [arts. 156.3 c) y 156.4]:
 - Se podrá reducir en 5 días el plazo general de presentación de ofertas cuando se admita la presentación por medios electrónicos.
 - Aplicable a contratos de obras, suministros, servicios y concesiones (de obras y servicios).
- Cabe prescindir del acto público de apertura de la oferta económica cuando se prevea la licitación por medios electrónicos (art. 157.4).
- Procedimiento abierto simplificado (art. 159):
 - Sólo será necesario publicar el anuncio de licitación en el perfil de contratante.
 - Toda la documentación debe estar disponible en el perfil.
 - La valoración de las ofertas podrá hacerse automáticamente mediante dispositivos informáticos.
 - Se garantizará electrónicamente que la apertura de ofertas no pueda hacerse hasta la finalización del plazo de presentación.

Y en el procedimiento restringido se establecen estas otras:

- Los pliegos y demás documentación serán accesibles por medios electrónicos, indicándose en la invitación (art. 163.2).
- Reducción del plazo de presentación de proposiciones en 5 días si se aceptan ofertas por medios electrónicos [art. 164.1 c)].

9 Novedades en materia de subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición

Por lo que se refiere a la subasta electrónica, ahora regulada en el artículo 143 LCSP, no se manifiestan novedades significativas³⁵. La ley anterior lo calificaba como procedimiento

34 Otro sumario puntero de este tipo de innovaciones puede verse en CASES PALLARES, J., “La contratación electrónica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., pp. 49 y ss.

35 Véanse FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La subasta electrónica”, cit., pp. 2051 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición”, Gimeno Felú, J.M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1205 y ss., así como, del mismo autor, *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 224 y ss.

iterativo, en tanto que ahora lo designa como *repetitivo*, término de similar significado con el que sencillamente se habrá querido ser más claro. El último inciso del apartado 1 añade que el dispositivo automatizado que soporte la subasta incita a velar por que el dispositivo permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta. El apartado 2 puntualiza que las especificaciones del contrato han de establecerse de manera precisa en los pliegos, e incide en que los elementos a cuyos valores se refiere la subasta han de ser objetivos, ofreciendo ejemplos de prestaciones intelectuales que no pueden ser objeto de este procedimiento, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura; en el apdo. 11 también prohíbe la subasta electrónica para contratos cuyo objeto tenga relación con la calidad alimentaria. En cuanto a los procedimientos en que se puede aplicar la subasta electrónica, el apdo. 2 no menciona ahora las licitaciones con negociación.

Por lo que se refiere a los sistemas dinámicos de adquisición (SDA), la LCSP introduce importantes novedades que mejoran el régimen anterior, como ha señalado cuidadosamente Domínguez-Macaya³⁶, a quien seguimos en este punto. La directiva potencia claramente este instrumento de racionalización, más ventajoso que el acuerdo marco, y resuelve sus principales problemas. Un primer grupo de novedades tiene lugar en los artículos 223 a 226 LCSP, dedicados específicamente a los SDA, donde se resalta el carácter íntegramente electrónico del procedimiento (arts. 223.2 y 224.4) y se suprime la limitación a 4 años, aplicándose la general del artículo 29 (5 años para suministros y servicios de prestación sucesiva); en cualquier caso, los pliegos especificarán la duración. Por otra parte, se sustituye el procedimiento abierto por el restringido, pero sin limitación de candidatos admisibles (art. 224.1 y 2), haciendo pues innecesarias las ofertas indicativas. Es también novedosa la posibilidad de dividir el sistema en categorías de productos, obras o servicios, debiendo especificarse los criterios de selección aplicables en cada categoría (art. 224.3); se declaran admisibles el volumen máximo de contratos y las demarcaciones geográficas de ejecución, entre otros (art. 223.3). También se producen algunos cambios en cuanto a los plazos: mínimo de 30 días para presentar solicitudes de participación (art. 225.2) y mínimo de 10 días para presentación de ofertas (art. 226.3). De otro lado, se regulan expresamente las ofertas irregulares o inaceptables (art. 226.4): las que no se ajusten a los pliegos o presentadas fuera de plazo, las que muestren indicios de corrupción o colusión y las consideradas anormalmente bajas o cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

Pero también se aprecia toda otra serie de novedades acerca de los SDA diseminadas a lo largo de la ley. Así, el artículo 100.3 establece en este caso la innecesariedad del presupuesto base de la licitación, aunque sí ha de calcularse el valor estimado del conjunto de contratos del sistema (art. 101.13). Por lo que se refiere a las garantías, se establece la posibilidad de fijar la provisional a tanto alzado, sin que pueda superar el 3 % del valor estimado del contrato (art. 106.2), mientras que la definitiva puede determinarse estimativamente o para cada contrato (art. 107.5). En cuanto a la perfección del contrato, en los SDA se produce por la adjudicación, no mediante formalización (art. 36), que aquí no es necesaria (art. 153). Además, se incluye expresamente a los SDA en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, sin umbrales mínimos, artículo 44.1 b), pero el recurso contra la adjudicación no

36 Véase 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, pp. 2078 y ss. También MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica*, cit., pp. 201 y ss.; y, del mismo autor, "Los procedimientos de contratación pública electrónica. Subasta electrónica y sistemas dinámicos de adquisición", cit., pp. 1218 y ss.

tiene efecto suspensivo (art. 53). Por último, la publicación de las adjudicaciones en el perfil de contratante podrá tener lugar trimestralmente, en los 30 días siguientes a la terminación de cada trimestre (art. 154.4).

10 Catálogos electrónicos

Para concluir, conviene hacer mención a los catálogos electrónicos, que están expresamente previstos en el considerando 68 y en el artículo 36 de la Directiva 2014/24, entre otras técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada como las subastas y los SDA que acabamos de analizar, precepto que no ha sido traspuesto al derecho interno, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no pueden utilizarse en España, en tanto que el sentir mayoritario, con el que me alinee, es predicar el efecto directo del artículo 36 de la directiva³⁷.

Los catálogos electrónicos son indudablemente un instrumento muy útil para potenciar la eficiencia de los procedimientos de contratación, tanto por lo que concierne a los licitadores como por lo que respecta a la gestión de la información a efectos de adjudicación del contrato. Sin que podamos dedicarle aquí la amplitud que merece el estudio de esta cuestión (para lo que remitimos a las excelentes aportaciones de Gallego³⁸ y Martínez³⁹), en cualquier caso, dado que esta técnica consiste en la posibilidad de que se obligue a presentar las ofertas mediante un formato electrónico concreto, parece que cabe englobarla entre los poderes reconocidos al órgano de contratación –en particular, D.A. 16.^a.1. j)–, por lo que no debe existir objeción a su implantación.

El catálogo electrónico es, en efecto, la especificación previa de un formato concreto estandarizado para la organización y presentación de la información por licitadores (p. ej., una hoja de cálculo). En cuanto a su finalidad, persigue un incremento de la competencia, pero también la racionalización de la contratación: reduce la oferta del operador a los productos predeterminados por órgano de contratación, ahorra tiempo y recursos en el tratamiento de las ofertas por órgano de contratación y permite la reutilización del catálogo para nuevas ofertas. Puede imponerlos el órgano de contratación en todos los procedimientos en que exija canal electrónico, pero son idóneos para operar en acuerdos-marco y SDA. Aunque, como ya se ha dicho, el instrumento también beneficia al licitador en la medida en que le permite estructurar la información y presentarla de la mejor manera para su procesamiento por el poder adjudicador, la directiva reconoce al licitador la posibilidad de aportar documentación complementaria, siempre que ello le permita exponer de mejor manera las especificaciones de su oferta.

37 En esta posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit., pp. 1939 y ss.; y los tribunales administrativos de recursos contractuales, quienes aprobaron conjuntamente un documento en el que recogieron los artículos de las directivas que consideraban directamente aplicables en España al haberse sobrepasado su plazo de transposición, entre los que se encontraba el 36, relativo a los catálogos electrónicos. De ello también se hace eco CARBONERO GALLARDO, J.M., “Cuadro sobre el efecto directo de las Directivas Europeas de Contratación Pública y Concesiones 2014, según el documento elaborado y publicado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley 4239, 2016.

38 Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Electronic Catalogues under Directive 2014/24: Simplifying Procedures and Increasing Efficiency”, *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2018, pp. 109 y ss.

39 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Régimen general de la administración electrónica en la contratación pública. La presentación de ofertas electrónicas”, cit.

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", *Cunil. Revista de Estudios Locales*, n. 205 (monográfico sobre la nueva Ley de Contratos del 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., y 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., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

regap



ESTUDIOS

- 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., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2017.
- GAMERO CASADO, E., y 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.
- 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 ARNÁIZ, T., "La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 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., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2009.

YÁÑEZ SÁNCHEZ, G., "Contratación pública electrónica obligatoria", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, n. 23, 2017.

Regap



ESTUDIOS

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

JUAN MARQUINA FUENTES

Licenciado en Derecho por la Universidad de Vigo
Funcionario de Administración local con habilitación nacional, subescalas de secretaría-intervención y de secretaría, categoría superior.
Vicesecretario general de la Diputación Provincial de Ourense
Secretario del Consorcio Provincial de Ourense para la prestación del servicio contra incendios y 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 situación 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.

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 régimen local vs. normativa de contratación pública. 2 La ubicación de los preceptos sobre contratación pública local en la LCSP/2017. 3 Referencias a la Administración local en el articulado de la LCSP. 3.1 Título preliminar: el ámbito de aplicación de la ley. 3.2 Libro I: tribunales de recursos contractuales, clasificación de empresas y registros de licitadores. 3.3 Libro II: pliegos de cláusulas administrativas generales, centrales de contratación y actuaciones preparatorias. 3.4 Libro III: modificación de contratos de los PANAP locales. 3.5 Libro IV: órganos consultivos y PCSP. 4 Análisis de la disposición adicional segunda: competencia en materia de contratación de las entidades locales. 4.1 Los órganos de contratación en las entidades locales. 4.2 Centrales de contratación en municipios con menos de 5.000 habitantes. 4.3 La mesa de contratación en la Administración local. 4.4 La regulación del comité de expertos. 5 Análisis de la disposición adicional tercera: normas específicas de contratación pública en las entidades locales. 5.1 La tramitación anticipada. 5.2 Las funciones de los FHN. 5.3 Otras especialidades. 6 Conclusión.

1 Normativa de régimen local vs. normativa de contratación pública

En nuestro país, la adaptación de la normativa interna al derecho comunitario en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, competencia que nuestra Carta Magna atribuye en exclusiva al Estado en la regla 18.ª del artículo 149.1, tuvo su primer hito el 2 de mayo de 1986 con la aprobación del Real decreto legislativo 931/1986, cuyo objeto era la adaptación de la entonces vigente Ley de contratos del Estado de 1965 a dicho ordenamiento jurídico comunitario, haciendo su aplicación extensiva a todas las administraciones públicas, incluidas las locales, tanto en cumplimiento de las obligaciones contraídas por España por su pertenencia a la entonces denominada Comunidad Europea como por el mandato constitucional anteriormente indicado.

En ese momento, era la legislación de régimen local la que contenía una regulación específica de la contratación pública de las EELL. A modo de ejemplo, podemos citar la redacción inicial de los artículos 21.1 l), 34.1 i) y 88 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), y, fundamentalmente, los artículos 111 a 125 del Real decreto legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), que contenían una regulación más o menos detallada de la contratación local, y de los que hoy sólo subsisten los artículos 111, 114 y 117.

Fue con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), y el posterior Real decreto legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (TRLCAP), cuando las normas específicas de la contratación local pasaron a contenerse en un precepto de la legislación

de contratos de las AAPP, concretamente en la disposición adicional novena de las leyes citadas y de su reglamento.

De este modo, en el período 1995-2007, la legislación sobre contratación prevista en la legislación de régimen local “convivió” con las citadas disposiciones adicionales novenas de las leyes y el reglamento de contratos.

Fue la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, la que derogó expresamente una serie de artículos o partes de estos en las leyes de régimen local indicadas; a saber: artículos 21, apartado 1, letras ñ) y p); 22, apartado 1, letras n) y o); 33, apartado 2, letras l) y n); 34, apartado 1, letras k) y m); 88; y 127, apartado 1, letra f), todos ellos de la LRBRL; así como los artículos 23, letras a) y c); 24, letra c); 28, letras c) y d); 29, letra b); 89, 95, apartados 2, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125, del TRRL.

No podemos dejar de citar tampoco las previsiones contenidas en la legislación autonómica de régimen local; en el caso de Galicia, artículos 310 a 329 de la Ley 5/1997, de Administración local de Galicia (en adelante LALGA). Aunque en nuestra opinión prácticamente todos los artículos de dicha norma han devenido inaplicables –al igual que sucedió con la legislación de régimen local estatal, a pesar de que en este caso sí hubo derogación expresa– en la práctica administrativa, han existido ciertas dudas sobre la aplicabilidad de determinados preceptos. En particular, podemos citar la previsión del artículo 326 de la LALGA, que impone la preceptiva publicación de todos los procedimientos de adjudicación, con excepción de los negociados, en el DOG (además de las publicaciones en el perfil del contratante, BOP, BOE o DOUE cuando fuesen preceptivas), y sobre cuya aplicabilidad a las EELL gallegas existen informes contradictorios. Así, la JCCA del Estado en su Informe 56/2007 había informado, en relación con la Ley 30/2007, que “... es norma con pretensión de establecer la regulación íntegra de la materia, razón por la cual debe prevalecer sobre las demás que vinieran regulándola con anterioridad...”. No obstante, sobre esta misma cuestión la XCCA de la C. A. de Galicia, en su Informe 5/2008, había concluido lo contrario, indicando que “... se mantiene la vigencia del artículo 326 de la Ley 5/1997, de Administración local de Galicia, que exige la publicidad de los anuncios en el Diario Oficial de Galicia y en el Boletín Oficial de la Provincia en los procedimientos abiertos o restringidos...”.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos apuntar que, en nuestra opinión, y a la vista de la nueva regulación de la publicidad de los anuncios de licitación contenida en la LCSP/2017, que prescinde de toda publicación en boletines oficiales salvo el DOUE, y donde el elemento fundamental pasa a ser el perfil de contratante de cada Administración, entidad local en este caso, y que además debe estar alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en su equivalente autonómico, entendemos que la previsión del citado artículo 326 de la LALGA es definitivamente inaplicable, todo ello teniendo en cuenta el carácter básico de la nueva ley y la aplicación del principio de especialidad en cuanto a la materia objeto de regulación y que, como indica la exposición de motivos de esta, “... se incorpora el régimen comunitario de publicidad de los contratos establecidos en las nuevas directivas, el cual, dentro del margen permitido por estas, se ha intentado simplificar lo más posible para facilitar la labor de los órganos de contratación a la hora de publicar los distintos anuncios relativos a los contratos que celebren...”.

Regap



NOTAS

Como decíamos y, desde ese momento, la entrada en vigor de la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, y salvo previsiones marginales de la legislación autonómica, la normativa de contratación de las EELL se recoge en la legislación de contratación del sector público, con las especialidades que la propia norma establece, en concreto en la disposición adicional segunda en el caso de la Ley 30/2007.

Sobre su ubicación en la citada ley, debemos recordar que el Consejo de Estado, en el dictamen de 25 de mayo de 2006 referente al anteproyecto de la citada Ley de contratos del sector público, al analizar la opción escogida por el legislador de recoger en una disposición adicional, en concreto la segunda, las principales especialidades de la contratación local, formuló dos observaciones a dicho texto desde el punto de vista de la técnica normativa. En primer lugar, señaló que, si se opta por incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello, el Consejo planteó en su momento dos posibilidades: o bien incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En segundo lugar, el órgano consultivo señaló que la redacción de la disposición adicional segunda proyectada resultaba excesivamente larga, problema que desaparecería si se optase por la solución indicada con anterioridad.

Es conocido que dicha observación del Consejo de Estado no fue atendida, por lo que, desde la entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público del año 2007 y el posterior Texto refundido de la Ley de contratos del sector público del año 2011 (TRLCSF), las normas específicas de las EELL se contenían en la disposición adicional segunda de las citadas normas.

No podemos acabar las referencias a la regulación de la contratación en la legislación básica de régimen local sin citar la modificación introducida por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que añadió una serie de competencias propias de las diputaciones provinciales a las ya previstas en el artículo 36 de la LRBRL, en concreto la letra g), referente a la competencia en contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, precepto que debe ser interpretado en los términos establecidos por la STC 111/2016¹ para no incurrir en vicio de inconstitucionalidad. Dicha competencia, junto a la de Administración electrónica prevista en el mismo precepto, constituyen sin duda elementos a tener muy en cuenta para entender la contratación pública local en la LCSP, que atribuyen, como tendremos ocasión de analizar, tareas de asistencia a las entidades provinciales e imponen la licitación por medios electrónicos como obligatoria en los términos que indica su disposición adicional decimoquinta.

1 Dicha sentencia declara que el artículo 36.1. g), en la redacción introducida por el artículo 1.13 de la Ley 27/2013, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 11, que establece que, en realidad, el citado artículo se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión", que estaba –y sigue estando– prevista como base del régimen local. Por ello, lo que pretende el precepto es dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la Administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes) pueden no estar en condiciones de asumir. En definitiva, se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica, prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada Administración electrónica.

2 La ubicación de los preceptos sobre contratación pública local en la LCSP/2017

La nueva Ley 9/2017, de contratos del sector público (en adelante LCSP/2017), sigue, en lo referente a la regulación de las especialidades de la contratación pública local, una estructura similar a sus predecesoras, dedicando sus disposiciones adicionales segunda y tercera a las competencias en materia de contratación y a las normas específicas de contratación pública en las EELL, respectivamente.

No obstante, y al contrario de lo que podría pensarse, el anteproyecto de esta ley recogía una distribución diferente, al incluir dentro de su articulado un precepto, en concreto el artículo 325, relativo a los órganos de contratación de las EELL, dejando las dos disposiciones adicionales mencionadas para la regulación de las especialidades de la Administración local. En esta ocasión y con motivo del dictamen al anteproyecto evacuado el 10 de marzo de 2016, el Consejo de Estado indicó, en relación con la técnica normativa inicialmente prevista, que *"... los preceptos sobre contratación de entidades locales debieran tener una misma ubicación en la futura ley..."* y que *"... o bien podrían integrar un libro específico (lo que permitiría una mejor estructuración de su contenido), o bien formar parte todos ellos de las disposiciones adicionales..."*. Además de esto, recomendó que, *"... por razones de orden y sistemática, el contenido de la disposición adicional tercera –que versa sobre normas de competencia– debería pasar a ser la segunda y el contenido de esta la tercera..."*.

Estas recomendaciones del supremo órgano consultivo fueron finalmente atendidas, ya que el texto definitivo de la norma publicado en el BOE contiene las competencias de los órganos de las EELL relativas a la contratación, además de otras materias, en su disposición adicional segunda, dejando la disposición adicional tercera para regular otras especialidades de la contratación local.

En nuestra opinión, hubiese sido mucho más acertado trasladar todas las previsiones de la contratación local al propio articulado de la norma, en un libro específico, lo que sin duda facilitaría el trabajo de los operadores jurídicos (y no jurídicos) implicados. Esta técnica se utiliza por ejemplo para regular los contratos de los entes del sector público que no son Administración pública, a los que se dedica el libro III (artículos 316 a 322).

El resultado, que no por esperado resulta menos decepcionante, nos lleva a dos disposiciones adicionales de la norma (DA 2.^a y 3.^a), ambas de una extensión considerable, de nada menos que 12 y 11 apartados respectivamente, lo que sin duda a nuestro juicio no facilita su "abordaje".

A modo de conclusión a esta crítica, no podemos dejar de traer a colación el Informe n. 8/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A. de Aragón, cuyo objeto era el anteproyecto de la ley, y que ya entonces manifestó, con una claridad y rotundidad que aplaudimos, y refiriéndose a las previsiones de la ley relativas a las EELL, que *"...sus normas deben integrarse en el texto del anteproyecto..."*, ya que *"...las entidades locales también son administraciones públicas y deben estar en el texto de la ley..."*. No por obvio creemos que se deba dejar de insistir en este planteamiento a futuros/as legisladores/as.

Regap



NOTAS

3 Referencias a la Administración local en el articulado de la LCSP/2017

3.1 Título preliminar: el ámbito de aplicación de la ley

Siguiendo la estructura de la propia LCSP/2017, la primera referencia en su articulado a la Administración local la encontramos en su título preliminar, en concreto en el artículo 2, relativo al ámbito de aplicación (entendemos que objetivo) de la ley. Allí, en el apartado tercero, se prevé que la aplicación de la ley a los contratos que celebren las EELL y sus organismos dependientes, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final primera de esta, que es donde se enumeran los artículos o partes de los mismos que no tienen el carácter de básicos y los títulos competenciales que habilitan el carácter de básico de los restantes preceptos de la ley.

Por lo demás, y exceptuando la referencia expresa a la utilización, a los efectos de identificación de las prestaciones que son objeto de los contratos, del vocabulario común de contratos públicos, no encontramos en esta regulación ninguna novedad con respecto a las previsiones contenidas en el anterior artículo 2 y disposición final segunda del TRLCSP.

Como no puede ser de otra forma, el artículo 3 de la ley, relativo a su ámbito subjetivo de aplicación, recoge expresamente las entidades que integran la Administración local, en primer lugar como integrantes del sector público [artículo 3.1.a)], en segundo lugar como administraciones públicas [artículo 3.2.a)] y en tercer lugar como poderes adjudicadores [artículo 3.3.a)].

No se aprecian reformas destacables en la nueva regulación respecto al régimen de sujeción a la ley de las entidades que integran la Administración local.

En este sentido, debemos recordar que tienen la consideración de AAPP, y por lo tanto el mayor grado de sujeción a la ley, en los términos establecidos en ella, las previstas en el artículo 3 de la LRBR, sus organismos autónomos dependientes, las diputaciones forales y las juntas generales de los territorios históricos del País Vasco y los consorcios locales y demás entidades de derecho público (en este último caso, siempre que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado).

Como poder adjudicador, pero sin la consideración de Administración pública (PANAP²), y por lo tanto con menor grado de sujeción, tendríamos las fundaciones públicas locales (que deberán cumplir los requisitos de la letra e. del artículo 3.1), las entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores del artículo 3.3 de la ley, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad, bien controlen su gestión, o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, así como las asociaciones de EELL.

2 Sobre diversas cuestiones de aplicabilidad de la LCSP/2017 a los PANAP, resulta muy ilustrativo el Informe de la Abogacía General del Estado del 17 de enero de 2018 y referencia A.G. Entes Públicos 2/18 (R-32/18).

Por último, y en el mayor de los denominados “tres círculos concéntricos”, y con el menor grado de sujeción a la LCSP, tendríamos las entidades que forman parte del sector público, pero que no tienen la consideración de poder adjudicador y menos aún de Administración pública. En el ámbito local tendríamos las entidades públicas empresariales locales a las que se refiere la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, cualquier otra entidad de derecho público con personalidad jurídica propia vinculada a un sujeto que pertenezca al sector público local o dependiente de él, así como las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades locales, sus organismos autónomos, consorcios locales, fundaciones públicas locales, entidades públicas empresariales locales o sociedades mercantiles mayoritariamente locales sea superior al 50 por 100, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, pertenezcan al grupo de sociedades en los términos que indican el artículo 5 del Texto refundido de la Ley del mercado de valores y 42 del Código de comercio. Cerrando esta enumeración, también tendrían la consideración de sector público local las entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público (en este caso local) financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

A modo de cierre sobre esta cuestión, y citando a Julio Tejedor Bielsa³, es evidente que “... una de las más claras manifestaciones de los excesos regulatorios que provoca el afán de proteger nuestra tradición regulatoria del impacto renovador que impone la normativa que viene de la Unión Europea se muestra en la progresiva expansión de la regulación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española de contratación del sector público...”, a lo que añadiríamos, también como motivo para esta “sobre-regulación”, la finalidad de someter todas las organizaciones públicas, cualquiera que sea su personificación, al derecho administrativo.

3.2 Libro I: tribunales de recursos contractuales, clasificación de empresas y registros de licitadores

La siguiente referencia expresa a la Administración local en el articulado de la LCSP la encontramos ya en su libro I, título I, capítulo V, concretamente en su artículo 46, referido al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las EELL. En esta regulación se mantiene la previsión de que la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las CCAA en cuyo territorio se integran las CCLL hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito. En el caso de Galicia, debemos tener presente la regulación contenida en la Ley 14/2013, de racionalización del sector público autonómico, modificada por la Ley 1/2015, que creó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la C.A. de Galicia, el cual, por Resolución de 1 de marzo de 2018, fijó su sede en Santiago de Compostela y la fecha de inicio del ejercicio de sus funciones el 2 de abril de 2018, fecha a partir de la cual este tribunal pasará a ser el competente para el conocimiento de los recursos especiales en materia de contratación en

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/>

el ámbito de las EELL gallegas, sustituyendo al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La gran novedad de este artículo 46 la tenemos en la previsión de que los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la LRBRL y las diputaciones provinciales puedan crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que tendrá la competencia para resolver los citados recursos. Su constitución y funcionamiento, así como los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato, se regirán por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de la propia LCSP. El pleno de la corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la diputación de la provincia a la que pertenezcan.

A nuestro juicio, resulta cuando menos sorprendente la citada previsión, ya que tanto el TACRC como sus equivalentes autonómicos funcionan de una forma solvente y ágil, y creemos que no existía una demanda social en esta línea. Pensemos que, solamente en Galicia, en aplicación del citado artículo 121 de la LRBRL, que atribuye la condición de municipio de gran población a los de Vigo y A Coruña, y de la Ley 4/2004, para la aplicación a los municipios de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Santiago de Compostela del régimen de organización de los municipios de gran población, tendríamos siete tribunales administrativos de recursos contractuales susceptibles de ser creados, a los que habría que sumar los cuatro correspondientes a cada una de las diputaciones provinciales.

Recientemente, y en esta línea, debemos citar el Informe anual de la Comisión UE sobre España 2018, cuyo objeto es la evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y en el que las instituciones comunitarias advierten que la creación de numerosos tribunales administrativos de contratación pública de carácter descentralizado podría mermar la eficacia del actual sistema de recursos, afirmación esta que compartimos.

Siguiendo con el repaso a las referencias a la Administración local en el articulado de la LCSP, y todavía dentro del libro I, las siguientes menciones las encontramos en su título II y en los artículos 80 y 96, relativos respectivamente a los acuerdos de clasificación de empresas y las inscripciones en los registros de licitadores. En el primer caso se trata de extender la eficacia de los acuerdos de clasificación de empresas adoptados por los órganos competentes de las CCAA a las entidades locales y a sus organismos dependientes incluidos en su ámbito territorial. En el segundo caso, se indica que la inscripción en el Registro de Licitadores de una comunidad autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes.

3.3 Libro II: pliegos de cláusulas administrativas generales, centrales de contratación y actuaciones preparatorias

Ya situados en el libro II de la ley, la primera referencia en este a las EELL la encontramos en su título I, artículo 121.2, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas generales, y donde se habilita a aquellas a aprobar sus PCAG de acuerdo con sus normas específicas y previo

dictamen del órgano consultivo competente (en el caso de las EELL gallegas, el Consello Consultivo de Galicia). Dicha regulación se completa en la D.A. 2.^a de la LCSP, que atribuye al pleno la competencia para su aprobación. No podemos dejar de citar la habilitación contenida igualmente en el artículo 317 de la Ley de administración local de Galicia, donde se precisa que estos pliegos se aplicarán a todos los contratos de objeto análogo⁴.

Todavía dentro del libro II y en el mismo título I de la LCSP tenemos la siguiente referencia explícita a la Administración local, emplazada en el artículo 228, que posibilita que estas puedan crear sus propias centrales de contratación, así como adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público. Del juego de este artículo, y de lo previsto en la disposición adicional tercera apartado décimo de la ley, así como la ya aludida previsión del artículo 36.1 g) de la LRBR, resulta que los municipios tienen varias posibilidades en este ámbito, y que van desde la creación de una central de compras propia por acuerdo plenario a la adhesión a otros sistemas de adquisición centralizada, ya sea estatal, autonómico o provincial, e incluso al de las asociaciones de entidades locales a las que se refiere la disposición adicional quinta de la LRBR, de las que la FEMP y la FEGAMP son las más representativas a nivel estatal y autonómico, respectivamente.

Ya en el título III, concretamente en el artículo 247.3, y dentro de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras, encontramos otra referencia en la tramitación del estudio de viabilidad de este tipo de contratos, y del cual la Administración concedente deberá recabar de forma preceptiva informe de la entidad local afectada cuando la obra proyectada no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, el cual debe ser emitido en el plazo de un mes. Una previsión similar la encontramos en el precepto siguiente, artículo 248.3, en este caso relativo al anteproyecto de construcción y explotación de las obras, en cuya tramitación se someterá este a informe de las entidades locales afectadas, en todo caso.

Se mantiene, en el artículo 302 de la LCSP, la previsión que ya recogía la normativa derogada, en lo relativo a exceptuar la previsión del Texto refundido de la Ley de haciendas locales, que establece que las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, salvo que la ley lo autorice de modo expreso. En este sentido se permite que, en los contratos de suministro y cuando se prevea en el PCAP, el pago del precio total de los bienes a suministrar podrá consistir parte en dinero y parte en la entrega de otros bienes de la misma clase, sin que en ningún caso el importe de estos pueda superar el 50 por ciento del precio total, por lo que a estos efectos el compromiso de gasto correspondiente se limitará al importe que, del precio total del contrato, no se satisfaga mediante la entrega de bienes al contratista.

3.4 Libro III: modificación de contratos de los PANAP locales

Pasando ya al libro III de la LCSP y dentro del capítulo relativo a los contratos de los PANAP, encontramos en el artículo 319 de la LCSP una nueva referencia expresa a la Administración

4 Sobre la discutida naturaleza jurídica de los PCAG, debemos recordar que el Consejo de Estado les ha atribuido el carácter de auténticas normas, al considerarlas disposiciones administrativas de carácter general, mientras que la JCCA les ha negado dicho carácter. En esta misma línea se sitúa la jurisprudencia del TS (por todas STS 24.10.200), que, si bien precisa que el pliego es la auténtica ley del contrato, no es una norma jurídica. La regulación de la LCSP parece que confirma esta última opción, al no contener referencia alguna a tal consideración o incluir una tramitación similar a la de las ordenanzas y reglamentos locales, limitándose, como dijimos, y exigir dictamen del órgano consultivo a aprobación plenaria.

local. En este precepto se establece que, en las modificaciones de estos contratos no previstas en el PCAP y siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, será necesaria la autorización del órgano de la Administración local al que esté adscrito o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma. Idéntica exigencia se contiene en el mismo artículo referida a los supuestos de rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación, así como el secuestro o intervención de estos, ya que se exige igualmente la autorización del órgano de la Administración local al que esté adscrito o corresponda la tutela de la entidad contratante, si bien en estos supuestos no se indica la necesidad de recabar el informe del órgano consultivo.

3.5 Libro IV: órganos consultivos y PCSP

Situados ahora en el libro IV, su capítulo III contiene la regulación de los diferentes órganos consultivos, en los que, como veremos, existen varias referencias. En primer lugar, el artículo 328, relativo a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, contiene una breve reseña en el apartado referido a sus funciones, donde se indica que dicho órgano consultivo elaborará y remitirá a la Comisión Europea cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales que, respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, comprenda una serie de cuestiones previstas en dicho precepto. A estos efectos, la Subsecretaría de Hacienda y Función Pública, por Resolución de 15 de noviembre de 2017 (BOE n. 283, de 21.11.2017), aprobó la aplicación informática GOBERNANZA-CONTRATACIÓN, así como el cuestionario electrónico necesario para elaborar el informe a que se refiere el precepto citado, todo ello para coordinar el cumplimiento de las obligaciones de información y elaborar el informe previsto en el repetido artículo 328.4 de la LCSP y cuya finalidad es la de poder recopilar la información necesaria y facilitar su posterior tratamiento.

El artículo 329 crea *ex novo* el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, como órgano colegiado que funciona en pleno o por secciones, y cuya finalidad es asumir, en ejercicio de sus competencias, compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas administraciones públicas, conforme a los principios del artículo 140 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público. Las referencias a las EELL las encontramos, en primer lugar, en la composición del pleno de dicho órgano, en el que participará en representación de estas un representante de la asociación o federación de EELL con mayor implantación, designado por la misma. En segundo lugar, y en cuanto a la composición de las diferentes secciones, se establece que el representante de la asociación o federación de EELL con mayor implantación, designado por esta, que forme parte del pleno, formará parte, a su vez, de las secciones relativas a la supervisión de la contratación pública, a la información cuantitativa y estadística, y a la contratación pública electrónica.

En este punto debemos citar nuevamente el Informe anual de la Comisión UE sobre España 2018, cuyo objeto es la evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y en el que

las instituciones comunitarias, respecto del Comité de cooperación de las instancias públicas centrales, autonómicas y locales en materia de contratación pública, dicen que será el órgano que procederá a elaborar una Estrategia Nacional de Contratación Pública, en la que se plasmará una visión estratégica común para todos los niveles de la Administración, incluida la local, con miras a luchar contra la corrupción, fomentar la profesionalización, promover la eficiencia económica, mejorar el uso de la contratación pública electrónica y la contratación estratégica e impulsar la participación de las pymes.

Por su parte, el artículo 330 regula los órganos consultivos en materia de contratación pública que creen las diferentes CCAA, que ejercerán su competencia en su respectivo ámbito territorial, en relación con la contratación de las entidades que integren el sector público autonómico, y, de establecerse así en sus normas reguladoras, de las EELL incluidas en él, sin perjuicio de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. En Galicia, por Decreto 237/2007 se creó la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG n. 244, de 19.12.2007), regulándose su composición y funciones, y configurando este órgano como un órgano consultivo, con funciones asesoras y de tutela de la legislación vigente, y que comprende dentro de su ámbito de actuación a las entidades locales gallegas.

Siguiendo con los diferentes órganos consultivos, encontramos nuevas referencias en el artículo 332, en el que se crea y se regula la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Dicha oficina, cuya finalidad principal es velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en relación con la contratación pública, tiene entre sus funciones la de dar traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el caso de que la oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel local (también estatal y autonómico). A esta oficina le corresponderá aprobar, a propuesta del Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, la Estrategia Nacional de Contratación Pública vinculante para el sector público, prevista en el artículo 334, que se diseñará y ejecutará en coordinación con las CCAA y EELL. En este artículo se prevé además de lo indicado, en su apartado 11, que la función de supervisión que realizará la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión lo será sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado en cuanto órgano de control de la gestión económico-financiera del sector público estatal y a las que, en su ámbito territorial, correspondan a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local. A estos efectos, las intervenciones de las EELL remitirán anualmente a dicha oficina un informe global, que se hará público dentro del mes siguiente a su recepción, con los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública.

El artículo 333 regula, por su parte, la Oficina Nacional de Evaluación, órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios. En lo referente a la Administración local, su regulación prevé que a las reuniones que celebre en que se traten informes de las CCLL asistirá un representante de la Federación de Entidades Locales con mayor implantación, junto con un representante de la propia corporación en el caso de que se tratara de municipios de gran

Regap



NOTAS

población a los que se refiere el título X de la LRBRL. El apartado tercero de este precepto establece además un importante informe preceptivo para los eventuales expedientes de contratación de las EELL, y es el supuesto de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras locales, donde dicha Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación, tramitará un informe preceptivo en los siguientes casos: a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario, b) Las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros. Asimismo, informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 respecto de las concesiones de obras y concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas.

Resumiendo, y como hemos tenido ocasión de examinar, este libro IV de la LCSP, relativo a la organización administrativa para la gestión de la contratación, y concretamente el capítulo relativo a los órganos consultivos, parece tener una perspectiva de gobernanza de toda la contratación pública, con una visión estratégica común para todos los niveles de la Administración, incluido el nivel local, siendo la manera en que la nueva estructura creada se constituya y opere crucial para el logro de resultados eficaces, objetivo este de carácter ambicioso, pero que debe dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las directivas comunitarias y, al mismo tiempo, combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública a todos los niveles (nivel local incluido, insistimos).

Por su parte, el capítulo relativo a los registros oficiales de licitadores y empresas clasificadas contiene también alguna referencia a la Administración local. En concreto, su artículo 341, relativo a los registros de licitadores y empresas clasificadas de las CCAA, establece que será en estos donde se inscribirán en todo caso las prohibiciones de contratar que sean declaradas por los órganos competentes de las entidades locales de su ámbito territorial, indicando igualmente que la inscripción en dicho registro autonómico de licitadores y empresas clasificadas acreditará los datos y circunstancias de los empresarios ante los órganos de contratación de las entidades locales de su ámbito territorial.

Para finalizar con el examen del articulado de la LCSP, su artículo 347, que es además el último de esta norma, y que tiene por rúbrica la Plataforma de Contratación del Sector Público, contiene también referencias a las entidades que integran la Administración local, al establecer que sus órganos de contratación, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes, podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la comunidad autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público. A estos efectos, debemos recordar que una de las principales novedades en materia de publicidad en la nueva regulación de la LCSP la encontramos en que los anuncios de licitación se publicarán únicamente en el perfil de contratante de cada Administración pública (y en el DOUE en el caso de contratos SARA). Sobre el requisito de que el perfil de contratante se encuentre alojado en la PCSP o servicio de información equivalente a nivel autonómico, llama la atención que se omita esta exigencia en la regulación exhaustiva que

de la figura del perfil de contratante se hace en el artículo 63 de la ley, pero sí se prevea en lo relativo a las causas de nulidad del artículo 39 en su letra c), en el artículo 134.2 relativo al anuncio de información previa, y en la regulación que el artículo 347 hace de la PCSP, y donde indica que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en esta ley cuando los mismos estén alojados en la PCSP o servicio de información equivalente a nivel autonómico.

Vemos, pues, que la nueva regulación de la LCSP apuesta por los perfiles y las plataformas de contratación como medio de publicidad y transparencia, en perjuicio de los clásicos boletines oficiales, y que además, al establecer la obligación de alojar los perfiles en la PCSP (o equivalente autonómico), aporta seguridad, concentración de información y accesibilidad para los potenciales licitadores y demás interesados, lo que sin duda contribuye a profundizar en el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública previstos en el artículo 1 de la ley.

4 Análisis de la disposición adicional segunda: competencia en materia de contratación de las entidades locales

4.1 Los órganos de contratación en las EELL

A diferencia de su predecesora, y como ya tuvimos ocasión de avanzar, la nueva LCSP desdobra las normas específicas de contratación de las EELL en dos disposiciones adicionales. La primera de ellas, según su rúbrica, se refiere a las competencias en materia de contratación, si bien, analizado su contenido, se puede comprobar que regula otros aspectos como son las mesas de contratación o el comité de expertos.

Comenzando por los contratos administrativos (obras, suministros, servicios, concesión de obras, concesión de servicios y especiales), se atribuye la condición de órgano de contratación al alcalde-presidente, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

La principal diferencia con la regulación anterior viene dada porque se sustituye, desde el punto de vista cuantitativo, el concepto “importe del contrato” por el de “valor estimado”, que aparece perfectamente definido en el artículo 101 de la LCSP, lo que en líneas generales supone excluir el IVA de dicho importe e incluir eventuales prórrogas y modificaciones del contrato al alza previstas en el PCAP.

Sobre la distinción de estos dos conceptos de “importe del contrato” y “valor estimado”, resulta muy clarificadora la STJ de Galicia 6799/2016, de 21 de septiembre de 2016, referida además a un contrato de un ayuntamiento, en la que se analiza la diferencia entre esos dos términos a los efectos de determinar quién es el órgano de contratación, y en la que se concluye que “... parece que debe interpretarse que el término importe manejado en dicho precepto se refiere al presupuesto del contrato y, en consecuencia, para su cálculo

Regap



NOTAS

no deben tenerse en cuenta las prórrogas del mismo, que, además, tienen carácter eventual...". Insistimos en que la nueva regulación modifica a la anterior en este punto, por lo que el valor estimado debe calcularse en la forma detallada en el mencionado artículo 101 y, como dijimos, con exclusión del IVA, pero con la inclusión de eventuales prórrogas y modificaciones del contrato al alza.

Esta competencia del alcalde-presidente como órgano de contratación entendemos que es, en principio, delegable, ya que no se encuentra, como por otra parte es lógico, en la enumeración de materias indelegables que recogen los artículos 21.3 y 34.2 de la LRBRL para alcaldes y presidentes, respectivamente.

La condición de órgano de contratación del pleno de la corporación se establece de forma residual, al disponer que dicha competencia lo será respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la entidad local cuando, por su valor o duración, no correspondan al alcalde o presidente de esta. Por el mismo motivo que en el caso anterior, se trata en todo caso de una competencia plenaria delegable (artículos 22.4 y 33.4 LRBRL).

Siguiendo a Jesús Colás Tenas⁵, debemos traer a colación la reflexión que este plantea entre la relación de los eventuales acuerdos de los órganos de contratación locales y la previsión del artículo 174 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales, relativo a los compromisos de gastos de carácter plurianual, y a la que por su claridad expositiva nos remitimos, en la cual, a la vista de las normas indicadas, concluye que *"... la posibilidad de que el alcalde o el presidente de la entidad local pueda comprometer gastos plurianuales respetando siempre los límites indicados (artículo 174.5 TRLHL), sin perjuicio de que sea luego el pleno el encargado de consentir en cada presupuesto la financiación efectiva de los compromisos ya adquiridos con anterioridad..."*.

Por último, y como muy bien apunta Concepción Campos Acuña⁶, *"... serán indelegables las competencias atribuidas al pleno municipal referidas a la concesión de bienes y servicios por más de 5 años y que superen el 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, y la enajenación de bienes que excedan del 20% de los recursos ordinarios, en tanto en cuanto para su aprobación resulta necesaria la adopción de acuerdo plenario por mayoría absoluta de los miembros de la corporación y, en consecuencia, resulta de aplicación la prohibición contemplada en el artículo 47.2 LRBRL..."*.

El apartado tercero de la disposición adicional que estamos analizando contiene una de las especialidades previstas para los municipios de población inferior a 5.000 habitantes (entendemos que, al decir expresamente "municipios" y no entidades locales, esta especialidad, y las demás previstas en la ley, no son de aplicación a otras entidades locales aunque su población sea inferior a esa cifra). Dicha peculiaridad, que es la relativa a la autorización plenaria que permite la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas, ya se recogía en el TRLCSP, si bien se elimina el requisito de la exigencia de la mayoría absoluta para el acuerdo plenario, pasando

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>

6 CAMPOS ACUÑA, C., *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 521.

en la nueva regulación a exigirse únicamente mayoría simple. Dicha competencia plenaria es además delegable, ya que no se ha previsto lo contrario.

Con respecto a los municipios de gran población, sometidos al régimen jurídico previsto en el título X de la LRBRL, se mantiene a la junta de gobierno local como órgano de contratación en todo caso; esto es, cualquiera que sea el importe del contrato o su duración. Se añade expresamente que la competencia para aprobar los PCAG en estos ayuntamientos, al igual que en los de régimen común, es del pleno.

El apartado quinto de esta disposición adicional regula las juntas de contratación en las entidades locales. Se mantiene, con respecto a la regulación del TRLCSP, su carácter potestativo. Si la entidad local opta por su constitución, las juntas de contratación actúan como órganos de contratación en los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, en los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su valor estimado ("importe" decía la regulación del TRLCSP) no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superen este importe las acciones que estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de este.

En cuanto a su constitución, corresponde al pleno (por mayoría simple) acordar la constitución de las juntas de contratación y determinar su composición, debiendo formar parte de ellas necesariamente el secretario o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación y su interventor. Los límites cuantitativos, que podrán ser inferiores a los señalados en el párrafo anterior, o los referentes a las características de los contratos en los que intervendrá la junta de contratación como órgano de contratación, serán determinados en los municipios de gran población por la junta de gobierno local y en las restantes entidades locales, por el pleno, a propuesta del alcalde o del presidente cuando sea el órgano que tenga atribuida la competencia sobre dichos contratos. En los casos de actuación de las juntas de contratación se prescindirá de la intervención de la mesa de contratación.

Vemos que la regulación de la LCSP no presenta más novedades que la indicada en lo relativo a las juntas de contratación en las EELL.

Volviendo nuevamente a las competencias para actuar como órgano de contratación por parte de los órganos de gobierno de las EELL, los apartados 9, 10 y 11 contienen las normas para la distribución de las competencias en materia de contratación en los contratos privados, definidos en el artículo 26.1 de la ley, y en los contratos sujetos a la legislación patrimonial. Se establece que corresponde al alcalde-presidente la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de estas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación en los términos definidos en el artículo 100.1 (recordemos que el TRLCSP tomaba como referencia el "valor" del bien) no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

Regap



NOTAS

Corresponde al pleno la competencia para celebrar los mismos contratos cuando esta no esté atribuida al alcalde-presidente y, en todo caso, de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 LRBRL, las competencias como órgano de contratación en los supuestos anteriores corresponderán a la junta de gobierno local, cualquiera que sea el importe del contrato o su duración.

No queremos finalizar el análisis de los órganos de contratación en el ámbito local sin referirnos a la legitimación de los cargos electos para la interposición de recursos contra los actos y acuerdos adoptados por aquellos. En este sentido, el artículo 24.4 del RD 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del TARC, dispone que están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la LRBRL, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados. Sobre la aplicación del mencionado precepto de la LRBRL, debemos recordar las trascendentes sentencias del TC 173/2004, 8/2006 y 210/2009, que consideraron, respecto de los miembros de las corporaciones locales, que "...*existe una legitimación ex lege...*", que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de estas que contradigan el ordenamiento jurídico, y que no tendría sentido admitir la legitimación de un miembro de la corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad. Dicha doctrina fue acogida por los diferentes TARC (Resoluciones del TACRC 125/2013 y 203/2013, Resolución 62/2015 del OARC/KEAO del País Vasco o Resolución 816/2017 del TARC de la C.A. de la Región de Murcia), para así otorgarles dicha legitimación, salvo que formaran parte del órgano de contratación que hubiera adoptado el acuerdo impugnado, y dichos cargos electos no hubieran votado en contra de él.

4.2 Centrales de contratación en municipios con menos de 5.000 habitantes

Otra de las especialidades para los municipios con población inferior a 5.000 habitantes, y que ya recogía la normativa anterior, es la posibilidad de que las competencias en materia de contratación puedan ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228, que exige acuerdo del pleno. Asimismo, podrán concertarse convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las diputaciones provinciales o a las comunidades autónomas de carácter uniprovincial. De nuevo volvemos a citar en este punto la previsión contenida en el artículo 36 de la LRBRL, en concreto la letra g), referente a la competencia de las diputaciones provinciales en contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

Recapitulando lo dispuesto en la normativa indicada, vemos que las EELL tienen un abanico más o menos amplio a la hora de decidir cómo gestionar su contratación pública, ya sea directamente a través de sus órganos de contratación, creando juntas de contratación, o centrales de contratación en el caso de los municipios de menos de 5.000 habitantes, adhiriéndose a sistemas de contratación centralizada (de diputaciones o de asociaciones de

entidades locales) o incluso mediante encomiendas de gestión puntuales de procedimientos de contratación a las diputaciones provinciales. La decisión, que entronca directamente con la autonomía local constitucionalmente garantizada, debiera adoptarse en la búsqueda de una contratación pública local más eficiente, transparente e íntegra, que permita incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas y permitir que los poderes públicos locales empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, tal como prevén las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE de contratación pública, y la propia LCSP/2017.

4.3 La mesa de contratación en la Administración local

El apartado séptimo contiene las especialidades en el ámbito local aplicables a las mesas de contratación. Dichas especialidades deben completarse con el régimen general recogido en los artículos 63.3 e), 69.2, 140.3, 141.2, 146.2 b), 149, 150.1, 157, 159, 169.8, 170.2, 171, 187.1 y, especialmente, en el artículo 326 de la propia ley⁷. Todo ello sin olvidar la aplicación, en lo que no se oponga a la LCSP, de los artículos 21 y siguientes del Real decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de contratos del sector público (no derogado expresamente), e incluso los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, relativos a los órganos colegiados de las distintas AAPP.

Según establece la disposición adicional segunda, la mesa de contratación en las entidades locales estará presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de esta, y formarán parte de ella, como vocales, el secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que designe el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de esta, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. Se añade que en las entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrán integrarse en la mesa personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales, que no podrá formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas el personal eventual y que, excepcionalmente, podrá formar parte de la mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

Recapitulando lo anterior, podemos concretar que el cargo de presidente de la mesa de contratación en las entidades locales únicamente puede ocuparlo un cargo electo o un funcionario de carrera de la entidad local correspondiente o de la diputación provincial en caso de entidades municipales, consorcios o mancomunidades de su ámbito. Excepcionalmente, y acreditando en el expediente la ausencia de funcionarios de carrera cualificados, podría también ocupar ese cargo un funcionario interino. *A contrario sensu*, no pueden ocupar dicho puesto los FHN de la entidad, por ser vocales necesarios, ni el personal laboral (propio y entendemos que tampoco el de la diputación) ni el personal eventual.

⁷ Sobre posibles dudas interpretativas de la redacción del artículo 326 de la LCSP se ha pronunciado recientemente la JCCA del Estado en su Informe n. 3/2018.

Como vocales necesarios estarán siempre el secretario o el titular del órgano que tenga atribuido el asesoramiento jurídico y el interventor o el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario. El resto de los vocales, de haberlos, pueden ser cargos electos, funcionarios de carrera de la entidad (excepcionalmente interinos según lo indicado con anterioridad) y el personal laboral (en cualquiera de sus modalidades de fijo, indefinido o temporal) de la entidad. Igualmente, en el caso de entidades municipales, mancomunidades y consorcios, podría integrarse en la mesa a funcionarios y personal laboral de las diputaciones. No puede ocupar el puesto de vocal el personal eventual.

Para los cargos de presidente y vocales juega otra limitación, y es que el número de cargos electos no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la mesa (entendemos que secretario incluido para este cómputo).

Por último, como secretario de la mesa actuará un funcionario de carrera de la corporación, que puede ser interino o de la diputación provincial en los términos indicados anteriormente. No podrían ocupar este puesto ni cargos electos, ni personal laboral ni personal eventual.

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente, entendiéndose aquí aplicable la antelación mínima exigida por el artículo 21.4 del RD 817/2009 de siete días con respecto a la reunión de calificación de la documentación.

Sobre los cargos electos que pueden formar parte de las mesas de contratación y posteriormente del órgano de contratación, y aunque el informe 1/2002 de la Junta Consultiva de Contratación de la C.A. de Canarias indicó que "... *deberá separarse nítidamente de la figura y las funciones del órgano de contratación, no sólo porque expresamente dispone la normativa que sea designado por ella, sino también porque atribuye al presidente de la mesa y a los demás miembros de esta la misión de formular propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación...*", entendemos que nada impide que un concejal o diputado provincial pueda ser presidente o vocal de la mesa de contratación y, en el mismo expediente, formar parte del órgano colegiado de contratación. En este sentido, citamos la Resolución n. 294/2017 del TACRC, que concluye que, "... *aun cuando es evidente que deben quedar claramente diferenciados en el procedimiento de licitación tanto el órgano encargado de valoración de las ofertas y de efectuar la propuesta de adjudicación, esto es, la mesa de contratación, como, de otra parte, el órgano de contratación competente para la adjudicación del contrato, ello no impide que una misma persona forme parte de uno y otro órgano cuando se trate en ambos casos de órganos colegiados. Es obvio que la mera coincidencia de uno de los miembros de ambos órganos no determina una confusión entre ellos, manteniéndose su individualidad y separación, sin que tampoco la naturaleza del procedimiento de contratación imponga que no pueda participar en la toma de decisión sobre la adjudicación quien, por haber sido asimismo miembro de la mesa, haya intervenido en la propuesta. Ninguna de las normas que regula esta materia impone tan rígida separación...*". De la lectura de esta resolución deducimos que, si bien nada impide que un cargo electo forme parte de uno y otro órgano (mesa y órgano de contratación) cuando ambos sean colegiados (pleno o junta de gobierno local en el caso del órgano de contratación, pues la mesa de contratación en todo caso es un órgano colegiado), parecería disconforme a derecho el supuesto en que un miembro de la mesa ejerce luego como órgano unipersonal de contratación, por lo que, a nuestro juicio, esa sería otra limitación en cuanto a la composición

de las mesas de contratación en el caso de las entidades locales. Es decir, el cargo electo que es órgano de contratación unipersonal no podría formar parte de la mesa de contratación.

4.4 La regulación del comité de expertos

Resulta novedosa la inclusión de la especialidad prevista en el apartado octavo, relativa al comité de expertos regulado en el artículo 146.2 a) y del que se indica que, en las EELL, podrá estar integrado por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada, que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate y que, en todo caso, entre este comité deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública.

Es obligatoria la publicación de la designación de los miembros de este comité en el perfil de contratante, tal como dispone el artículo 63.5 de la LCSP, la cual debe hacerse de forma nominativa (Informe 21/2009 de la JCCA de la C.A. de Aragón) y con los requisitos que impone el artículo 29 del RD 817/2009, esto es, bien directamente en el PCAP o bien estableciendo en este el procedimiento para efectuarla, y en todo caso antes de la apertura de la documentación que contiene la oferta sobre la que deben emitir su juicio de valor.

5 Análisis de la disposición adicional tercera: normas específicas de contratación pública en las entidades locales

En esta disposición tercera de la ley se regulan una serie de especialidades de la contratación local, casi todas ellas o bien procedimentales, o bien relativas a las peculiaridades de los ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes o a las funciones reservadas a funcionarios/as con habilitación nacional, secretaría e intervención.

5.1 La tramitación anticipada

La primera de ellas, en el apartado segundo, se refiere a la posibilidad de tramitar anticipadamente los contratos en dos supuestos: en primer lugar, aquellos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente; en segundo lugar, aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo en este caso la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente. Este segundo supuesto supone una novedad en la legislación contractual local, ya que no estaba ni en el TRLCSP ni en sus predecesoras.

Esta especialidad debe ponerse en relación con la previsión general, aplicable a todas las AAPP, incluida la local, y prevista en el artículo 117.2, relativa a la aprobación del expediente de contratación, y donde se precisa que el expediente de contratación podrá ultimarse incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas administraciones públicas.

Regap



NOTAS

En otras palabras, la tramitación anticipada del expediente de contratación supone que la preparación del contrato y los actos administrativos de licitación e incluso adjudicación podrán tener lugar en el ejercicio anterior a aquel en que comienza su ejecución, o bien realizarse hasta la obtención del compromiso firme de obtención de un préstamo, crédito o subvención que financie una parte o la totalidad del contrato, de tal forma que el reflejo contable de dichas fases de gasto quedará pospuesto hasta el ejercicio siguiente en el primer caso o hasta la obtención de dicho ingreso en el segundo. La nueva regulación supone un avance significativo a nuestro juicio, ya que permite a las EELL licitar contratos hasta la fase inmediatamente anterior a la adjudicación, momento en el que debe confirmarse si existe el crédito adecuado y suficiente para atender las obligaciones económicas inherentes al contrato. A pesar de lo dicho, y siguiendo a José María Agüeras Angulo⁸, sería deseable que dicha tramitación anticipada “... *podiera hacerse extensiva a todas aquellas situaciones en que ya haya sido aprobada inicialmente una modificación de créditos, en cuyo caso su buen fin y consiguiente existencia de crédito es, por tanto, cuestión de tiempo, tiempo que puede emplearse precisamente en avanzar en la licitación del contrato...*”.

5.2 Las funciones de los FHN

Los apartados tercero y octavo regulan determinadas funciones en el expediente de contratación asignadas al titular del órgano interventor de la entidad local y al secretario de esta, respectivamente. Dada la reciente entrada en vigor del RD 128/2018, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, no queremos dejar pasar la ocasión sin hacer una somera referencia a esta norma.

La LCSP dispone que los actos de fiscalización en el seno del expediente serán ejercidos por el órgano interventor de la entidad local, los cuales deberán recaer también sobre la valoración que se incorpore al expediente acerca de las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los menores, en el cumplimiento por la entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que exige el artículo 7.3 de la Ley orgánica 2/2012. Esta previsión de la Ley 2/2012, relativa a que en los contratos y otra serie de actos administrativos allí previstos se valoren sus repercusiones y efectos, y se supediten de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, ya era aplicable, si bien ahora la LCSP precisa que el informe de fiscalización, excepto en los contratos menores, debe referirse a esta cuestión expresamente.

La función general de control y de fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria viene detallada en el artículo 4 del RD 128/2018, y es una función reservada a funcionarios con habilitación nacional de las subescalas de intervención-tesorería y de secretaría-intervención.

Se recoge también expresamente en esta disposición de la LCSP que el órgano interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.d) del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Para esta función podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente

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/>

del director de obra y del responsable del contrato, previéndose igualmente que los servicios de asistencia de las diputaciones provinciales asistirán a los pequeños municipios a estos efectos.

Esta obligación ya venía recogida y con bastante detalle en el artículo 20 del Real decreto 424/2017, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, norma que tiene por objeto el desarrollo reglamentario de las obligaciones de control financiero y función interventora previstas en el artículo 213 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Respecto de la función de secretaría, el apartado octavo de esta disposición adicional precisa que los informes que la ley asigna a los servicios jurídicos, y dispersos a lo largo de la norma, serán tramitados por el secretario. Añade que ese informe jurídico será también preceptivo en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Vemos, pues, que se amplían los supuestos de informe y también su objeto, ya que la regulación del TRLCSP no la recogía para todos los supuestos anteriores y en el expediente dicho informe se limitaba al PCAP, mientras que ahora debe referirse a todo el expediente, entendemos que en el momento previo a su aprobación por el órgano de contratación.

Además de todo lo anterior, se precisa que corresponderá también al secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. A este respecto, debemos recordar que dicha norma impone en su artículo 8 la obligación de que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, entre los que se encuentran las EELL, hagan pública en relación con sus contratos su objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente, serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. Añade que la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y que deberán publicarse también datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

Para completar el marco jurídico de las obligaciones de la secretaría, añadiremos que el Real decreto 128/2018, cuando desarrolla la función de fe pública en su artículo 3.2 incluye como función en la letra i) la de actuar como fedatario en la redacción de todos los contratos en que intervenga la entidad local.

En relación con los municipios acogidos al régimen regulado en su título X, se dispone que corresponderá al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al secretario al titular del órgano de apoyo a la junta de gobierno la coordinación de las obligaciones de publicidad e información antedichas.

5.3 Otras especialidades

Los apartados quinto y sexto regulan dos especialidades en la tramitación de expedientes de contratación por las entidades locales. Así, se recoge que, en los contratos de concesión

Regap



NOTAS

de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la LRRL relativo al ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, con el contenido reglamentariamente determinado, se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en los artículos 247 y 285.2 de esta ley.

La otra especialidad mencionada, que ya recogía el TRLCSP, es la relativa a la aplicación a los contratos de obras de las normas sobre supervisión de proyectos establecidas en el artículo 235, y según el cual el informe de supervisión es preceptivo antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, y es facultativo en los proyectos de presupuesto base de licitación inferior al señalado, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe de supervisión es igualmente preceptivo. La supervisión podrán efectuarla las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, las de la correspondiente diputación provincial o Administración autonómica uniprovincial. En el acuerdo de aprobación de los proyectos se recogerá expresamente la referencia a la supervisión favorable de este.

El siguiente apartado de esta disposición adicional tercera contiene otra especialidad relativa a los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en la que se establece que en los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, podrán redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas. La ejecución de cada uno de los proyectos podrá ser objeto de un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en los artículos 99 y 101. Sobre lo indicado resultan de interés las Resoluciones del TACRC 571/2016 y 486/2017, que, partiendo de la Sentencia de 5 de octubre de 2000, Asunto C-16/1998, del TJUE, precisan que, *"... dado el concepto de obra contenido en la directiva, para determinar si estamos ante una única obra, con diversas prestaciones, o ante obras distintas, ha de atenderse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación; la existencia de una única obra a estos efectos no depende de factores tales como que la competencia para su licitación corresponda en exclusiva a un poder adjudicador o a varios o que su ejecución pueda ser efectuada por uno o varios empresarios. El hecho de que en otras ocasiones se haya optado por efectuar una sola licitación para todos los trabajos no implica que estemos ante una única obra y que, en todo caso, cada supuesto debe valorarse en función de su contexto y de sus propias particularidades..."*.

La siguiente especialidad es la referida a los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles, y en los que su importe de adquisición podrá ser objeto de un aplazamiento de hasta cuatro años por las EELL, con sujeción a los trámites previstos en la normativa reguladora de las haciendas locales para los compromisos de gastos futuros. Como novedad, se añade la posibilidad de que dicho aplazamiento también podrá ser utilizado para la adquisición de títulos representativos de la titularidad del capital de entidades que formen parte del sector público de la entidad local para su reestructuración, cuestión esta realmente novedosa y que, a diferencia de la relativa a la adquisición de inmuebles, no venía prevista en la anterior regulación. Dicha posibilidad de aplazamiento, como ha tenido ocasión de dictaminar la JCCA en su Informe 56/2009, es también aplicable a los contratos de arrendamiento financiero suscritos por las CCLL, los cuales están sujetos al límite temporal

de cuatro años que para la adquisición de compromisos de gasto plurianuales establece la normativa de haciendas locales y de contratos del sector público.

La última especialidad la encontramos en el apartado undécimo de la disposición adicional que estamos analizando. En él se establece que los municipios de población inferior a 20.000 habitantes podrán licitar contratos no sujetos a regulación armonizada de concesión de servicios que se refieran a la gestión de dos o más servicios públicos diferentes siempre y cuando la anualidad media del contrato no supere los 200.000 euros, y el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión basándose en la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios.

Vemos que, para que pueda aplicarse esa especialidad, deben darse una serie de requisitos. En primer lugar, subjetivo, el municipio promotor del contrato debe tener una población inferior a los 20.000 habitantes. En segundo lugar, que su objeto sea la concesión de dos o más servicios públicos cuya anualidad media no supere la cuantía indicada y que por su importe se trate de contratos no SARA. En tercer lugar, el órgano de contratación debe justificar en el expediente la necesidad objetiva de gestionar de forma unificada dichos servicios. Además de lo anterior, se añade como requisito que el PCAP precisará el ámbito funcional y territorial del contrato de concesión de servicios.

6 A modo de conclusión

Retomando el inicio de este estudio, volvemos a insistir en la que, a nuestro juicio, es una errónea ubicación de las especialidades de la Administración local en la LCSP. Entendemos que un libro específico relativo a estos entes sería más apropiado por las razones ya apuntadas y permitiría separar por artículos muchas de las cuestiones que, en las actuales disposiciones adicionales segunda y tercera, aparecen entremezcladas.

Respecto a la regulación que contiene la LCSP de las especialidades de la Administración local, debemos señalar que nos parece escasa, y que la naturaleza y el régimen jurídico de la organización y del funcionamiento de la Administración local precisaría de una regulación más extensa y adaptada a las mismas, con aplicación en determinados ámbitos de un régimen distinto al de la Administración estatal y la autonómica.

Además, y fuera de la distinción que se establece entre los municipios que funcionan en régimen común y régimen de municipios de gran población en cuanto a los órganos de contratación, y alguna especialidad prevista para municipios de menos de 5.000 habitantes, creemos que sería deseable establecer mayores diferencias dada la heterogeneidad de entes que integran la Administración local en nuestro país y la problemática, conocida por todos, de la actual planta municipal.

Relacionado con lo anterior, creemos que merece especial referencia el papel que deben asumir las diputaciones provinciales, tanto en sus competencias de cooperación y asistencia técnica, jurídica y económica como de contratación centralizada y Administración electrónica, en los términos ya indicados.

Dichas competencias propias de las administraciones provinciales habilitan un amplio catálogo de servicios que estas pueden prestar a las entidades municipales de su ámbito territorial

Regap



NOTAS

y las cuales pueden materializarse a través de diferentes figuras (convenios, encomiendas, delegaciones, programas de cooperación y otras), siendo estas a nuestro juicio imprescindibles en favor de los municipios de menor población, cuando menos.

Sin querer profundizar, es evidente que aspectos como los de la preparación del expediente de contratación (en particular la redacción de prescripciones técnicas), la composición de las mesas de contratación, la licitación electrónica o la contratación centralizada son materias en las que las diputaciones deben ofrecer a los ayuntamientos de su ámbito territorial toda la cooperación y asistencia que les sea demandada.

De conformidad con lo expuesto, no podemos dejar de formular alguna modesta propuesta de *lege ferenda* en relación con la contratación pública en general y local en particular.

En este sentido, abogamos, como ya se ha manifestado desde otras instancias⁹, por la extensión del recurso especial en materia de contratación a toda clase de contratos e independientemente de su valor estimado, con el establecimiento de una suerte de “acción pública” en materia de contratación, lo que supondría ampliar los sujetos legitimados para impugnar, por una total tecnificación de las mesas de contratación en el ámbito local (al igual que sucede en las otras administraciones), con prohibición expresa de participación en ellas a los cargos electos (como ya ocurre desde el EBEP en los tribunales de selección de personal), por una regulación más flexible, a la vez que coherente con los principios de publicidad y concurrencia de la contratación menor¹⁰, posibilitando una publicidad “expres” a través del perfil del contratante en cualquier contratación, por pequeña que sea y evitando en la medida de lo posible los encargos “a dedo” al contratista de confianza, o la tan demandada centralización en la PCSP (u otra plataforma) de la remisión de toda la información a suministrar por parte de las EELL, estableciéndose sistemas de volcado que faciliten dicha labor, todo ello sin perjuicio del incremento de la transparencia y la rendición efectiva de cuentas.

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/>

9 Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de contratos del sector público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, elaborado por miembros del OBC: J.M. Gimeno Feliú y J.A. Moreno Molina (dirs.), y C. de Guerrero Manso, R. Fernández Acevedo, I. Gallego Córcoles, X. Lazo Victoria, T. Moreo Marroig, T. Medina Arnaiz y P. Valcárcel Fernández. Disponible 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 En esta línea se sitúa el Decreto ley 1/2018 de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, aprobado por el Gobierno de Aragón.

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>.

Regap



NOTAS

Las dimensiones sociales de los contratos del sector público en Portugal

As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal

The social dimensions of public procurement in Portugal

55 Regap

PEDRO CRUZ E SILVA

Investigador de JusGov - Research Centre for Justice and Government
Escuela de Derecho de la Universidad de Minho (Portugal)
Abogado

Recibido: 10/05/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



NOTAS

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.

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-atualizado 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.

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 las dimensiones sociales de la contratación pública en Portugal supone, sobre todo, hablar de contratos. Por lo tanto, esto implica admitir la centralización del contrato en el

ámbito de la acción pública. Sin embargo, la centralización del contrato depende de múltiples factores, de los cuales destacamos sólo tres:

a) La centralización del contrato depende de un marco internacional muy amplio, dentro del cual las directivas comunitarias son tan sólo una parte o contribución. El marco internacional fue establecido ya en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1979, pasando también por el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de 1994, hasta la “Ley Modelo” de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional del mismo año 1994. De esta forma, se verifica en el ámbito internacional la existencia de un marco regulatorio detallado y ambicioso para el fenómeno de la contratación pública, que probablemente se deba al reconocimiento de que, de acuerdo con las estimaciones de la Organización Mundial del Comercio, la contratación pública internacional representa entre el 10 % y el 15 % del PIB mundial; por otra parte, en los últimos años, algún medio de prensa europeo se hacía eco del impacto financiero del contrato como instrumento para cumplir funciones de los diversos Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, las cifras publicadas muestran que el 35 % del gasto público y el 17 % del PIB en toda la Unión Europea se ven afectados por la ejecución de políticas públicas realizadas a través de contratos.

b) La centralización del contrato, que deriva del hecho de que las fórmulas contractuales constituyen, en la mayoría de los países, el “instrumento habitual de normalización de las relaciones”¹ entre las administraciones públicas y la sociedad, especialmente en el ámbito económico y en las actividades del sector terciario o sector social. Efectivamente, la fórmula contractual establece y normaliza (en el sentido de que consolida) las relaciones de cooperación, colaboración, apoyo financiero y de sometimiento de varios organismos a un control administrativo. La nueva corriente contractual que hemos estado presenciando en los últimos años (también conocida como *contract welfare*) parece estar especialmente diseñada para la implementación de ciertas políticas públicas, introduciendo una mayor eficiencia y eficacia en la gestión y ejecución del servicio público, sin perder de vista el control del titular de las políticas y del servicio.

c) Por último, la centralización del contrato que se impone normativamente, es decir, que deriva de la forma en que nuestro Código de procedimiento administrativo portugués², en cuanto ley de procedimiento común, del que el Código de la contratación pública es ley especial, equipara, en varios momentos y de diversas formas, este tipo de contrato a las demás formas de acción administrativa, o sea, al acto y al reglamento administrativo.

Sin embargo, al admitir la centralización del contrato en términos generales, se corre el riesgo de ampliar el alcance de este conciso trabajo más allá de los límites naturales que derivan de su título –*Las dimensiones sociales de los contratos públicos*– y se confiere al mensaje una delicada imprecisión que queremos aclarar.

Por tanto, es importante matizar el tema, aclarándolo en primer lugar por la parte negativa: no trataremos cuestiones contractuales o relaciones jurídicas contractuales entre las administraciones públicas y el sector social (como por ejemplo la Administración sanitaria), pero

1 MARTINS, L. L., “Contrato Público e Organização Administrativa”, *Estudos de Contratação Pública*, Volumen I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 673.

2 Regulado por Decreto ley n.º 4/2015, de 7 de enero.

también matizándolo por la parte positiva: abordaremos la dimensión social de los contratos que están específicamente regulados en nuestro Código de contratos públicos³, lo que equivale a decir que, incluso a los contratos a los que se les aplica el Código de contratos públicos, es decir, a los contratos más competitivos que el legislador pudo identificar –contratos de manifiesto interés industrial o comercial, por utilizar las expresiones legales en curso–, es posible identificar las preocupaciones sociales y, a partir de ellos (de los contratos), promover ciertas políticas públicas horizontales.

Estructuralmente, hay un paso insalvable en la comprensión del contrato dentro de la dinámica de la promoción de las políticas públicas, que se resume en la siguiente cuestión: cuando la Administración pública haga uso de un contrato, ¿estará ejecutando al mismo tiempo una política pública? Parece claro que no. Cuando un determinado servicio público compra papel, o un vehículo de motor, o una fotocopiadora, ¿está cumpliendo al mismo tiempo con una política pública? Sin perjuicio de la definición, siempre imprecisa, de lo que constituye una “política pública”, somos conscientes de que estas adquisiciones no revelan en sí mismas ninguna existencia de política pública.

Por el contrario, se puede afirmar que el contrato estará al servicio de ciertas políticas públicas cuando, además de su contenido habitual (como, por ejemplo, partes, objeto, plazo o precio), se añada a su contenido un segmento o parte que, en condiciones de “normalidad contractual”, no estaría previsto en él. Es decir, el contrato asume la ejecución de políticas públicas cuando se le aplican ciertas cláusulas “exorbitantes” al propio objeto contractual en sí. El razonamiento se ilustra de la siguiente manera: el contrato de obras públicas asumirá la vocación de políticas públicas ambientales o sociales, por ejemplo, cuando se requiera que el contratista utilice ciertos productos “respetuosos con el medioambiente” en la ejecución del trabajo, o cuando se le obligue a contratar, en un determinado porcentaje, un número definido de desempleados de larga duración o de personas mayores de cincuenta años en busca activa de empleo. Es perfectamente probable que el contrato de trabajo no estipule nada en cuanto a estas obligaciones “exorbitantes”, sin que ello represente ningún obstáculo para la construcción de aquella obra pública en concreto. Sin embargo, en lugar de estipular la obligación de todos los contratistas de obras públicas de utilizar ciertos productos o contratar a determinadas personas pertenecientes a grupos sociales concretos, dicha obligación pasa, después de todo, a constar en un contrato o en los documentos que constituyen el procedimiento precontractual, en virtud de la disponibilidad que la ley establece a tal efecto –en este caso, el Código de contratos públicos–, determinándose el cumplimiento de los mismos objetivos, pero, en este caso, recurriendo al mecanismo legal contractual.

Anteriormente hemos hecho referencia al contexto regulatorio internacional de la contratación pública, mencionando que las directivas comunitarias son parte de este contexto regulatorio. Sin embargo, las directivas son además una parte muy importante de ese reglamento, ya que crean obligaciones específicas para los legisladores nacionales y, por esta razón, se ofrecen en cada Estado miembro de la Unión Europea leyes o códigos, como es el caso del sistema legal portugués de la contratación pública.

Todos reconocen, sin dificultad, que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo únicamente Directiva 2014/24/UE), sobre

3 Regulado por Decreto ley n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, con entrada en vigor en el ordenamiento legal portugués el 1 de enero de 2018, de acuerdo con el artículo 13 de su título preliminar.

contratación pública, dio un nuevo impulso a esta materia, formando como una nueva ola, si se permite la expresión, de esta agitación cíclica que, más o menos cada diez años, afecta al derecho de las compras públicas en el espacio comunitario.

De hecho, no fue con esta directiva cuando se comenzó a hablar de políticas públicas a través de los contratos, o de políticas horizontales asociadas a la contratación pública. Existe un variado conjunto de distintos instrumentos (recomendaciones, libros verdes⁴ y, sobre todo, un intenso y constante trabajo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) que ya reconocía el potencial regulador de la contratación pública, especialmente en tiempos de crisis, para convertirse en una herramienta para minimizar los efectos de las recesiones económicas y financieras, mediante el aumento y la búsqueda de políticas sostenibles. El término “contratación pública estratégica” se ha convertido en una disciplina estándar que concilia las exigencias de la construcción de un mercado interno, para lo cual es imprescindible la efectiva concurrencia de los operadores económicos en las compras públicas, con la adopción, paralelamente, de otros objetivos o metas, en especial en el ámbito social, medioambiental y de innovación científica y tecnológica. Por eso se adopta la expresión “políticas horizontales”⁵ para aclarar que estas políticas medioambientales⁶ u obligaciones sociales deben tener la misma legitimidad que cualquier otro objetivo perseguido por la contratación pública, es decir, en la construcción de los procedimientos precontractuales, los valores sociales o medioambientales deben ser tan valiosos como los valores competitivos, la igualdad o la transparencia.

Y si este enfoque no se inició con la Directiva 2014/24/UE, sí recibió de ella un impulso decisivo, que, además, encontrará su reflejo en la redacción actual de nuestro Código de contratación pública. Veamos brevemente cómo.

La directiva es clara al asumir un paradigma cambiante: la contratación pública, como se indica en su segundo considerando, debe ser vista como uno de los instrumentos de mercado que se utilizará para garantizar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el espacio comunitario, en línea con la Estrategia Europa 2020 (Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010), y, en este sentido, las normas jurídicas sobre contratación pública deben revisarse para: (i) aumentar la eficacia del gasto público; (ii) facilitar la participación de las pymes en la contratación pública; (iii) permitir que la contratación pública se utilice para apoyar objetivos sociales comunes. A lo largo de toda la directiva, existe una sensación de reconocimiento de que la generación anterior de directivas de contratación pública, de 2004, centrándose en las dimensiones de concurrencia, de igualdad, de participación y de mercado, crearon con meticuloso y estricto detalle diversos tipos de procedimientos precontractuales que acabaron por excluir de las compras públicas una parte significativa del tejido empresarial, principalmente de aquel que ahora se intenta recuperar para las compras públicas, que son las pymes. Existen numerosas y variadas referencias a las pymes en la Directiva 2014/24/UE, de las que destacamos esta: “*Dado el potencial de las pymes para la creación de empleo,*

4 Como, por ejemplo, el “Libro verde sobre la modernización de la política de contratos públicos de la UE - Para un mercado de los contratos públicos más eficientes en Europa”, COM (2011) 15 final.

5 Entre otros, ARROWSMITH, S & 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, en especial pp. 10-12.

6 De plena actualidad, 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.

el crecimiento y la innovación, es importante fomentar su participación en el ámbito de la contratación pública, tanto a través de las disposiciones pertinentes de esta directiva como a través de iniciativas a nivel nacional. Las nuevas disposiciones previstas en esta directiva deberían contribuir a mejorar el nivel de éxito, es decir, garantizar la participación de las pymes en el valor total de los contratos adjudicados"⁷. Derivada y muestra de la tendencia hacia un cambio de paradigma desde la perspectiva comunitaria de la contratación pública, que sitúa también al empleo y al trabajo en el centro de sus preocupaciones, es la afirmación de que deben establecerse normas específicas para la participación, en los procedimientos de licitación, de las empresas que ofrezcan oportunidades a desempleados, a miembros de minorías desfavorecidas o a grupos socialmente marginados⁸. En la misma línea de discurso, la directiva también afirma la necesidad de procedimientos de contratación para garantizar el cumplimiento de las normas, reglas y requisitos ambientales, sociales y laborales⁹. ¿Cómo y dónde se pueden lograr estos objetivos? La directiva objeto de análisis ha podido identificar al menos tres fases diferentes en los procedimientos precontractuales que parecen adecuadas para alcanzar estos objetivos: en primer lugar, en la aplicación de los principios generales de contratación pública a las reglas de selección de los participantes; en segundo lugar, en los criterios de adjudicación y de exclusión; en tercer lugar, en la definición de ofertas anormalmente bajas.

Habiendo formulado las preguntas en estos términos, es importante pasar ahora al texto del Código de contratación pública portuguesa y percibir, recurriendo a algunos ejemplos de sus normas, cómo se refleja la promoción de los mecanismos de políticas públicas horizontales.

El primer ejemplo es, simbólicamente, el procedimiento de adjudicación por lotes, previsto en el artículo 46-A, mecanismo en el que el texto comunitario al que nos hemos referido parece depositar ostensibles (el futuro dirá si fundadas) esperanzas. Aplicar la ley de contratación pública portuguesa a la adjudicación por lotes es sólo una posibilidad que se abre a las entidades adjudicadoras, para que se les conceda una opción siempre y cuando la distribución de adjudicaciones (y contratos posteriores) producidas en el mismo procedimiento sea lo suficientemente atractiva para la autoridad pública que toma la decisión. En consecuencia, el legislador nacional tuvo cuidado al redactar que *"las entidades adjudicadoras pueden prever (...) la adjudicación por lotes"* (n.º 1 del 46-A). Sin embargo, al mismo tiempo, se establece un deber expreso fundamentándose en los casos en que las compras son de un considerable valor (135.000 euros para la adquisición de bienes o servicios y 500.000 euros para contratos de obras públicas), por entender –parece que esta es la interpretación razonable del precepto legal– que, en estos casos, la distribución de los recursos públicos por varios operadores económicos encuentra su justificación en el propio valor pecuniario que la entidad adjudicadora se predispone a gastar en los mercados. No obstante, la justificación exigida –por un recurso, a título meramente ilustrativo, a las razones que figuran en las letras a) y b), apartado 2, del mismo artículo 46-A– sólo obliga a la entidad pública a la fragmentación de la adjudicación. Además, incluso en los casos en que se ha decidido adjudicación por lotes, siempre es posible que la entidad adjudicadora replantee la adjudicación, cuando tal posibilidad esté expresamente prevista en las partes del procedimiento (n.º 5 del artículo 46-A). El legislador no lo dice, pero parece ser el caso en el que la suma de los

7 Considerando 124 de la Directiva 2014/24/UE.

8 Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE.

9 Considerandos 37 al 40 de la Directiva 2014/24/UE.

lotes adjudicados a diferentes operadores económicos supere con creces el valor pecuniario que se habría requerido en el caso de que la adjudicación se hiciera sólo a un proveedor o contratista (operación que, por supuesto, no impide la presentación y evaluación de ofertas por parte de los licitadores).

El segundo ejemplo parece ser aún más paradigmático: nos referimos precisamente a los denominados “contratos reservados” previstos en el artículo 54-A. Por lo tanto, se trata de garantizar que determinados contratos de las administraciones públicas se adjudiquen a empresas cuyo objeto principal sea la integración social y profesional, y la forma que se consideró adecuada para garantizar dicha reserva de contratos fue permitir como parte del procedimiento –en este caso, la invitación o el programa del procedimiento, dependiendo de si estamos hablando de un ajuste directo, una consulta previa o un procedimiento concursal abierto– la definición de la naturaleza de los posibles candidatos o competidores. No se trata de prever, en el criterio de adjudicación, una puntuación suplementaria para empresas que promuevan el empleo de personas con discapacidad o personas desfavorecidas (realidad que también existe, sobre la cual diremos algo a continuación, y que estaría razonablemente en línea con el espíritu de nuestro Código de contratos públicos de 2008, resultante de la transposición de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), sino de circunscribir realmente la naturaleza de los que pueden presentarse al procedimiento. En nuestra opinión, el texto legislativo fue adecuado en relación con la previsión de la directiva comunitaria sobre la misma materia, con excepción de una ratio del 30 % de la segunda parte de la norma, que constituye una decisión o una elección del legislador nacional.

El tercer ejemplo viene del precio o el coste anormalmente bajo, previsto en el artículo 71, y que en nuestra opinión merece un tratamiento de desaprobación (incluso hasta de alguna desconsideración) por parte de la revisión de nuestro código. Una propuesta que contenga un precio anormalmente bajo será la que sea así calificada sobre la base de los criterios establecidos por la entidad adjudicadora, desapareciendo –con carácter legal– la previsión de un determinado porcentaje del precio base (sin perjuicio de seguir siendo posible que el porcentaje sea, después de todo, un criterio)¹⁰. La calificación de una oferta como anormalmente baja sólo puede conducir a la exclusión del licitador en caso de que las aclaraciones proporcionadas por él no sean adecuadas y suficientes para justificar el precio presentado. En el marco de estas aclaraciones, es posible que el competidor demuestre que la determinación de un precio bastante inferior al precio base resulte, al final, del cumplimiento de obligaciones legales en materia ambiental, social o laboral, es decir, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas impuestas por las normas en este ámbito pueden determinar, en algunas circunstancias, que el precio propuesto para la venta de un bien, de un servicio o de una obra sea, en definitiva, considerablemente inferior al precio estipulado, *a priori*, por la autoridad adjudicadora. A pesar de que realicemos este enfoque bajo la perspectiva del texto legal, somos, sin embargo, de la opinión de que el análisis que tiene más sentido es precisamente el que comienza desde la perspectiva opuesta, es decir, la entidad contratante establece un cierto precio base porque reconoce, por ejemplo, que los costes laborales aplicables al contrato propuesto se enmarcan legalmente como un instrumento de regulación laboral colectiva y que, por lo tanto, es aparentemente imposible para los competidores presentar un precio por debajo de cierto nivel, bajo riesgo de reducción, ilegal, de los salarios adeudados

10 FERNANDES, D.M., “The Abnormally Low Price in Public Procurement Law: Concept, Procedure and Duties of the Contracting Authority”, entre otros. *Revista dos Contratos Públicos*, n. 16, 2018, pp. 93 e ss.

a los trabajadores. Pensamos que es a esta perspectiva –positiva y preventiva, si se acepta la expresión– hacia donde apunta la legislación comunitaria y no a la perspectiva, matizada por lo negativo, que se expone en el texto legal de nuestro Código de contratos públicos.

El cuarto y último ejemplo (habría otros disponibles, como las especificaciones técnicas del artículo 49, por ejemplo, pero las limitaciones de espacio no lo permiten) proviene del criterio de adjudicación y, en particular, de las nuevas fórmulas para la ampliación de sus factores y subfactores. En la aplicación de nuestro código anterior¹¹, una parte importante de la jurisprudencia y alguna doctrina nacional impusieron una prohibición a la valoración de los equipos o personas de los competidores (del personal técnico), ya que el artículo 75 enunciaba expresamente que el criterio para la adjudicación de contratos sería sobre la propuesta y no sobre las cualidades o atributos de los competidores, lo que también fue respaldado por algunas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular la llamada “Sentencia de Lianakis”¹². Ahora bien, lo que la revisión del código plantea de nuevo en esta materia es la precisión de la valoración de los “aspectos de la ejecución del contrato a celebrar”, para utilizar ya la expresión legal prevista en el apartado 1 del revisado artículo 75, pudiendo comprender también, entre otros varios factores, la organización, la cualificación y la experiencia del personal que, en concreto, se encargará de la ejecución del contrato en cuestión. En otras palabras: la prohibición de evaluar las cualidades o características de los competidores (n.º 3 del artículo 75) sigue vigente, pero se supone que los factores que amplíen el criterio de adjudicación tengan en cuenta no las características abstractas (o no directamente relevantes en la ejecución del contrato particular) de los competidores, sino las habilidades de las personas que se movilicen específicamente para la ejecución del contrato¹³. Esta redacción abre claramente la puerta para que las entidades adjudicadoras creen, en sus criterios de adjudicación, factores que tengan en cuenta la contratación de desempleados de larga duración, siempre que dichas personas sean, en particular, responsables total o parcialmente del cumplimiento del contrato. En tales circunstancias, lo que se convierte en obligatorio es que el contrato en sí mismo ya prevea las fórmulas para controlar esta obligación (n.º 6 del artículo 75), lo que, en el fondo, equivale a reconocer que la definición de políticas sociales en el momento del criterio de adjudicación obliga a una vía bipartita: (i) fijación de los factores del criterio de adjudicación en el programa del procedimiento y (ii) especificación de las obligaciones contractuales derivadas de dichas políticas sociales en el pliego de condiciones. Ahora bien, a la luz del artículo 75, en concreto de la forma en que el legislador ha aplicado los factores o subfactores que amplían el criterio de adjudicación que mejor se puede comprender (confusamente) en lo previsto en el n.º 2 del artículo 1-A del Código de contratos públicos: la obligación allí impuesta a los poderes adjudicadores sólo puede ser cumplida en el momento de la ejecución del contrato y a través de los mecanismos que, en concreto, el propio contrato sea capaz de establecer. En el mismo artículo 75 destaca otra novedad, con especial importancia en el campo del medio ambiente, ya que a él se refiere expresamente el contenido de su n.º 7, que es el denominado “cálculo del coste del ciclo de vida”, que parece definirse más por una fórmula de fijación de costes contractuales (que tiene mucha importancia ya que el coste puede ser equivalente al valor y es el valor el que determina la elección del procedimiento –artículo 18 del Código de contratos

Regap



NOTAS

11 Regulado por Decreto ley n.º 18/2008, de 29 de enero.

12 Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008 - Proc. C-532/06.

13 Lo que, por otra parte, se reconoció expresamente en la decisión del TJUE en su “Juicio AMBISIG” (C-601/13), promovido, por otra parte, en Portugal.

públicos— no a través del precio base) que por factores de adjudicación propiamente dichos. No minimizamos la importancia del tema, pues, como es evidente, hay muchas dificultades en su aplicación práctica, pero en el contexto de las políticas sociales son de importancia moderada, ya que, como hemos dicho, este cálculo se descompone en varias posibilidades, y nos parece claramente dirigido a comprender el coste real o verdadero de un contrato en comparación con el coste ficticio o aparente, que es, en muchos casos, el coste de adquisición.

Concluimos este trabajo con dos notas telegráficas: a) por un lado, y a modo de conclusión, el Código de Contratación Pública del código portugués parece incorporar lo esencial de la directiva comunitaria sobre contratos públicos en materia de promoción de políticas sociales, laborales o medioambientales, tanto a nivel de soluciones sustantivas como a nivel de los momentos procesales precontractuales en que esa promoción se puede realizar. La directiva eligió, en primer lugar, la aplicación de los principios generales de contratación pública a las normas para la elección de los participantes, lo que se logró en el marco de contratos reservados; en segundo lugar, sobre los criterios de adjudicación y exclusión, lo que se logró basándose en la ampliación de los factores y subfactores del criterio de adjudicación; en tercer lugar, en la definición de ofertas anormalmente bajas, lo que se hizo sobre la base de justificaciones para ofertas con precios anormalmente bajos; b) por otro lado, nuestro código no ha dejado de reconocer que la promoción de políticas sociales justas puede pasar por la asunción de estos compromisos en los momentos adecuados de los procedimientos precontractuales públicos, pero también puede pasar por el reconocimiento de que algunos contratos de servicios sociales pueden exceptuar la aplicación de la parte II (cuando se prevén los tipos de procedimientos públicos precontractuales) del código. Es decir, incluso en los casos en que estemos ante contratos competitivos —desde luego los previstos en el anexo IX del mismo código—, el escaso interés transfronterizo de esos contratos, por supuesto, o la especial sensibilidad que siempre comportan los servicios a personas, en otra dimensión, puede justificar que las entidades adjudicadoras no tengan que someterse a la estipulación de los procedimientos precontractuales previstos en el código. Esto es lo que figura en el artículo 6º-A, en estrecha armonía con lo dispuesto sobre la materia en la Directiva 24/2014/UE (considerandos 114 y 115) y que demuestra una doble vía para determinados contratos con ambiciones sociales, si se permite la expresión: en algunos casos, sumisión a la disciplina del Código de contratos públicos, en otros casos, exclusión de la aplicación del mismo código o, mejor dicho, exclusión de la aplicación de su parte II.

Bibliografía

- ARROWSMITH, S., y 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.

regap



NOTAS

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*

Coordinador del grupo de estudios Gestión Local y Políticas Públicas
Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC
hermany@unisc.br

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO**

Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC
Abogada
betielisauzem@yahoo.com.br

Recibido: 05/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

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 el objetivo de verificar las contribuciones que la nueva Ley de contratación pública española puede aportar a los contratos públicos locales en Brasil. Tal investigación queda justificada por la necesidad de modificar el ordenamiento brasileño en cuanto a los contratos administrativos y licitaciones. El tema de la investigación se centra –basándose en la Ley 9/2017 de los contratos del sector público en España– en las siguientes cuestiones: ¿qué tratamiento da esta norma a las autoridades locales, en particular si establece criterios diferenciados con respecto al tamaño de la población de los municipios? Y, además, ¿cómo puede esta normativa contribuir a modificar la legislación brasileña? De este modo, para responder al objeto del estudio, se ha dividido este en las siguientes partes: primera, se aborda el principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y del federalismo en Brasil; en segundo lugar, se

* Doctor en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos (2003) y Doctor en Doctorado sándwich de la Universidad de Lisboa (2003); Posdoctorado en la Universidad de Lisboa (2011); Profesor de la graduación y del Programa de Postgrado en Derecho - Máster / Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC; Máster en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1999); Coordinador del grupo de estudios Gestión Local y Políticas Públicas – UNISC. E-mail: hermany@unisc.br

** Máster por el Programa de Posgraduación en Derecho - Máster y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC, con beca CAPES, modalidad II. Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC (2016). Abogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br

hace un análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, comparando la Ley 8.666 de 1993 con el Proyecto de Ley 6.814 de 2017; finalmente, se analiza la Ley 9/2017, que 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-deductivo 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.

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 a 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 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.

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 introductorias. 2 El principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y federalismo en Brasil. 3 Directrices de la contratación pública local en Brasil: comparativa de la Ley 8.666/93 con el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional para las nuevas reglas de los contratos administrativos. Las contribuciones de la nueva Ley de contratación pública de España como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil: un enfoque en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales. 5 Consideraciones finales.

1 Notas introductorias

En 1993 surgió la Ley federal 8.666 (Ley de licitaciones), y a partir de entonces esta se convirtió en una de las herramientas más utilizadas por la Administración pública –directa e indirectamente– para la gestión del dinero y de los bienes públicos, con el objetivo de aplicar correctamente los recursos en el momento oportuno y conveniente. Esta ley trata sobre servicios de publicidad, enajenaciones, compras, concesiones, arrendamientos y permisos de la Administración pública, respetando los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

Sin embargo, con el paso de los años son necesarias algunas modificaciones en la legislación referente a licitaciones y contratos públicos, y con la tramitación del Proyecto de Ley 6.814/2017, en el Congreso Nacional, se analizará si tal proyecto atiende a las demandas referentes a las entidades locales con menor número de población.

Para la realización de este estudio, se analizó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que trata de los contratos del sector público en España, y a partir de este análisis surgieron las siguientes cuestiones: a) ¿qué tratamiento da esta ley a las entidades locales? y, en concreto, ¿qué criterios diferenciados establece en cuanto al tamaño poblacional de los municipios? Además, ¿cómo puede dicha ley contribuir a las modificaciones en la legislación brasileña de licitaciones y contratos administrativos?

Con el objetivo de responder al problema del estudio, se adoptó el método de investigación hipotético-deductivo y el procedimiento bibliográfico, dividiéndose la investigación en tres fases. En primer lugar, se tratará el principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y del federalismo en Brasil.

En una segunda fase, se realizará un análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, realizando una comparativa entre la Ley 8.666 de 1993 con el Proyecto de Ley 6.814 de 2017, que se tramita en el Congreso Nacional, para establecer nuevas reglas para los contratos administrativos. Por último, se analizará la Ley 9/2017, que trata sobre la contratación del sector público español y cómo puede influir en el debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil.

Este artículo se justifica buscando la verificación de cómo la Ley de contratos del sector público de España puede contribuir a la mejora de la ley de licitaciones y contratos brasileños, con referencia al tratamiento de las entidades locales, especialmente con respecto al tamaño de la población de las entidades locales.

2 El principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y federalismo en Brasil

El principio de subsidiariedad cobró mucha importancia con el federalismo cooperativo; su primera referencia tiene origen en las lecciones de Aristóteles, así como en la encíclica papal *Quadragesimo anno* de Pío XI, pudiéndose encontrar también en la Carta Europea de Autonomía Local, que fue consolidada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, siendo

regap



NOTAS

en este instrumento donde se puede encontrar la cita de los elementos que caracterizan el principio¹.

De esta forma, el ejercicio de las responsabilidades públicas debería confiarse preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. En virtud de ello, la imputación de responsabilidad a otra autoridad tiene que tener en cuenta la naturaleza de la tarea y su amplitud, así como exigencias de economía y eficacia².

Asimismo, el principio de subsidiariedad presenta dos dimensiones, que son: una vertical, en la que se otorga el máximo de competencias a nivel menor; y otra horizontal, que se inserta en el propio espacio local, compartiendo el poder entre la sociedad y el gobierno³.

En consecuencia, la subsidiariedad se expresa a través de lo que puede hacer una sociedad, y no puede ser llevada a cabo por una entidad mayor, pues conlleva la idea de supremacía de la sociedad frente al Estado, e sitúa el poder público delante del poder de decisión, haciéndose evidente la adopción de tal principio en el ordenamiento brasileño cuando este se legitima a través del reparto de competencias, de la descentralización política y de las iniciativas privadas y comunitarias. Sin embargo, la excepción del principio se configura cuando las instancias menores no son aptas –desde el punto de vista de la economía y de la eficiencia– para ejecutar determinadas atribuciones⁴.

En consecuencia, si el principio de subsidiariedad se interpreta como un argumento para restringir o contener la intervención del Estado, este tendrá un amplio campo de aplicación; por ejemplo, en el ámbito estatal, en el caso del federalismo brasileño, se puede citar: el municipio, como ente menor de la federación, posee la capacidad de autogobernar y de solucionar de manera simple las cuestiones que le afectan directamente; la división de poderes muestra, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, que las entidades federales son subsidiarias entre sí en las competencias, es decir, que la Unión sólo puede llevar a cabo lo que el estado miembro o el Distrito Federal puedan no hacer, y para el Estado miembro sólo lo que los municipios no pueden realizar⁵.

Al mismo tiempo, la subsidiariedad confiere condiciones para la soberanía del individuo, por el hecho de aproximar el diálogo al ciudadano, estimulando su participación política, brindando apertura al diálogo pluralista y con las minorías, y también nos remite a una perspectiva de valoración de los espacios que están más cerca del ciudadano, fortaleciendo así las estrategias de decisión planteadas en el ámbito local de poder.

Además, el principio de subsidiariedad no está expresamente previsto en la Constitución Federal de 1988, pero puede encontrarse leyendo los artículos 1, 18 y 34, punto VII, apartado “c” de la Constitución⁶. Por tanto, la lectura implícita del mencionado principio, presente

1 MARTINS, M.S.D'O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra, 2003.

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 Positiva*, 15.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

6 Artículo 1 La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y el Distrito Federal, constituye un Estado Democrático de Derecho [...].

en la Constitución, se relaciona con el modelo federal adoptado, donde la organización descentralizada del Estado sobresale como un espacio favorable a la aplicación de este principio, teniendo en cuenta que el federalismo permite la formación de una base organizativa considerable para que la subsidiariedad desarrolle su contenido y alcance⁷.

De esta forma, se puede afirmar que la subsidiariedad asume un papel importante para los municipios y los ciudadanos en la búsqueda de la ciudadanía activa en el ámbito local. La subsidiariedad, como un criterio definitorio de competencias en el ámbito interno, se muestra extremadamente equilibrada y ponderada, y resalta la importancia del espacio de poder, especialmente en los municipios. Y es que, a partir del concepto de subsidiariedad, no sólo se valoran las estructuras institucionales locales, sino también la articulación de los actores sociales, tanto en su relación cotidiana como en los espacios institucionales.

Así, en el plano político, este principio se traduce a través del principio federativo, el cual se emplea como criterio de reparto de competencia entre las esferas federativas, si bien como una regla para la solución de conflictos de atribuciones que existan entre ellas, buscando con ello el fortalecimiento del poder local y el mantenimiento de la gestión administrativa de la forma más cercana posible a los ciudadanos. Esto implica la definición de qué tareas cumplirán las instancias más pequeñas y cuáles deben ser realizadas por las más grandes y centrales⁸.

Por tanto, tal principio contribuye al federalismo cooperativo, que representa una forma ideal de relaciones entre gobiernos basadas en la división de tareas, es decir, realizándose una mezcla entre las actividades de los entes federados, lo que hace necesarios algunos mecanismos que busquen habilitar las políticas de acciones conjuntas, garantizando de ese modo la participación y la representación de todos los actores de la federación⁹.

El sistema de cooperación entre los gobiernos se inicia con el reconocimiento de que cada una de las unidades tiene el deber de colaborar con las demás para orientar, coordinar y controlar el proceso político-administrativo. Los recursos y la capacidad de ejecución se distribuyen de manera desigual y por esta razón se justifica el sistema de cooperación, que adopta las condiciones mínimas para desempeñar el papel dentro de la estructura¹⁰.

De este modo, el federalismo cooperativo se concreta en el reparto de competencias verticales, basándose en el hecho de que el gobierno central, regional y local tiene como objetivo el desempeño de la tarea estatal que beneficie al ciudadano. El federalismo debe asumir una cooperación subsidiaria al proporcionar asistencia a las entidades menores si estas no logran realizar las tareas por sí solas¹¹.

Artículo 18. La organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.

Artículo 34. La Unión no intervendrá en los estados ni en el Distrito Federal, excepto para: [...] VII - garantizar la observancia de los siguientes principios constitucionales: [...] c) autonomía municipal. (BRASIL) Constitución, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, Brasília, 5 out., 1988. Disponible en <http://www.planalto.gov.br> (28 de mayo de 2018).

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.

En este sentido, existe una laguna en el artículo 23, párrafo único de la Constitución Federal de 1988¹², y es que debería establecer normas para la cooperación entre entidades federales, buscando llevar a cabo competencias comunes, asignando a los estados y municipios las actividades de ejecución, alejando a la Unión, que se encarga de establecer directrices y políticas nacionales¹³.

Se puede afirmar que los municipios, junto con los estados y la Unión, tienen legítimamente poder estatal dentro del territorio, siendo la autonomía tanto de naturaleza política como administrativa. Por tanto, la efectividad de la Administración y el interés local forman uno de los dos principios que son la base de la formación de la estructura municipal¹⁴.

Sin embargo, aunque el municipio sea una entidad intermedia entre el Estado y los individuos, a través de él se concreta el principio de subsidiariedad, siempre que el individuo local no sea considerado como un ser utópico, es decir, debe ser visto como un ser concreto, considerado como ciudadano, vecino, contribuyente y participe directamente en la conducción y supervisión de las actividades en el ámbito administrativo, político y de servicio¹⁵.

Cabe señalar que, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Federal de 1988, Brasil adoptó el modelo federalista para la división de poderes entre las entidades (Unión, estados miembros, Distrito Federal y municipios), los cuales están dotados de autonomía.

El derecho de secesión está prohibido para todas las entidades de la federación, bajo cualquier circunstancia o condición, prohibición que es resultado de la insolubilidad del vínculo federativo, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil¹⁶, donde la forma federativa en Brasil tiene el estatus de una cláusula pétrea, según lo dispuesto en el artículo 60, § 4, apartado I de la Constitución¹⁷, prohibiendo la abolición de la federación.

La Constitución Federal expresó en su texto, de acuerdo con Tavares (2012), que los municipios componen la federación y están dotados de autonomía, por lo que es posible verificar tal posicionamiento en los artículos 1, 18 y 34. Por lo tanto, el artículo 1 expresa que la República brasileña está formada por la unión insoluble de los estados miembros, municipios y Distrito Federal. El artículo 18 muestra que la organización político-administrativa brasileña está compuesta por la Unión, por los estados miembros, Distrito Federal y municipios. Y el artículo 34 reconoce y asegura la autonomía municipal.

La Constitución Federal de 1988, por lo tanto, no estableció la federación descentralizada en su conjunto, sino que estableció la descentralización de las partes, pasando a tener tres

12 Artículo 23. Es competencia común de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios: [...] Párrafo único. Las leyes complementarias fijarán normas para la cooperación entre la Unión y los estados, el Distrito Federal y los municipios, teniendo en cuenta el equilibrio del desarrollo y del bienestar a nivel 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*, 10.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

17 Artículo 60. La Constitución puede enmendarse por medio de una propuesta: [...] § 4 - La propuesta de enmienda a la abolición no será objeto de deliberación: I - la forma federativa del Estado. (BRASIL, Constitución, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

órdenes de poder, es decir, el orden total –la Unión–, las órdenes regionales –los estados miembros–, y las órdenes locales –los municipios–. Entonces el orden total al mismo tiempo que prevé y reconoce a los estados miembros, concediendo competencias y rentas, también prevé y reconoce a los municipios, dándoles competencias y rentas¹⁸.

Destaca que el reconocimiento de los municipios como entidades federadas dotadas de autonomía es una singularidad del Estado brasileño, pues los demás estados federados no atribuyen a sus entidades locales la capacidad de autoadministración, autogobierno y autolegislación¹⁹.

Por lo tanto, la autonomía municipal está consagrada en el proceso de descentralización administrativa, política y financiera, dividida entre las entidades de la federación –Unión, estados miembros y municipalidades– e incorporadas en los principios rectores que son capaces de proporcionar bases legítimas para la autoorganización²⁰.

La Constitución abandonó la división de competencias presente en las constituciones anteriores, comenzando a expresar un federalismo cooperativo y de equilibrio. De esta forma se estructuró un sistema complejo consistente en competencias privadas, distribuidas horizontalmente, y por competencias compartidas, distribuidas verticalmente, y también se autorizó la participación de los órdenes parciales dentro del ámbito de las competencias propias en el orden central, a través de la delegación²¹.

Por tanto, desde el punto de vista formal, los municipios brasileños son entidades territoriales locales investidas con la autonomía más amplia de todo el mundo. En el ejercicio de sus atribuciones, ellos actúan con absoluta igualdad de condiciones con las otras esferas gubernamentales, o sea, los actos practicados por los municipios no dependen de autorización previa o de ratificación posterior de cualquier otra entidad estatal²².

La Constitución adoptó la clasificación de competencias comunes a la Unión, a los estados, al Distrito Federal y a los municipios, conforme al artículo 23, apartados I al XII, y párrafo único. De esta forma, en las competencias comunes todas las entidades federales buscan el ejercicio de acciones cooperativas en ciertas materias, estando basado este sistema de competencias en el interés y, por tanto, corresponden a las cuestiones de la Unión los asuntos relacionados con el interés general; a los miembros los asuntos relacionados con el interés regional; y a los municipios los asuntos que están relacionados con el interés local.

Además, la Constitución Federal de 1988 enumeró una lista de competencias municipales, en sus artículos 29 a 31, §§ 1, 2, 3 y 4. Los municipios, con la enumeración de sus competencias, se convierten en entidades federales y dotados de autonomía, teniendo poder para elaborar sus propias leyes orgánicas, siendo estas elaboradas por el Ejecutivo o Legislativo, sin que sufran la interferencia de los estados o la Unión.

18 CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, cit.

19 MEIRELLES, H.L., *Direito administrativo brasileiro*, 36.ª 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*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 2000.

22 MEIRELLES, H.L., *Direito Municipal Brasileiro*, 10.ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

En cuanto a los contratos administrativos y las licitaciones, se prevé que la Unión disponga de la competencia de editar normas generales, que se aplican a todas las entidades. Igualmente, la Unión, los estados miembros y los municipios tienen competencias legislativas en materia de contratos y licitaciones, dentro del ámbito de los intereses locales.

De este modo, el interés local se entiende no como un interés exclusivo de los municipios, es decir, lo que lo caracteriza y lo define es el predominio del interés de los municipios sobre el de los estados o el de la Unión²³. Para que sea posible la identificación de las competencias de los estados miembros y municipios, es necesario establecer las normas generales sobre las competencias de la Unión, según lo dispuesto en el artículo 22, XXVII de la Constitución²⁴.

En consecuencia, sólo las “normas generales” son de observancia obligatoria para las demás esferas del gobierno, las cuales tienen libertad para regular el resto de manera diferente, disponiendo sobre la “norma específica”. Por tanto, las demás entidades federativas disponen también de competencia para legislar sobre licitaciones y contratos administrativos.

De esta manera, la Unión, conforme a lo previsto en la Constitución Federal de 1988, tiene competencia para disponer de contratos y licitaciones a través de la Ley federal n. 8.666/1993, siendo esta norma obligatoria para todas las entidades de la federación. Y también existen competencias privativas de los entes federativos –estados y municipios– para editar normas especiales. En consecuencia, la eventual omisión de la Unión para editar normas generales no podrá ser un obstáculo para otras entidades federales en el ejercicio de sus competencias²⁵.

Por todo lo expuesto, hay que tener en cuenta que el principio de subsidiariedad es la base teórica que retrata la necesidad de la descentralización, a la vez que fortalece la idea del federalismo en Brasil, teniendo como referencia la justicia y la libertad. Con la llegada de la Constitución Federal de 1988, el federalismo en Brasil “innovó” al considerar los municipios como entidades federales dotadas de autonomía, mientras que tal autonomía permite a los municipios la contratación administrativa de forma autónoma.

De este modo, se establece el análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, realizando una comparación entre la actual ley de contratos y licitaciones (Ley 8.666 de 1993) y el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional, con el objetivo de derogar la ley actual, que establece nuevas reglas para los contratos administrativos y licitaciones.

23 MEIRELLES, H. L., *Direito Municipal Brasileiro*, cit.

24 Artículo 22, Constitución federal: Es competencia privativa de la Unión legislar sobre: [...] XXVII – normas generales de licitación y contratación en todas sus modalidades para las administraciones públicas directas, autárquicas y fundacionales de la Unión, estados, Distrito Federal y municipios, según lo dispuesto en el artículo 37, XXI, y para las empresas públicas y sociedades de economía mixta, de acuerdo con el artículo 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*, 14.ª ed., Dialética, São Paulo, 2010.

3 Directrices de la contratación pública local en Brasil: comparativa de la Ley 8.666/93 con el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional para las nuevas reglas de los contratos administrativos

El proceso de licitación ejecutado se convierte en un instrumento importante, que es utilizado por la Administración pública para la gestión del dinero público, donde se selecciona la propuesta más ventajosa, el momento conveniente y oportuno, y todo en beneficio del interés de la comunidad, asegurando, de esta forma, el cumplimiento de los principios rectores –tanto de los procedimientos de licitación como de los actos administrativos– y movilizándolo, también, las compras públicas²⁶.

En vista de ello, el proceso de licitación se constituye como un procedimiento administrativo, indispensable para las entidades gubernamentales, debiendo analizar la igualdad entre los participantes, eligiendo la mejor propuesta entre las expuestas por las partes interesadas, y debiendo cumplir los requisitos mínimos esenciales para la efectividad de las obligaciones propuestas.

Por tanto, la contratación pública puede definirse como una unidad de procedimientos para que la obligación de licitar se constituya con mecanismos rápidos. La Ley 8.666/93 –estatuto de las licitaciones y contratos– regula sus procedimientos.

En consecuencia, las licitaciones no serán siempre iguales, puesto que varían en virtud de ciertas exigencias de regímenes jurídicos diversos que dan lugar a sus diferentes tipos y modalidades. Entonces las modalidades son de varios tipos de licitaciones conforme a los regímenes jurídicos correspondientes; así, las modalidades de licitaciones varían de acuerdo con las formalidades y la cantidad²⁷.

La necesidad de licitar está prevista en la Constitución Federal de 1988, de acuerdo con el artículo 37, apartado XXI²⁸, que establece que todos los contratos públicos, por regla general, tienen la obligación de ser realizados por medio de un proceso de licitación. Es importante citar las excepciones previstas a la obligación de licitar, es decir, se trata de los casos en que la licitación es prescindible o inaplicable, debiendo el órgano público justificar los motivos de no haber licitado, ya que dicha conducta refuerza el carácter obligatorio de los procesos según Juruena y Marques (2016).

26 JURUENA, C.G. & 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. & Juruena, C.G. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

27 GASPARINI, D., *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2002.

28 Artículo 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios obedecerá a los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: [...] XXI - resaltados los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los competidores, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenidas las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, el cual sólo permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

El artículo 3 de la Ley 8.666/93²⁹ expone que las licitaciones están destinadas a garantizar el cumplimiento del principio constitucional de isonomía, al seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración, con el objetivo de promover el desarrollo nacional sostenible. Destacan Fraga y Nunes (2016) que, al leer el texto constitucional, se interpreta que todo servicio público prestado en el país debe respetar los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia, teniendo en cuenta la finalidad pública resultante. Además, son objetos susceptibles de licitación las obras y servicios, las compras, las ventas de bienes, las concesiones y permisos de servicios públicos, los arrendamientos de bienes públicos, las concesiones y los permisos para el uso privado de un bien público.

De este modo, el objeto de una determinada licitación muestra dos formas en las que puede ser licitado, siendo estas: el edicto, por regla general, o por medio de la modalidad de carta invitación, de acuerdo con el artículo 22, §3, de la Ley 8.666. El procedimiento de licitación, conforme al artículo 38 de la Ley 8.666/93, comienza con la apertura del proceso administrativo, que contiene la breve descripción del objeto que se licitará y el propio recurso para el gasto³⁰.

Después de la fase interna, de acuerdo con los autores, se inicia la fase externa del procedimiento licitatorio, que comienza en el momento en que la licitación pasa a ser pública. Por lo tanto, la primera etapa de esta fase se configura por la publicación y difusión del acto de convocatoria, por lo que el artículo 43 de la Ley 8.666/93 regula todos los actos de la fase externa. El primero de ellos es la apertura de los sobres que contienen la documentación para la calificación de los concurrentes. En segundo lugar, la devolución de los sobres a los concurrentes que no hayan sido habilitados, siempre que no haya recursos. En tercer lugar, la apertura de los sobres de aquellos que fueron habilitados. En cuarto lugar, la verificación de la conformidad de cada propuesta y cumplimiento de los requisitos del pliego. En quinto, se produce la valoración y la clasificación de las propuestas. Por último, la deliberación de la autoridad competente para la homologación y adjudicación del objeto de dicha licitación³¹.

En consecuencia, de acuerdo con las necesidades de la Administración pública, esta podrá utilizar diversas modalidades para la ejecución de la licitación, que son: la concurrencia, cotización de precios, la invitación, el concurso y la subasta, según lo dispuesto en el artículo 22, puntos I a V, de la Ley 8.666/93, así como las modalidades de puja a la baja, con disposición legal en la Ley 10.520 de 17 de julio de 2002, y el régimen diferenciado de contratación, previsto en la Ley 12.462 de 4 de agosto de 2011.

La modalidad de concurrencia está prevista en el párrafo 22, §1, de la Ley 8.666/93, y se considera como la modalidad más compleja de licitaciones. Se puede utilizar en cualquier tipo de contrato, incluida la venta de bienes y derechos, siendo obligatoria para obras y servicios

29 Artículo 3. La licitación está destinada a garantizar la observancia del principio constitucional de la isonomía, la selección de la propuesta más ventajosa para la administración y la promoción del desarrollo nacional sostenible y será procesada y valorada en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, de impersonalidad, de moralidad, de igualdad, de publicidad, de probidad administrativa, de vinculación al instrumento convocatorio, de la valoración objetiva y de los que les corresponden. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo de 2018)).

30 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20.ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.

31 BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.

de ingeniería cuando el valor exceda de R\$ 1.500.000,00 o para compras y servicios que excedan de R\$ 650.000,00.

El artículo 22, § 2, de la Ley 8.666/93 establece el método de cotización de precios, proporcionando contratos de obras, servicios y compras de menor tamaño que los requeridos en la modalidad de concurrencia³². Es decir, compras y servicios por un valor de hasta R\$ 650.000,00 y servicios de ingeniería que no excedan de R\$ 1.500.000,00. Aquí sólo pueden participar los registrados anteriormente o que hayan cumplido los requisitos de participación hasta 48 horas antes de la fecha programada.

Por otro lado, la modalidad de invitación está prevista en el artículo 22, §3 de la Ley 8666/93, y se utiliza en la contratación de un valor inferior, el cual tiene un procedimiento más simple, es decir, valores de hasta 80.000,00 y de obras y servicios de hasta 150.000,00. Sólo podrán participar los invitados por la Administración pública y otras partes interesadas que estén registradas y que soliciten la extensión de la invitación hasta 24 horas antes de la presentación de las ofertas.

La modalidad de licitación concursal está destinada a la atribución de la selección de producción intelectual o de premio, es decir, tiene el objetivo de elegir trabajos científicos, técnicos o artísticos, de acuerdo con el artículo 22, §4, de la Ley 8.666/93. Y la modalidad de subasta se utiliza para la venta de bienes y el derecho al precio más alto, según lo dispuesto en el artículo 22, § 5, de la Ley 8.666/93. La modalidad de puja a la baja fue establecida por el MP 2.026/2000, modificada por la Ley 10.520/2002, que establece normas generales, de carácter nacional, en materia de licitaciones públicas. Por lo tanto, en esta modalidad es utilizada –por la Unión, por los estados, el Distrito Federal y los municipios– para la adquisición de bienes y servicios comunes, con cualquier valor de contrato³³.

La Ley 8.666 de 1993 prevé varios casos en los que la Administración puede o no suspender las licitaciones, haciéndolas dispensables, prescindibles e inaplicables. Los casos de exención se proporcionan en los párrafos 2 y 4 del artículo 17; y el artículo 24 de la Ley 8.666/93³⁴. Los de demora en la ejecución de obras y servicios, de acuerdo con el artículo 8, párrafo único, parte final, de la Ley 8.666/93. Y las situaciones de inaplicabilidad, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 8666/93.

Además, la Ley 8.666 de 1993 no cuenta con muchos mecanismos que faciliten y promuevan la realización del control social³⁵, acompañando los procedimientos de licitación y de los contratos administrativos, pues sólo en su artículo 39³⁶ se prevé que los procedimientos

32 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

33 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

34 El artículo 24 en los apartados I y II prevé los precios para la exención de licitación relacionada con obras y servicios de ingeniería, con valores de hasta R\$ 15 mil; y para compras y servicios, valores de hasta R\$ 8 mil.

35 Tiene como lógica la subsidiariedad en sentido horizontal, para que la sociedad puede controlar los contratos, buscando el perfeccionamiento de la democracia representativa. Así, se aplica la lógica de la subsidiariedad para tener mayor competencia y controlar los contratos a través de instrumentos de control social, por lo tanto, por medio de audiencia pública.

36 Artículo 39. Siempre que el valor estimado para una licitación o para un conjunto de licitaciones simultáneas o sucesivas sea mayor a 100 (cien) veces el límite establecido en el artículo 23, apartado I, letra “c” de esta ley, el proceso de licitación se iniciará, obligatoriamente, con una audiencia pública por parte de la autoridad responsable, con una antelación mínima de 15 (quince) días hábiles desde la fecha prevista de la publicación del aviso público, y divulgada con una antelación mínima de diez (10) días hábiles desde su realización, por los mismos medios previstos para la publicidad de la licitación, a la que tendrán acceso con derecho a toda la información pertinente y a manifestarse

de licitación comiencen a través de una audiencia pública únicamente para los casos en que los valores excedan de R\$ 150.000.000,00.

La previsión de una audiencia pública, obligatoria y previa a la publicación del edicto en las licitaciones de valores más elevados, busca aumentar el acceso a la información sobre los contratos que serán firmados con la Administración. Sin embargo, a nivel local, se percibió que el control social y la expansión del acceso a la información, a través de audiencias públicas, es frágil, ya que sólo está permitido para procesos de licitación con valores muy altos, por lo que se demuestra el descuido con los procesos licitatorios que involucran valores menores, los cuales, frecuentemente, son utilizados por los gestores municipales, de modo que tal hecho puede perjudicar a la población en los municipios.

También se debe señalar que, dado que Brasil se compone de 5.570 municipios, donde, en su mayoría, tienen un presupuesto con montos pequeños e inferiores a la cantidad prevista como requisito para el inicio del proceso de licitación a través de audiencia pública, se dificulta el control y el acceso a la información de estos ciudadanos sobre las licitaciones de valores pequeños.

La Constitución Federal de 1988 prevé, como organismo público y de control, el Tribunal de Cuentas, especializado en asistir y orientar al Poder Legislativo en el ejercicio del control externo del gasto público, en relación con las actividades presupuestarias, contables y financieras, en relación con la legitimidad, legalidad, economía, puntualidad, eficiencia y propósito, sin estar subordinado al Poder Legislativo, conforme al artículo 71 de la Constitución³⁷.

La Ley 8.666 de 1993 aborda todas las particularidades relacionadas con la licitación y, cuando menciona el control externo de estas, establece criterios como el control de la legalidad, la regularidad del gasto y su ejecución, y especialmente la lucha contra las irregularidades en la ejecución de dicha ley, al amparo de los preceptos constitucionales³⁸. Es importante destacar que tales criterios están específicamente previstos en el artículo 113³⁹ de dicha ley.

En este sentido, la Constitución del Estado de Rio Grande do Sul enumera las atribuciones del Tribunal de Cuentas del Estado en el ejercicio del control externo, de acuerdo con el artículo 71. De este modo, Camargo y Antonello (2016) explican que la Constitución del Estado garantiza un amplio poder para investigar, examinar y requerir los elementos necesarios para el ejercicio de sus funciones, prohibiendo la ocultación de información, derivada de la confidencialidad, de ahí que se cultive la transparencia de los actos de la Administración pública como forma de ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información.

todas las partes interesadas. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

37 JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12.ª ed., Rev., Actual. y ampliamente, Revista de los Tribunales, São Paulo, 2016.

38 CAMARGO, D.A. & ANTONELLO, I.P., "O caso de inexigibilidade de licitação na região oeste: uma análise jurisprudencial do TJ/RS e do Licitacão como forma de monitoramento das licitações", Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G. & Giacobbo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa del Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

39 Artículo 113. El control de los gastos derivados de los contratos y otros instrumentos regulados por esta ley lo llevará a cabo el Tribunal de Cuentas competente, de conformidad con la legislación pertinente, siendo los organismos interesados de la Administración responsables de demostrar la legalidad y la regularidad de los gastos y de la ejecución, de conformidad con la Constitución y sin perjuicio del sistema de control interno previsto en el mismo. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

En el ejercicio de sus competencias, el Tribunal de Cuentas tiene varios mecanismos y herramientas para ejercer la fiscalización de los actos de la Administración pública, de los gestores públicos, de las licitaciones y de los contratos.

El Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul, en el uso de sus facultades, creó LicitaCon, que es una importante herramienta sistematizada que contribuye de manera significativa a la supervisión y seguimiento de las licitaciones y los contratos administrativos firmados por órganos, entidades y poderes en los ámbitos público, municipal y estatal de Rio Grande do Sul.

Por lo tanto, la Resolución 1.050 de 2015 del Estado de Rio Grande do Sul prevé el envío y puesta a disposición, a través del Sistema de Licitación y Contratos - LicitaCon, de datos, información y documentos relacionados con licitaciones y contratos administrativos de los poderes, órganos y jurisdicciones del Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul. En consecuencia, el artículo 2 de la resolución mencionada establece que dicho sistema informatizado está destinado a enviar información, datos y documentos relacionados con licitaciones y contratos, buscando el ejercicio efectivo del control externo y la disponibilidad de información a la sociedad, facilitando y fomentando el control social.

Por todo lo anterior, merece la pena mencionar los proyectos de ley relacionados con la nueva Ley de licitaciones –Proyectos de leyes 1.292 de 1995; 6.814 de 2017 y otros 230 anexos– del Congreso Nacional, para modernizar licitaciones y contratos. Estos proyectos derogan las leyes vigentes que regulan las licitaciones y contratos (Ley 8.666/93), puja a la baja (Ley 10.520/02) y el régimen diferenciado de contratación (Ley 12.462/1). El proyecto de ley utilizado como base para la redacción final es PL 6.814/17.

De este modo, en el análisis del Proyecto de Ley 6.814 de 2017, son fácilmente identificables varias innovaciones, en comparación con la ley actual de licitaciones y contratos, la Ley 8.666 de 1993. En este sentido, una de las innovaciones es la inversión de fases, después de la presentación de propuestas y ofertas, la valoración de propuestas previa a la autorización, según lo previsto en el artículo 15 del Proyecto de Ley 6.814/17⁴⁰. En consecuencia, el proyecto de resolución establece en el capítulo II –fase preparatoria–, en la sección III, los criterios de valoraciones de las propuestas, conforme a lo previsto en los artículos 30 a 35. En el capítulo V se aborda el tema “de la valoración”, entre los artículos 53 y 54. Y, luego, indica los requisitos para la habilitación, comprendidos entre los artículos 55 al 63 de dicho proyecto de ley. Además, existe la obligatoriedad de la contratación del seguro, que viene a garantizar la conclusión de una obra pública cuando la empresa entonces contratada se enfrente a dificultades, conforme a lo previsto en el artículo 19, §2, apartado III⁴¹ del proyecto de ley.

40 Artículo 15. El proceso de licitación cumplirá con las siguientes fases, en el siguiente orden: I - preparatoria; II - publicación del aviso de licitación; III - presentación de propuestas y ofertas, cuando corresponda; IV - valoración; V - habilitación; VI - recurso; VII - aprobación. (CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Ley 6814, de fecha 3 de febrero de 2017). *Establece normas para contratos y contratos de contratación pública y deroga la Ley 8666 del 21 de Junio de 1993, la Ley 10.520 del 17 de Julio de 2002 y las disposiciones de la Ley N° 12.462, del 4 de Agosto de 2011.* Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo de 2018).

41 Artículo 19. El instrumento convocatorio podrá contemplar matriz de asignación de riesgos entre el contratante y el contratado, caso en que el cálculo del valor estimado de la contratación podrá considerar una tasa de riesgo compatible con el objeto de la licitación y los riesgos atribuidos al contratado, de acuerdo con la metodología predefinida por la entidad contratante. [...] § 2 El contrato deberá reflejar la asignación realizada por la matriz de riesgos, especialmente cuando: [...] III - a la contratación de seguros obligatorios, previamente definidos en el contrato y cuyo coste de contratación integrará el precio ofertado. (CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Ley 6814, del 3 de febrero de 2017. *Establece normas para licitaciones y contratos de la Administración pública y revoca la Ley n° 8.666, del 21 de junio de 1993, la Ley n° 10.520, del 17 de julio de 2002, y dispositivos de la Ley n° 12.462, de 4 de agosto de 2011, cit.*)

El texto también pone fin a los proyectos básicos y ejecutivos, introduciendo la figura del proyecto completo, previsto en el artículo 5, apartado XXIII. Otra medida es la reformulación de límites conceptuales de la contratación integrada, que podrá ser utilizada sólo en caso de contratación de obras, servicios y suministros de gran tamaño, conforme al artículo 5, apartado XXX. El referido proyecto de ley trata también de la responsabilidad conjunta y solidaria de la empresa que presta un servicio particular, por los daños causados a la tesorería al contratar la exención o inaplicabilidad de la licitación, con base en el artículo 66.

Además, el Proyecto de Ley 6.814/17 crea la modalidad de diálogo competitivo, que se utiliza en Europa. En este sentido, la Administración promueve el diálogo con los licitadores previamente seleccionados para desarrollar los medios para satisfacer sus necesidades. Al final, los licitadores se presentan a la propuesta final, donde, normalmente, este tipo de licitación será utilizado en casos de innovación técnica o tecnologías restringidas en el mercado, según lo establecido en el artículo 25, ítem VI combinado con el artículo 29.

El Proyecto de Ley 6.814/17 (Nueva Ley de licitaciones), aprobado por el Senado y enviado a la Cámara de Diputados, introduce el uso del arbitraje en los contratos administrativos, incluso cuando se trata de su equilibrio económico-financiero. En consecuencia, los artículos 44-A (aplicable a la contratación bajo el régimen RDC) y el artículo 86, párrafo 3, de dicho proyecto de ley introducen la solución amistosa en los contratos públicos resultantes de los procesos de licitación.

Además, el mencionado proyecto establece un aumento en los montos referidos a la exención de licitación, es decir, aumenta el valor relacionado con obras y servicios de ingeniería de hasta R\$ 15 mil hasta R\$ 60 mil; ya para compras y servicios, los valores aumentan de hasta R\$ 8 mil hasta 15 mil, de acuerdo con las disposiciones en los apartados I y II del artículo 68. Sin embargo, el PL 6.814/17, para los municipios no trae cambios que resuelvan la cuestión del escalonamiento de los municipios, es decir, no establece normas diferenciadas según su tamaño.

La Confederación Nacional de Municipios (CNM) ha presentado demandas a los parlamentarios que integran la comisión mixta para analizar el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva Ley de licitaciones), durante el Consejo Político. Por lo tanto, este documento preparado por el CNM destaca la necesidad de cambios en dicho proyecto con respecto a cuatro puntos.

Uno de los puntos destacados por el CNM es la creación de un sistema electrónico nacional de contratos y licitaciones que contemple los sistemas de contratación pública que generan enormes colas para la ejecución de las ofertas. De esta forma, es importante que se busque una solución integrada y que se elimine en la propia ley, creando un sistema unificado de licitaciones.

Así, la sugerencia de incluir y prever en el PL 6.814/2017 un sistema electrónico nacional integrado de contratos y licitaciones es especialmente importante, ya que la Administración pública carece de dicho sistema. Como se destaca en el documento presentado a los parlamentarios, la existencia de diferentes sistemas de contratación pública no interconectados entre las entidades de Administración pública directa e indirecta conlleva altos costes y dificulta el acceso a todos los proveedores.

Además, la creación de un sistema como este puede facilitar el control de licitaciones públicas y contratos, como ya sucede en el Estado de Rio Grande do Sul, a través del sistema LicitaCon, el cual fue creado y puesto a disposición por el Tribunal Estatal de cuentas, enviando información, datos y documentos relacionados con licitaciones y contratos, con el objetivo de ejercer de forma efectiva el control externo y la provisión de información a la sociedad, facilitando y fomentando el control social.

La segunda demanda indicada por la CNM como susceptible de modificación en el PL 6.814/2017 es la exclusión de la modalidad de invitación, observando que con el surgimiento de la puja a la baja es necesario flexibilizar y democratizar la participación de un número mayor de concurrentes. Se evidencia aún más la necesidad de esta modificación frente a los mecanismos que fueron insertados en el proyecto y las licitaciones en los casos de contratación directa, que pueden generar problemas con la interpretación de la norma. La tercera enmienda dirigida a los parlamentarios es la actualización de los valores de la contratación directa, pues uno de los grandes desafíos y problemas a solucionar es la actualización de los valores en esa modalidad. El valor que está dispuesto en la ley no es suficiente para la adquisición o ejecución de servicios relevantes. Y la última trae la exclusión de la publicación en periódico de gran difusión, observando los criterios de economía y transparencia de los actos administrativos.

Por tanto, el enfoque de las contribuciones de la nueva ley de contratación pública en España tiene como objetivo realizar aportaciones para el debate sobre la nueva regulación de la contratación pública en Brasil, de acuerdo con el PL 6.814/2017, centrándose en concreto en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales.

4 Las contribuciones de la nueva ley de contratación pública de España como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil: un enfoque en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales

En el análisis de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de 2017, que trata de los contratos del sector público en España, el cual entró en vigor el 8 de marzo de 2018, transponiendo al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, fue posible verificar que la ley aporta diferencias en la contratación a entidades locales con menos habitantes.

Así, la legislación española es aplicable a entidades locales con menos de 20.000 o menos de 5.000 habitantes, y estas normas se encuentran en la disposición adicional segunda (competencias contractuales en entidades locales) y en la disposición adicional tercera (normas específicas de contratación pública en las entidades locales).

De acuerdo con la directiva adicional 2, en el párrafo 12 de la LCSP (DA 2, §12 LCSP), las entidades del sector público que no cumplan con el estatuto de la Administración pública local se regirán por las disposiciones generales de la ley. Cabe señalar que dichas reglas relativas a las administraciones públicas locales se aplican a municipios con diferentes tamaños.

Regap



NOTAS

De esta forma, se pueden encontrar en la LCSP varias reglas que establecen diferenciaciones a los municipios con población inferior a 5.000 habitantes. En este sentido, DA 2.^a, §3 de la LCSP aborda que se aplica el régimen común previsto para los municipios a estos. Además, la competencia se atribuye al pleno para autorizar la redacción y la licitación de proyectos independientes, relativos a cada parte de una obra en que el período de ejecución sobrepase el presupuesto anual, siempre que sea probable que se utilicen por separado o se definan de manera considerable.

Con respecto a las competencias en materia de contratación, la DA 2, §6 de la LCSP, con el fin de facilitar la contratación de municipios con menos de 5.000 habitantes, establece que las entidades contratantes puedan ser organismos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la LCSP mediante acuerdos al efecto, y que igualmente es posible celebrar acuerdos para la gestión de procedimientos de contratación para disputas provinciales o para comunidades autónomas de naturaleza uniprovincial.

En este mismo sentido, se puede citar la DA 3, §10, de la LCSP: las entidades locales, sin perjuicio, pueden adherirse al sistema de contratación centralizada y de las centrales de contratación de las comunidades autónomas y de otras entidades locales, y aun a centrales de contratación creadas por asociaciones de entidades locales.

En cuanto a la aprobación de gastos, la D.A. 3, § 4, de la LCSP establece que, en los municipios con menos de 5.000 habitantes, puede ser reemplazado por un certificado de crédito emitido por el secretario auditor, o si procede, por el auditor de la empresa.

Con respecto a los contratos de obras firmados por los municipios con hasta 5.000 habitantes, la LCSP, en la D.A. 3, §7, establece que si la financiación excede el presupuesto anual, se pueden elaborar proyectos independientes para cada parte de la obra, siempre que sean susceptibles de uso separado en el sentido de uso general o de servicio, o puede ser definido de manera sustancial. La ejecución de cada uno de los proyectos puede estar sujeta a un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 y 101 de la LCSP.

Además, en relación con los municipios con una población de hasta 20.000 habitantes, la LCSP, en la DA 3, §11, establece que pueden licitar contratos sin estar sujetos a la regulación armonizada de la concesión de servicios relacionados con la gestión de dos o más servicios públicos, siempre que la anualidad contractual media no supere los 200.000 euros y que el órgano de contratación justifique en el registro de contratación esta decisión en función de la necesidad objetiva de proceder con la gestión unificada de estos servicios. En cualquier caso, la lista de cláusulas administrativas específicas debe concretar el alcance funcional y territorial del contrato de concesión del servicio.

Además, es importante señalar que la nueva legislación española que regula los contratos del sector público (Ley 9/2017) también establece regulaciones generales como instrumentos para la formulación de políticas públicas. Es decir, se busca utilizar los contratos públicos como herramientas para la implementación de políticas públicas, especialmente a nivel local, lo que crea un amplio espacio para la elaboración de contratos públicos que apuntan a esta finalidad.

Como se puede ver en el capítulo anterior, el Proyecto de Ley 6.814/2017, que trata de la nueva Ley brasileña sobre licitaciones y contratos públicos, no diferencia el tamaño y la estructura de los municipios, como lo hace la legislación española. Se puede observar en el proyecto de ley brasileño que esto no trae ninguna mejora que resuelva la cuestión del escalonamiento de los municipios, es decir, no establece normas proporcionales que atiendan a las potencialidades locales en licitación y contratación en los municipios de acuerdo con su tamaño y densidad de población.

5 Consideraciones finales

Esta investigación ha tenido como objetivo analizar el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva ley de licitaciones), verificando las modificaciones que son propuestas para ser insertadas en el ordenamiento brasileño y si tales modificaciones supondrían una mejora en las licitaciones y los contratos públicos en el ámbito local. Igualmente, se buscó analizar los tipos de contribuciones que la Ley 9/2017 de contratos del sector público de España podrían suponer para la mejora de las contrataciones realizadas por los municipios.

En el transcurso de este trabajo se verificó que el principio de subsidiariedad sirve de base teórica, retratando las necesidades de la descentralización y fortaleciendo también los ideales del federalismo en Brasil, pues este, a partir de la Constitución Federal de 1988, trajo innovaciones al elevar y considerar a los municipios como entes federados, dotados de autonomía, la cual permite que los entes locales realicen contrataciones públicas de modo autónomo.

En cuanto a las directrices de la contratación pública local en Brasil, podemos extraer del análisis comparativo entre la Ley de licitación actual (8.666/93) y el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva ley de licitación), que puede incluir las siguientes innovaciones: la inversión de las fases, es decir, después de la presentación de las propuestas y ofertas, las propuestas deben ser valoradas antes de la autorización; el requisito de contratar un seguro obligatorio que sirva de garantía para la realización de un trabajo público cuando la empresa contratada entre en dificultades; el texto también pone fin a los proyectos básicos y ejecutivos, que son reemplazados por el proyecto completo; otra modificación de los límites conceptuales de la contratación integrada.

Además, el proyecto de ley establece la responsabilidad solidaria para la empresa que preste un determinado servicio y cause daños al erario en la contratación por exención o inaplicabilidad de la licitación; la creación de un diálogo competitivo entre los licitadores previamente seleccionados; el uso del arbitraje en los contratos administrativos; y también prevé un aumento en los importes referidos a exención de licitación.

En este sentido, la Confederación Nacional de Municipios presentó las pertinentes solicitudes a los parlamentarios, con la intención de lograr modernizaciones en la legislación que satisfagan las necesidades de los gerentes locales. Por lo tanto, estas peticiones se refieren a la sugerencia de crear un sistema electrónico nacional integrado de contratos y licitaciones públicas; la exclusión de la modalidad de invitación; la actualización de los valores de contratación directa (exención); y la exclusión de la publicación en un periódico de gran difusión.

En vista de lo anterior, se verificó que el proyecto de ley tiene varios defectos, además de que no aporta ninguna mejora que resuelva el problema del escalonamiento municipal, es decir,

regap



NOTAS

no busca establecer normas proporcionales que cumplan con el potencial a nivel local en licitación y contratación en los municipios de acuerdo con su tamaño y densidad de población.

Además, está claro que el proyecto de ley sigue presentando carencias de mecanismos que faciliten e impulsen el control de la sociedad. En consecuencia, el proyecto de la nueva ley de licitaciones, que es idéntico a la Ley 8.666/93, es especialmente impreciso en asuntos relacionados con el control social, en el ámbito municipal, previendo la opción de la audiencia pública, para valores elevados, en una realidad que está lejos de la situación actual de los municipios, sin extender esa posibilidad a las licitaciones de pequeño valor. Además, dicha ley presenta fallos al no proporcionar mecanismos o herramientas específicas para el control de los contratos administrativos.

Sin embargo, vale la pena señalar que LicitaCon es una herramienta sistematizada desarrollada por el Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul, y es importante que contribuya significativamente a la supervisión y seguimiento de las licitaciones y los contratos administrativos firmados por las entidades y poderes en los ámbitos público, municipal y estatal de Rio Grande do Sul.

Entonces, para responder al problema del estudio que se basa en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que trata sobre los contratos del sector público en España, han surgido las siguientes preguntas: a) ¿Qué trato da esta norma a las entidades locales, en particular si establece criterios diferenciados en cuanto al tamaño de la población de los municipios? Además, ¿cómo puede esa legislación contribuir a cambios en la legislación brasileña sobre licitaciones y contratos administrativos?

Se pudo verificar que la legislación española sobre contratos del sector público establece directivas diferenciadas adicionales, buscando la mejor asistencia a las necesidades municipales, de acuerdo con el número de habitantes; es decir, entidades locales que presentan población de hasta 5.000 habitantes o hasta 20.000 habitantes tienen apoyo en la legislación a través de normas específicos para ellos.

Asimismo, se analizó que, por lo general, la referida norma establece instrumentos para la formulación de políticas públicas, buscando el uso de contratos públicos como herramienta para la implementación de políticas públicas, especialmente a nivel local.

En este sentido, dicha norma puede contribuir a la legislación brasileña sobre licitaciones y contratos administrativos, en cuanto a que el Proyecto de Ley 6.814/2017 carece de regulaciones para los municipios que tienen un bajo número de habitantes, en los cuales, en los procesos burocráticos de las licitaciones y contratos, existe una dificultad para satisfacer las necesidades de manera rápida y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDRINO, M., y PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20.ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.

ALMEIDA, F. D. M., *Competências na Constituição de 1988*, 2.ª 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*. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- BITENCOURT, C. M., y 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 y 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 oct., 1988. Disponible en <http://www.planalto.gov.br> (28 de mayo de 2018).
- BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artículo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo 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*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018).
- CAMARGO, D.A., y 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., y Giaccobo, 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*, 15.ª 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. Disponible en: <http://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/lei-de-licitacoes-cnm-entrega-demandas-a-parlamentares-durante-conselho-politico> (1 de junio de 2018).
- ESPAÑA, *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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. (28 de mayo de 2018).
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, *Constituição (1989). Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*, 3 de outubro de 1989. Disponible en: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358 (30 de mayo de 2018).

Regap



NOTAS

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.* Disponible en: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf (30 de mayo de 2018).

FRAGA, J. M., y 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. y 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. y 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. y 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*, 14.^a ed., Dialética, São Paulo, 2010.

JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12.^a 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*, 10.^a ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

MEIRELLES, H. L., *Direito administrativo brasileiro*, 36.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2010.

MORAES, A.de, *Direito constitucional*, 27.^a ed., rev. e atual, Atlas, São Paulo, 2011.

TAVARES, A. R., *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a 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

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Deslinde de términos municipales de distinta comunidad autónoma. 1.2 Retención por la Xunta de Galicia de fondos de cooperación local para el pago de las deudas de los ayuntamientos con la Sociedad Gallega de Medio Ambiente, SA (SOGAMA), por el tratamiento de residuos sólidos urbanos. 1.3 Ordenanza municipal reguladora de la venta ambulante. Compatibilidad con la Directiva de servicios. 1.4 Ayudas del Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL). Incumplimiento de la condición de “generación de empleo”. Obligación de reintegro. 1.5 Sanción de inhabilitación temporal a secretario-interventor municipal por la comisión de varias infracciones muy graves. Plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Inexistencia de hecho infractor. 2 Expropiación forzosa. 2.1 Valoración de suelo afecto a sistemas generales. Habrá de atenderse a la situación y clasificación real del suelo. Ya no se aplica la antigua jurisprudencia que obligaba a valorar el suelo rústico como urbanizable programado. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por omisión de evaluación ambiental estratégica. 3.2 Plan de delimitación de espacios y usos portuarios de puerto de interés general. Nulidad por omisión de evaluación ambiental. 3.3 Demolición de edificaciones en ejecución de sentencia anulatoria de licencia urbanística dictada en un proceso contencioso-administrativo. Protección, en el incidente judicial, del propietario tercero de buena fe. 3.4 Disciplina urbanística. El expediente tramitado para cumplir una sentencia de condena por inactividad de la Administración no se halla sometido a plazo de caducidad. 4 Personal. 4.1 Cese de funcionarios temporales. Sólo tienen derecho a percibir una indemnización si el vínculo de interinidad ha incurrido en fraude de ley. 4.2 Personal interino para ejecución de programas de carácter temporal. La Administración no incurre en fraude si se prolonga la interinidad durante varios años por la prórroga del programa. Inexistencia de derecho a indemnización por cese. 4.3 Reclamación de los enfermeros de centros sanitarios públicos de reconocimiento como “tiempo efectivo de trabajo” el consumido en el cambio de turno para la transmisión de información sobre el estado de los pacientes (solape). 4.4 Restricciones a la cobertura de puestos de trabajo de la Administración autonómica por personal laboral. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Legitimación activa *ad procesum* de sociedad de responsabilidad limitada. Necesidad de adoptar previamente acuerdo societario para promover el litigio. Es posible subsanar su omisión a lo largo del proceso. 5.2 Posibilidad de suspender el proceso al plantearse una “cuestión prejudicial contencioso-administrativa”.

6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Reclamación de indemnización contra la Administración sanitaria por “pérdida de oportunidad”. Legitimación activa de los herederos del paciente fallecido. 7 Subvenciones. 7.1 Convocatoria de subvenciones para la financiación de planes de formación de trabajadores. No se puede circunscribir exclusivamente a los sindicatos con mayor representatividad. 7.2 Subvenciones por paralización definitiva de buques de pesca. No es posible exigir directamente su reintegro por haberse otorgado de manera incorrecta. Antes debe tramitarse un procedimiento de revisión de oficio. 7.3 Reintegro de subvenciones del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Prescripción de la acción para exigir el reintegro. 8 Tributos. 8.1 Reclamaciones económico-administrativas. El recurrente puede presentar nuevas pruebas en fase de recurso administrativo y contencioso-administrativo. 9 Universidades. 9.1 Efecto vinculante e inderogabilidad singular de los planes de estudios. Improcedencia de la exigencia de superación de exámenes “B1” de lengua extranjera para la obtención del título de grado.

1 Administración local

1.1 Deslinde de términos municipales de distinta comunidad autónoma

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en dos sentencias de fecha 23 de abril de 2018 (recs. 290/2015 y 299/2015, ponentes: Mangas González y Fernández Dozagarat), desestima los recursos promovidos, respectivamente, por el Ayuntamiento de Grandas de Salime y por el Principado de Asturias contra la Orden HAP/662/2015, de 25 de marzo, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, aprobatoria del deslinde entre los términos municipales de A Fonsagrada (Lugo) y Grandas de Salime (Asturias) (BOE 17/04/2015).

Concluye, en primer lugar, que este tipo de procedimientos administrativos no incurre en causa de “caducidad” por la demora en su tramitación. Y, en cuanto al fondo del asunto, que:

«Conforme al artículo 50.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “reguladora de las bases de régimen local”, por un lado, y “la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1941, 23 de junio de 1941 y 16 de mayo de 1959”, por otro, las cuestiones que se suscitan entre municipios pertenecientes a distintas comunidades autónomas sobre deslinde de sus términos municipales se resolverán por la Administración del Estado, previo informe del Instituto Geográfico Nacional, audiencia de los municipios afectados y de las respectivas comunidades autónomas y dictamen del Consejo de Estado. Así se ha hecho en este caso, se han cumplido los trámites exigidos y se han respetado los deslindes anteriores y la conformidad manifestada por los interesados, y si se ha dado prioridad al informe del IGN es por el carácter técnico de los mismos y la objetividad de su resultado».

1.2 Retención por la Xunta de Galicia de fondos de cooperación local para el pago de las deudas de los ayuntamientos con la Sociedad Gallega de Medio Ambiente, SA (SOGAMA), por el tratamiento de residuos sólidos urbanos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 25 de enero de 2018 (rec. 4137/2016, ponente: Díaz Casales), desestima el recurso promovido contra una resolución de la Consellería de Hacienda de la Xunta de Galicia que dispuso la retención de los fondos de cooperación local para determinado ayuntamiento con la finalidad de compensar su deuda con SOGAMA. La sala toma como referencia principal de su decisión los fundamentos de los autos del Tribunal Constitucional que inadmitieron las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la

disposición adicional 21 de la Ley 11/2013, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para 2014, que elevó de manera muy significativa el canon que se ha de abonar a SOGAMA por el tratamiento de residuos sólidos y estableció para su pago la posibilidad de retención de los créditos municipales (ex. Auto del Tribunal Constitucional 84/2016, de 26/04/2016, cuestión de inconstitucionalidad 4184-2015, publicado en el BOE de 18/06/2016). Se afirma lo siguiente en esta sentencia del TSJG:

«(...) resulta evidente que avalado por el Tribunal Constitucional que la disposición adicional 21.ª de la Ley gallega 11/2013, aplicada al presente caso, tiene el carácter de ley singular, cumplimiento los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y adecuación, este motivo de impugnación está abocado al fracaso, porque la Consellería al aplicar la retención no hizo más que ajustarse a aquella disposición legal que no cabe desconocer. Sin que resulte de aplicación, a este respecto, la doctrina sentada por el T.C. en la St. 41/2016 de 3 de marzo (dictada en el recurso 1792/2014) en relación con el artículo 57 bis de la LBRL, que preveía la posibilidad de retención a las comunidades autónomas para atender a las obligaciones de estas con las entidades locales, sustituyéndolas en el ejercicio de sus competencias, que se declaró inconstitucional en base a que interfiere en las relaciones financieras entre el Estado y las comunidades autónomas y, por lo tanto, en un ámbito material reservado a la ley orgánica que, con arreglo al artículo 157.3 de la CE, reserva que no se produce en este caso, por lo que se impone la estimación del motivo de impugnación.

(...) del contrato originario se extraen datos reveladores de que lo que hizo el Concello con la firma del contrato originario fue adherirse al sistema institucional de tratamiento de los residuos promocionado por la Xunta de Galicia a través de una empresa mixta, así resulta de: a) la omisión de un proceso de selección del contratista; b) que el contrato se firmara en Cerceda, c) se reconoce que Sogama es la única designada para llevar a cabo la gestión integral del tratamiento, conforme al artículo 29 de la Ley 10/1997 y el Plan de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, y d) el precio se fija en función del vigente a la fecha de celebración del contrato, por lo que la posibilidad de su negociación resulta, cuando menos, dudosa. Por ello, habríamos de concluir que resulta discutible la afirmación de que se mudó un precio privado fijado contractualmente para convertirlo en un canon.

En todo caso, como advertimos, el incremento del importe del servicio viene amparado por la ley singular dictada en atención a la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema de tratamiento a través de una empresa pública y no podemos compartir que se esté aplicando retroactivamente, porque interpretada sistemáticamente la D.A. 21.ª de la Ley 11/2013 resulta que la misma prevé, en el apartado 2.º, desde su entrada en vigor el nuevo precio del servicio y dedica el apartado 4.º a los modelos del contrato de adhesión, por lo que, habiendo entrado en vigor la ley el 1 de enero de 2014 y siendo aplicados los precios a las facturas emitidas a partir de marzo de ese año, es evidente que no hay aplicación retroactiva, porque hasta febrero de 2014 se facturó el servicio por el precio actualizado que correspondía hasta a esa fecha, respetando el plazo de dos meses concedido a los ayuntamientos para desistir de su vinculación.

Tampoco la retención practicada se produjo antes de su previsión, porque, si bien es cierto que se aplicó a deudas generadas en los meses de marzo a diciembre de 2014 y el procedimiento para llevarla a cabo no estuvo desarrollado hasta la aprobación de la Ley 11/2014, que entró en vigor el 1 de enero de 2015, lo que resulta evidente es que se aplicó con

Regap



NOTAS

posterioridad a su vigencia, porque la retención de los fondos de cooperación local tuvo lugar en septiembre de 2015 en relación con deudas generadas antes, pero que resultaban, por disposición legal, vencidas, líquidas y exigibles. Por lo que no se hizo aplicación retroactiva alguna, sino que lo que se hizo fue someter una situación jurídica preexistente a la entrada en vigor de la ley –la prestación de un servicio a un concello por una empresa pública– a la nueva regulación establecida por ella, pero sin afectar los efectos ya desplegados, que además viene justificada, según veremos al tratar de la sentencia del T.C., por imperiosas razones de interés general, por ello ni quiebra el principio de irretroactividad ni la seguridad jurídica, por lo que también estos motivos del recurso han de ser desestimados.

(...) En relación con la solicitud de planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad en relación con la D.A. 21.ª de la Ley 11/2013, hemos de advertir, por una parte, que la potestad de su planteamiento corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, al margen de la petición que al respecto formulen las partes. Así lo declaró el T.S. en la St. de 26 de enero de 2015 (recaída en el recurso 5/14) (...).

(...) Tampoco cabe el planteamiento de inconstitucionalidad alguna en relación con los artículos 59 y 60 de la Ley 11/2014, de presupuestos de la comunidad autónoma para 2015, en atención a que se habría infringido el principio de seguridad jurídica, ya que, regulándose el procedimiento de retención a partir de enero de 2015, se aplicó a deudas generadas con anterioridad a su entrada en vigor, esto es, marzo a diciembre de 2014.

En el presente caso es evidente que el mecanismo articulado por estos artículos se actuó en relación con deudas de la entidad local generadas con anterioridad a su entrada en vigor, pero también lo es que no estamos en presencia de situaciones agotadas y consolidadas, sino que, por el contrario, se trata de situaciones de discrepancia jurídica que, incluso, estaban siendo jurisdiccionalmente discutidas, por lo que no se incurrió en una retroactividad prohibida con arreglo al criterio sentado por el T.C. y el T.S., como recuerda este último en la St. de 20 de diciembre de 2017 (recurso 784/2014).

1.3 Ordenanza municipal reguladora de la venta ambulante. Compatibilidad con la Directiva de servicios

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) –TS–, en su Sentencia de 15 de marzo de 2018 (rec. 4007/2015, ponente: Menéndez Pérez), analiza la compatibilidad de la ordenanza de venta ambulante del Ayuntamiento de Carnota (BOP 17/08/2012) con lo dispuesto en la Directiva 2006/123/CE y en la Ley 7/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, limitándose a anular el precepto que establece como único criterio para la adjudicación de los puestos de venta el orden de presentación de las solicitudes. Según el alto tribunal:

«(...) hemos de dar la razón a la parte recurrente. El artículo 8.2.a) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, incluido en el capítulo II de la misma, dispone que cuando el número de autorizaciones para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado, el procedimiento de concesión por las administraciones públicas garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. Tal precepto sí es de aplicación, pues el artículo 4 del Real decreto 199/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria y que se dicta al

amparo del artículo 149.1.13.ª de la Constitución que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, ordena que el procedimiento para el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria y para la cobertura de las vacantes será determinado por cada ayuntamiento, respetando, en todo caso, el régimen de concurrencia competitiva, así como las previsiones del capítulo II de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, ordenando también que el procedimiento será público y su tramitación deberá desarrollarse conforme a criterios claros, sencillos, objetivos y predecibles. Y, a su vez, el párrafo tercero del artículo 54 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, incluido en su capítulo IV, dedicado a la venta ambulante o no sedentaria, dispone que el procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso. A la vista de tales normas, claro es que no se ajusta a ellas la previsión de aquel núm. 2 del artículo 10 de la ordenanza, según la cual la concesión de las autorizaciones se efectuará por el orden de presentación de solicitudes».

1.4 Ayudas del Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL). Incumplimiento de la condición de “generación de empleo”. Obligación de reintegro

La Sentencia de 26 de diciembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 738/2016, ponente: Fernández Antelo) desestima el recurso interpuesto por el Concello de Ourense frente a una resolución de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales que le obligó a reintegrar 188.000 euros por incumplir las condiciones de una ayuda que había recibido del Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL) para el fomento del empleo. La sentencia alcanza las siguientes conclusiones:

«(...) en lo atinente a la alegación de inconstitucionalidad del artículo 10 del Real decreto ley 9/2008 por su identidad con el artículo 6 del RD-Ley 13/2009, declarado inconstitucional en STC 150/2012, de 5 de julio, ha lugar a reseñar que a fecha del dictado de la presente resolución constan hasta 6 sentencias inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad frente al citado artículo (...). El tenor del artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, abunda a excluir no sólo la duda de constitucionalidad –que, empero, no se explica en su fondo más allá de transcribir parcialmente la STC 150/2012–, sino el propio juicio de relevancia.

Centrado el objeto principal del debate jurisdiccional en la realidad y entidad del incumplimiento, por la corporación recurrente, de las condiciones de la concesión de la ayuda, tanto ley como jurisprudencia afirman inequívocamente la necesidad de su cumplimiento sustancial, así como la consecuencia de reintegro en caso de incumplimientos esenciales. (...) Se ha de recordar que el Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, establece que el FEIL tiene por objeto financiar la realización de proyectos de inversión que sean especialmente generadores de empleo mediante la contratación de obras en el ámbito municipal. De tal modo, la generación de empleo, entendiéndose por tal la creación ex novo de puestos efectivos de trabajo para trabajadores desempleados o recién incorporados al mercado de trabajo, es requisito esencial de la concesión, lo cual obliga a examinar, en cada caso concreto, el cumplimiento sustancial de tal fin, entendiéndose como sustancial el que, si bien pueden existir

Regap



NOTAS

variaciones coyunturales y no significativas en el empleo contratado –consecuencia de la evolución lógica en el tiempo de las obras contratadas–, no se pueden considerar realmente generadores de empleo aquellos contratos laborales realizados con el único y exclusivo fin de obtener la ayuda económica, pasando a prescindirse, una vez conseguida esta, de los trabajadores contratados, o acudiendo a contratos temporales especialmente diseñados para mantener en el empleo a los trabajadores el tiempo indispensable para la obtención de la ayuda y la superación de los eventuales controles financieros que la Intervención General o regional pueda llevar a cabo en el legítimo ejercicio de sus facultades de control, inspección y supervisión. De tal modo, en los contratos de esta naturaleza la consecución del objetivo de generación de empleo desplaza, en cuanto a su naturaleza esencial, al hecho del cumplimiento sustancial o no del objeto del contrato, erigiéndose en parámetro primero de control por la intervención del cumplimiento del fin de la ayuda.

CUARTO.- En aplicación al caso concreto de la normativa y jurisprudencia expuestas en el fundamento precedente, tras valorar en su conjunto sendos expediente y pruebas admitidas y practicadas, a la luz de las consideraciones vertidas ut supra, cumple apreciar que el informe 2015/2339, de la Intervención Delegada Territorial en Ourense, de fecha 2 de mayo de 2016, de control financiero de subvenciones y ayudas nacionales, reiterándose en las conclusiones del previo informe de fecha 24 de febrero, es claro, motivado y fundado cuando concluye que: sólo se crearon 6 puestos de trabajo frente a los 8 comprometidos; sólo se mantuvieron 4 puestos de trabajo frente a los 10 puestos comprometidos; no resultan financiables las mejoras no realizadas, por importe de 114.103,81 euros (más de un 15% del total de la financiación autorizada).

Tales asertos, empero, no han sido desvirtuados por la corporación demandante, debidamente valorada la prueba de los mismos, lo que determina la adecuación a derecho de la resolución impugnada ante la existencia –y entidad en el caso concreto– de sendos incumplimientos, respetándose la debida exigencia de proporcionalidad a la vista de la relevancia de lo observado por la intervención delegada en relación con la consideración ontológica y financiera del proyecto en su totalidad.»

1.5 Sanción de inhabilitación temporal a secretario-interventor municipal por la comisión de varias infracciones muy graves. Plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Inexistencia de hecho infractor

La Sentencia de 28 de marzo de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 64/2017, ponente: López-Muñiz Goñi) anula las sanciones impuestas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al secretario-interventor de un ayuntamiento de Galicia por la supuesta comisión de las infracciones muy graves consistentes en: *“El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo”* y *“La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior”*.

La sentencia considera, en primer lugar, que el procedimiento sancionador no incurrió en causa de caducidad por la superación del plazo de seis meses entre la fecha de su incoación y la de notificación de la resolución sancionadora:

«(...) La discusión se centra en determinar si es de aplicación el límite de tiempo de seis meses establecido en el artículo 28.3 del Decreto de la Comunidad de Galicia 94/1991, legislación

aplicable conforme a lo establecido en el artículo 150.4 del Real decreto legislativo 781/1986: La tramitación del expediente se ajustará a lo que establezca la legislación de la comunidad autónoma respectiva y supletoriamente el reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado, o si por el contrario el plazo de tramitación sería de 12 meses, en virtud de las modificaciones introducidas por el artículo 92 bis puntos 10 y 11 de la Ley 27/2013, que atribuye la competencia al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal, tanto para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, así como para la imposición de sanciones: Son órganos competentes para la imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes: El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal. (Artículo 92 bis.11 de la Ley 27/2013). El razonamiento del juzgador de instancia es que, atribuyendo la competencia al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para la instrucción y sanción de las infracciones disciplinarias muy graves, el procedimiento que debe seguirse es el establecido con carácter general para los funcionarios de la Administración del Estado regulado en el RD 33/1986, que ha sufrido una modificación en cuanto al plazo en el que debe tramitarse el expediente disciplinario, introducida por la disposición adicional 29 de la Ley 14/2000, que establece respecto procedimiento disciplinario de los funcionarios de la Administración general del Estado; Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real decreto 33/1986, de 10 de enero, el plazo de doce meses. (...) Debe entenderse que el legislador pretende que el órgano instructor y sancionador, en el supuesto de infracciones muy graves, sea el ministro del ramo y que, por tanto, el procedimiento que debe observarse es el establecido con carácter general para la tramitación de los expedientes disciplinarios de los funcionarios públicos del Estado. Esta tendencia legislativa se observa desde el momento en que se atribuyen las competencias para sancionar por las infracciones más graves al Ministro de Administraciones Públicas, y al tiempo se suprimen las competencias del Consejero de Administración Pública de Galicia, en materia de funcionarios con habilitación de carácter nacional, artículo 13.2.17 derogado por la Ley de Galicia 3/2002».

Pero, entrando a conocer del fondo del asunto, concluye que el secretario-interventor recurrente no cometió las infracciones que se le imputaron, considerando que:

«(...) no debe olvidarse que, en el año 2013, existían normas de ámbito nacional que establecían un tope al gasto público y restricciones en el gasto, sobre todo si no se habían aprobado los presupuestos corrientes del ayuntamiento y se encontraban prorrogados los anteriores, con las limitaciones presupuestarias y de gasto que esta prórroga implicaba. (...) A la vista de lo anterior, y aplicándolo al caso que nos ocupa, el tipo sancionador exige el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. Y este incumplimiento no se desprende de los informes emitidos hasta un total de diez, sino que por el contrario parece que la secretaria cumplía con su obligación e incluso salvaba su responsabilidad ante posibles decisiones no ajustadas a derecho, aunque a veces le pudiera el celo profesional. Así se puede deducir de los informes emitidos por otros funcionarios de habilitación nacional obrantes en el expediente. En todo caso, el alcalde, y el pleno del ayuntamiento podrían haber adoptado aquellas decisiones que hubiesen estimado

regap



NOTAS

oportunas para el buen gobierno del ayuntamiento, con independencia del sentido de los informes emitidos. (...).

En relación con la infracción tipificada en el artículo 92.bis.2.i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, debe decirse que se notificó a la secretaria que no debía entrar en el ayuntamiento, que no debía entrar en su despacho y que entregase las llaves de su despacho y de la puerta de acceso al edificio de la corporación local, así como el ordenador de trabajo, en virtud de la existencia de un expediente disciplinario incoado contra ella y la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión provisional de funciones. Estos acuerdos de incoación de expediente disciplinario y de suspensión cautelar de funciones de la secretaria se adoptan por el Decreto de la alcaldía de fecha de 19 de junio de 2013. Esta medida cautelar de suspensión de funciones ha sido anulada por sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2013, dictada en el procedimiento abreviado n.º 145/2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Ourense, por falta de motivación. Se confirmó esta sentencia por la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 16 de abril de 2014 dictada en el recurso de apelación n.º 336/2013. Por tanto, si se ha declarado nula la medida cautelar de suspensión de funciones, que se ejecutó por medio del requerimiento hecho por la Policía Municipal a la hoy recurrente, en fecha 19 de junio de 2013, por el que se le exigía que abandonase su despacho oficial, y el edificio municipal, así como que hiciese entrega de las llaves de ambos, y si tal medida se ha declarado nula por sentencia firme, no puede hablarse de la existencia de una desobediencia a una orden de su superior.

Otro tanto puede decirse del Decreto 22/2013 de fecha 167 de diciembre de 2013, que ordena la incoación de expediente disciplinario a XXXXX, y la suspende cautelarmente de funciones, pues esta suspensión de funciones ha sido declarada nula por sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Ourense por medio de Sentencia de fecha 9 de mayo de 2014 dictada en el procedimiento ordinario n.º 43/2014, quedando firme al inadmitirse el recurso de apelación interpuesto contra la misma por el Ayuntamiento de A Pobra de Trives, por sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 25 de marzo de 2015 dictada en el recurso de apelación, Sentencia n.º 192/2015.»

2 Expropiación forzosa

2.1 Valoración de suelo afecto a sistemas generales. Habrá de atenderse a la situación y clasificación real del suelo. Ya no se aplica la antigua jurisprudencia que obligaba a valorar el suelo rústico como urbanizable programado

El TS, en su Sentencia de 15 de febrero de 2018 (rec. 3262/2016, ponente: Tolosa Tribiño), en un proceso referido a Galicia, realiza las siguientes aclaraciones sobre este particular:

«(...) Haremos a continuación referencia a cómo, en materia expropiatoria, fundamentalmente para llevar a cabo grandes infraestructuras (aeropuertos, autovías, líneas ferroviarias,

etc.), surgió la problemática sobre qué clasificación se debía tener en cuenta a efectos de valorar el suelo rústico o no urbanizable. En este sentido, el Tribunal Supremo desarrolló la denominada doctrina sobre sistemas generales, a tenor de la cual los terrenos clasificados como no urbanizables, o sin clasificación específica, que estuvieran destinados a sistemas generales debían ser considerados a efectos de su valoración como urbanizables, siempre y cuando se destinaran a crear ciudad. Es decir, lo decisivo es que las infraestructuras en cuestión crearan ciudad y estuvieran integradas en el entramado urbano de la localidad de que se trate, lo que no deja de ser una cuestión fáctica, sujeta a las reglas ordinarias de la carga de la prueba (STS de 2 de abril de 2012, entre otras). (...)

Sin embargo, tras la nueva Ley del suelo 8/2007 y su Texto refundido 2/2008, este Tribunal Supremo ha dictado una serie de sentencias en las que considera que ya no es posible la aplicación de la doctrina sobre sistemas generales. Para ello se debe partir (SSTS de 30 de junio de 2014, recurso 4372/2011, y de 13 de febrero de 2015, recurso 2050/2012) de que las situaciones básicas del suelo en la nueva normativa son dos: rural y urbanizado, y que “la inclusión en uno u otro estado constituye una cuestión de hecho”, lo que exige, al tratarse de una situación de hecho, una valoración fáctica de las circunstancias concurrentes al momento de la valoración”. De forma concreta, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, con cita de las dos de 27 de octubre de 2014 (recursos 6421/2011 y 174/2012) y la de 17 de noviembre de 2014 (recurso 1945/2013), niega la posibilidad de aplicar la doctrina de los sistemas generales tras la Ley 8/2007. La fundamentación es la siguiente:

“Sentada pues la procedencia de valorar el terreno expropiado conforme a los preceptos de la Ley 8/2007, corresponde ahora establecer si dicha norma ha modificado los criterios de valoración que se contenían en la Ley 6/1998 respecto al suelo no urbanizado, y especialmente la posibilidad de seguir aplicando la jurisprudencia referida a sistemas generales destinados a crear ciudad, invocada por el recurrente. Esta jurisprudencia, que interpretaba las normas de valoración contenidas en la Ley 6/1998 (en concreto de su artículo 25), en las que se partía de que los terrenos deben tasarse con arreglo a su clasificación urbanística, sostenía como excepción que, en los casos en los que unos terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando la infraestructura que justificase su expropiación estuviese destinada a crear ciudad, lo que obligaba a valorar tales infraestructuras o servicios y su integración en el entramado urbano con el fin de determinar si contribuía a crear ciudad y si su valoración como suelo no urbanizable generaba un indebido aislamiento o singularización respecto de su entorno. El fundamento de esta jurisprudencia se basaba, pues, en el principio de equidistribución de las cargas y de los beneficios derivados del planeamiento, intentando evitar que por razón de su clasificación formal en el planeamiento se perjudicase a aquellos propietarios respecto a los demás propietarios no expropiados que se beneficiarían de la expansión de la ciudad. Esta jurisprudencia había establecido, no obstante, algunas correcciones negándose la aplicación sin más de aquella tesis a las calzadas interurbanas, pues de otro modo se llegaría al absurdo de considerar urbanizable todo suelo sobre el que se proyecte establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas, las carreteras nacionales en toda su extensión y las redes ferroviarias (véase la Sentencia de 29 de abril de 2004, ya aludida, y la más reciente de 16 de junio de 2008 –casación 429/05, FJ 1.º–). La Ley 8/2007 cambia los criterios de valoración del suelo, desvinculando su tasación de su clasificación urbanística, para atender exclusivamente a su situación, así se establece expresamente en el artículo 21.2 de dicha norma, al señalar que el suelo se tasaré en la forma

Regap



NOTAS

establecida en los artículos siguientes, según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive. Se atiende, por tanto, a la situación fáctica o real del terreno en el momento de su valoración, distinguiendo en su artículo 12 dos situaciones posibles: suelo rural o suelo urbanizado.

La situación de suelo rural no sólo se aplica a los terrenos que tradicionalmente se han considerado como tales, por estar excluidos del proceso de transformación urbanística o por la protección de sus valores ecológicos, agrícolas, ganaderos y forestales, entre otros, sino también (artículo 12.b) para el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado siguiente.

Por el contrario, tan sólo puede valorarse como suelo urbanizado el que se integra de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, contando con todas las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística sin o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento. De ahí que no se alcanza la consideración de suelo urbanizado hasta que se ha concluido el proceso de urbanización.

Así, el suelo rural, tal y como ha sido definido por la ley, se valora, según dispone el artículo 22 de dicha norma, mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración sin que en ningún caso (...) podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados.

En definitiva, la Ley 8/2007 desvincula la valoración del suelo de su clasificación urbanística y atiende únicamente a su situación fáctica como suelo completamente urbanizado. En palabras del Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 141/2014 de 11 de septiembre, la actual opción del legislador de desligar definitivamente la valoración de la clasificación del suelo persigue, por otra parte, tal y como se explica en la exposición de motivos de la ley, paliar la especulación, en línea con el mandato constitucional ex artículo 47 CE, y lograr que la valoración se lleve a cabo conforme a “lo que hay” y no a lo que “dice el plan que puede llegar a haber en un futuro incierto”, a cuyos efectos la ley distingue dos situaciones: la de suelo rural, que es aquel que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y la de suelo urbanizado, que es el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización. Ambos se valoran, como sigue razonando la exposición de motivos, “conforme a su naturaleza, siendo así que sólo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque dicho destino ya se ha hecho realidad.

Este cambio también afecta a los suelos que se destinen o por los que vayan a discurrir infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, como es el caso que nos ocupa, pues también en estos casos se atenderá a lo que la norma denomina situación básica de los terrenos. Y así lo dispone expresamente el artículo 12.2 en su apartado segundo al disponer que este criterio de valoración será también de aplicación a los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, tanto si estuvieran previstos por la ordenación territorial y urbanística como si fueran de nueva creación, cuya

valoración se determinará según la situación básica de los terrenos en que se sitúan o por los que discurren de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Tales previsiones normativas no permiten tomar en consideración las características de la infraestructura que justifica la expropiación ni su influencia en el desarrollo posterior de la ciudad, para atender únicamente a la situación fáctica de los servicios urbanísticos con los que cuenta la finca expropiada en el momento de su valoración, por lo que no resulta posible aplicar la jurisprudencia de sistemas generales invocada por el recurrente, dado que ya no es posible valorar el suelo rural como si estuviera de facto urbanizado y contase con todos los servicios urbanísticos necesarios, por el hecho de que transcurra una infraestructura supramunicipal, con independencia de sus características y su integración en el planeamiento municipal”.

En definitiva, a la hora de valorar los terrenos que se vean afectados por una expropiación para ejecutar una infraestructura supramunicipal, habrá de estarse a su situación real, tal y como se dispone en la actual legislación del suelo estatal, con independencia de que dicha infraestructura pueda o no crear ciudad y de que esté contemplada en el planeamiento municipal”».

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por omisión de evaluación ambiental estratégica

El TSJG, en su Sentencia de 31 de mayo de 2018 (rec. 4311/2016, ponente: Recio González), declara la nulidad total del Plan General de Ordenación Municipal de Muxía, aprobado definitivamente por Orden de la Xunta de Galicia de 11 de abril de 2016, por haberse omitido durante su tramitación la preceptiva evaluación ambiental estratégica (EAE). Entre otras consideraciones incide el tribunal en:

«(...) Que no se aplique la Ley 21/2013 puede derivarse de su DT 1.ª. Pero se aplica la Ley 9/2006. (...) una cosa es que consideren que no hay vulneraciones a los valores ambientales protegidos y otra que no haya de someterse por ello a la EAE, cuando admiten que son terrenos integrados en la Red Natura. No puede compartirse que por su sola clasificación, a efectos urbanísticos, se haya de llegar a la conclusión de que ya son objeto de protección integral, porque una cosa es la correcta clasificación del suelo de acuerdo con la normativa urbanística, y otra distinta que no se someta a EAE, sin que puedan las administraciones demandadas determinar sin respetar la ley cuáles son los posibles riesgos medioambientales decidiendo en base sólo a la clasificación del suelo qué es lo que ha de someterse o no a la EAE. A ello ha de añadirse que el propio testigo-perito admite que el término municipal está incluido en el LIC, en concreto cinco parroquias. De forma que cabe decir que, si bien el requisito temporal se cumple para la obligación de la EAE, lo que falta es la motivación para no someterlo. (...) No se puede compartir esta motivación para la declaración de inviabilidad porque, conforme señala la ley, nos hallamos ante un supuesto contemplado en su artículo 6: es un municipio que en gran parte se encuentra en la zona de especial conservación ZEC Costa da Morte delimitada en el Decreto 37/2014, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia y se aprueba el plan director

Regap



NOTAS

de la Red Natura 2000 de Galicia (en concreto, todos los terrenos situados entre la playa de Area Maior y la desembocadura del río do Castro). La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, contiene en su artículo 46 las medidas de conservación de la Red Natura 2000: *“Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el espacio, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho espacio. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el espacio y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del espacio en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública. Los criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio serán fijados mediante orden del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.*

No se evaluaron los efectos significativos sobre el medio ambiente de las determinaciones del PGOM de Muxía, por lo que procede, con estimación de la demanda y al considerar no suficientemente justificado el no sometimiento del plan a la evaluación ambiental estratégica, la estimación de la demanda y consiguiente anulación del mismo, por la falta de sometimiento a evaluación ambiental estratégica del PGOM de Muxía, afectando a áreas de Red Natura y no justificarse debidamente la omisión del procedimiento ambiental legalmente exigido».

3.2 Plan de delimitación de espacios y usos portuarios de puerto de interés general. Nulidad por omisión de evaluación ambiental

La Sentencia de 4 de diciembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 324/2015, ponente: Ruiz Piñeiro) declara la nulidad de la Orden del Ministerio de Fomento 822/2015, de 13 de abril, por la que se aprobó la Delimitación de Espacios y Usos Portuarios (DEUP) del Puerto de Vigo, toda vez que:

«(...) la tramitación de la DEUP impugnada debió ser sometida al correspondiente trámite de evaluación ambiental. En primer lugar, debemos destacar que la zona afectada está parcialmente incluida en la Red Ecológica Europea Natura 2000, en los términos que refleja el actor en el escrito de conclusiones. A estos efectos baste señalar que el recurrente afirma que están expresamente en la zona de servicio marítimo del Puerto de Vigo las aguas adyacentes de las Islas Cíes, parte interior de la ría, así como la ensenada de San Simón y partes afectas a la Costa de A Soavela y las islas Estelas. Podría resultar afectado el Parque Natural Terrestre de las Islas Atlánticas, la referida Red Natura 2000 y Lugares de Importancia Comunitaria de Galicia. Ninguna alusión a todo ello se hace en la resolución de 2012 que obra a los folios 245 y siguientes del expediente, que realiza una fundamentación genérica, limitándose a afirmar que la versión definitiva de la modificación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios del Puerto de Vigo no define un marco para futuros proyectos ni supone afecciones significativas sobre el medio ambiente. En segundo lugar, nos parece también

relevante que la innecesariedad del trámite de evaluación ambiental se decide en la citada resolución de 2012, pero el DEUP que se impugna fue posteriormente modificado respecto del que examinó la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente».

3.3 Demolición de edificaciones en ejecución de sentencia anulatoria de licencia urbanística dictada en un proceso contencioso-administrativo. Protección, en el incidente judicial, del propietario tercero de buena fe

En la Sentencia del TS de 25 de mayo de 2018 (rec. 325/2016, ponente: Tolosa Tribiño), referida a Galicia, se clarifica la interpretación de la garantía establecida en el artículo 108.3 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (modificado por la Ley orgánica 7/2015) en favor del propietario (tercero de buena fe) de edificaciones que deben demolerse en ejecución de sentencia anulatoria de su licencia urbanística, en los siguientes términos:

«(...) Se sostiene por la parte recurrente que la única interpretación del precepto sería fijar por parte del juez y en ejecución de sentencia el importe de la indemnización a resarcir, el responsable de la misma y una fecha para su abono al tercer afectado, integrando para ello dentro del incidente de ejecución de sentencia la tramitación por parte de la Administración pública de un expediente de responsabilidad patrimonial del que resulten tales datos. La Sentencia [del Tribunal Supremo] de 21 de marzo de 2018 contiene distintos razonamientos que nos permiten alcanzar una conclusión contraria a la sostenida en el recurso (...). Concluye la sentencia “que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la Ley jurisdiccional”. (...)

Por esas razones y en lo referente a la pretensión ejercitada, la sentencia rechaza que, hasta el momento en que se resuelva sobre la determinación del carácter debido de las indemnizaciones, no se proceda a la demolición de las viviendas, pues “tal demolición no se condiciona a esa determinación sino a la prestación de garantías suficientes en los términos que ya hemos indicado antes, de la misma forma que la adopción de las medidas necesarias al efecto no suspende el procedimiento de ejecución y no impide, por lo tanto, que también se vayan adoptando las medidas convenientes para hacer efectiva en su momento la demolición, como es el caso del requerimiento al Gobierno de Cantabria que se acuerda en el auto

regap



NOTAS

impugnado, a efectos de identificar la persona responsable del derribo e informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo al respecto y que se cuestionan por la recurrente”.

(...) A mayor abundamiento, ninguna incompatibilidad se advierte entre el hecho de que la Administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, con la concreta aplicación del artículo 108.3 LJCA, dado que, si dicho expediente culmina y se abonan las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del precepto controvertido, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos. (...) En definitiva, lo que resalta la resolución que es objeto de recurso, en consideración que compartimos, es el fraude de ley que supondría que el ayuntamiento nunca resolviese el expediente de responsabilidad patrimonial y el presunto perjudicado no reaccionase ante la desestimación presunta de su reclamación, pues así se obtendría, de hecho, una inejecución indefinida de una sentencia firme, conculcando el derecho a la ejecución de las sentencias, que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la Constitución. (...).

OCTAVO.- En concreto lo que plantea el recurrente es si “el tercero implicado en el asunto de este recurso debe ser considerado como tal, puesto que el promotor en cuestión desde el momento en que presentó una solicitud de licencia de obras y la obtuvo con todos los parabienes de la Administración, siendo anulada a posteriori por los tribunales de justicia con la consiguiente demolición, en esas circunstancias tiene un marcado carácter de tercero de buena fe a la luz de nuestro derecho civil y administrativo, sobre todo cuando no se ha demostrado lo contrario”. Este tema es una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto, exigiendo analizar si esa condición de terceros sólo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si también cabe extenderlo a quienes disfrutan del inmueble por otro título, como por ejemplo el arrendatario, o si cabe considerar como tal al promotor o constructor respecto de las viviendas no enajenadas, etc., como ocurre en el presente caso. (...) DÉCIMO: Lo primero que cabe aclarar es que la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias. No obstante, y en consonancia con el criterio expuesto en nuestra anterior sentencia, debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación. Consecuentemente, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3 viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso. En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del artículo 108.3 LRJCA».

3.4 Disciplina urbanística. El expediente tramitado para cumplir una sentencia de condena por inactividad de la Administración no se halla sometido a plazo de caducidad

En la Sentencia del TSJG de 19 de abril de 2018 (rec. 4458/2017, ponente: Recio González) se clarifica la inaplicación de la institución de la caducidad a los expedientes administrativos de disciplina urbanística que se tramitan para cumplir la condena judicial a un ayuntamiento de restaurar la legalidad urbanística infringida por un particular, con el siguiente argumento:

«(...) En la sentencia se fijaba un plazo procesal para su cumplimiento, en concreto de tres meses, transcurrido el cual no puede considerarse producida la caducidad. Se trata de un plazo procesal, no se pone en duda que ha transcurrido, pero la solución acogida en la sentencia apelada, además de no estar prevista legalmente, conllevaría a la utilización de esta vía fraudulenta por la Administración de dejar transcurrir los plazos concedidos para la ejecución de sentencia, o bien el plazo general contenido en el artículo 112 de la LJCA, sabiendo que de esta forma se produciría la caducidad. La misma no sería apreciable aun transcurriendo el plazo de caducidad de un año previsto en la LOUGA para tramitar el procedimiento en urbanismo cuando se trate de un procedimiento de ejecución de sentencia, sin perjuicio de que de transcurrir sea declarada, puesto que nunca se produce automáticamente, y que en ejecución de la sentencia se inicie la tramitación de un nuevo procedimiento, sin perjuicio de la conservación de los actos que sean válidos».

regap



NOTAS

4 Personal

4.1 Cese de funcionarios temporales. Sólo tienen derecho a percibir una indemnización si el vínculo de interinidad ha incurrido en fraude de ley

La Sentencia del TSJG de 6 de junio de 2018 (rec. 100/2018, ponente: Rivera Frade) desestima la reclamación indemnizatoria planteada por el cese de una funcionaria interina de la Universidad de Vigo tras más de seis años desempeñando un puesto vacante, al considerar que:

«(...) es verdad que nos encontramos en este caso ante una prestación de servicios de la apelante como funcionaria interina de forma ininterrumpida durante 6 años y medio, en la misma categoría profesional, en el mismo campus y para la misma Administración pública. Y lo ha sido para atender necesidades no de urgente necesidad, sino estructurales y permanentes de la Administración. Pero esto fue lo que justificó su nombramiento como interina para ocupar el puesto de trabajo litigioso, y lo ha sido por vacante en virtud de dos nombramientos sucesivos, esto es, por carecer de titular el puesto que ocupaba. (...) No existe una norma que fije una duración máxima de la relación de interinidad, sino que se podrá mantener durante el tiempo en que la plaza para la que ha sido nombrado se mantenga en situación de vacante, lo cual constituye una de las causas previstas en la ley para la cobertura por funcionario interino (...). El único incumplimiento que se podría atribuir a la Administración es (...) el del artículo 70 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el retraso en la ejecución de las ofertas públicas de empleo, esto es, el retraso en poner en marcha los mecanismos que el ordenamiento jurídico arbitra para que la situación de vacancia no se prolongue en el tiempo (...). En definitiva, al no entenderse que se haya producido un abuso

en los nombramientos de la actora como funcionaria interina y su mantenimiento durante los seis años y medio en que estuvo ocupando el puesto de trabajo litigioso, decaen no sólo los argumentos en base a los cuales invoca su condición de personal indefinido no fijo, sino también, y por derivación de lo anterior, aquellos en virtud de los cuales alega haber sido privada de la posibilidad de participar en un proceso selectivo para adquirir la plaza en propiedad, y decae también la posibilidad de ser indemnizada con una indemnización equivalente a 20 días de año trabajado, pretensión esta última que, según se desprende de la cita que hace en su recurso de la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de diciembre de 2017, la anuda a la existencia de un uso abusivo y fraudulento de los nombramientos, lo cual ha sido descartado».

El mismo TSJG, en su Sentencia de 30 de mayo de 2018 (rec. 283/2017, ponente: Seoane Pesqueira), reconoce frente a la misma universidad el derecho de otro auxiliar interino, con vínculo temporal fraudulento pero correctamente cesado, a percibir una indemnización equivalente al salario de 20 días por año de servicio, con los siguientes argumentos:

«(...) El problema surge cuando, una vez apreciado tal carácter abusivo o fraudulento de las prórrogas de nombramientos, han de concretarse las consecuencias jurídicas, ya que en el caso presente previamente se ha producido la ejecución de la RPT aprobada en 2016 y la cobertura reglamentaria de la plaza, de modo que no cabe la declaración de indefinido no fijo del actor (...); por ello tampoco puede ser aplicable el artículo 28.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia (...), ya que no ha existido una sentencia judicial firme que reconociese la situación laboral de carácter indefinido (...). De cara a buscar la consecuencia al encadenamiento fraudulento de nombramientos temporales en casos como el presente de cobertura reglamentaria de la plaza, hoy la jurisprudencia social se encuentra resumida en la Sentencia de 28 de marzo de 2017 del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (recurso 1664/2015), según la cual, si se amortiza la vacante o se produce la cobertura reglamentaria de la plaza, se indemniza como si se tratase de despido por causas objetivas, esto es, 20 días por año de servicio (...). Incumbe al juez nacional el hallazgo de una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos con las personas que prestan servicios para la Administración en régimen de derecho administrativo (...). Es decir, la solución por la que ha optado el juzgador "a quo" es la procedente en el caso presente, una vez que ha de desecharse la readmisión del demandante».

4.2 Personal interino para ejecución de programas de carácter temporal. La Administración no incurre en fraude si se prolonga la interinidad durante varios años por la prórroga del programa. Inexistencia de derecho a indemnización por cese

En su Sentencia de 25 de abril de 2018 (rec. 48/2018, ponente: López González) desestimó la reclamación formulada frente a un ayuntamiento por el cese de un funcionario interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal, tras siete años de servicios, con la siguiente motivación:

«(...) Se nombró, por Decreto de 14 de mayo de 2010, a la demandante auxiliar administrativa, en condición de funcionaria interina, grupo C2, habiendo tomado posesión de su puesto de trabajo el 18 de mayo del mismo año. Tal nombramiento tenía por objeto el desarrollo de

las funciones inherentes a la ejecución del Proyecto URBAN para la regeneración urbana de los barrios históricos de origen de la ciudad marítima de Ferrol, y mientras estuviese vigente el mismo. El referido proyecto requería la tramitación de expedientes de contratación en la unidad correspondiente que no disponía de personal suficiente a tal fin, y eso motivó la interina adscripción de la actora a esa unidad, en la que realizó tareas administrativas en relación a las contrataciones que el proyecto generaba, así como respecto de otros expedientes contractuales ajenos al mismo. Dicho proyecto se mantuvo en vigor hasta su conclusión el 31 de diciembre de 2016. (...) Estamos ante un nombramiento por razón de urgente necesidad para el desempeño de funciones propias de un funcionario de carrera cuando concurren determinadas circunstancias, en este caso, la ejecución de un programa de carácter temporal, además de las propias de la unidad, y esa situación es la que define al funcionario interino.

(...) Ciertamente es que el Proyecto URBAN se extendió en su ejecución y desarrollo hasta el 31 de diciembre de 2016, rompiendo las iniciales previsiones que lo extendían hasta el 30 de junio de 2011, y que durante ese tiempo la actora hubo de tramitar expedientes de contratación ajenos a la materia del proyecto en sí, pero no lo es menos que, por un lado, ello supuso una ventaja o beneficio para la recurrente, que vio así prolongada su actividad de trabajo respecto de la inicialmente prevista, máxime cuando para aquella ejecución, al margen de previsiones temporales, no se fijaba un plazo concreto que resultó prolongado en el tiempo y que concluyó por aplicación de la Ley 15/2014, de 18 de septiembre (modificativa del artículo 10 de la Ley 7/2007), que sí introdujo una duración máxima para la ejecución de cuatro años; y, por otro, que si el incremento de personal en la unidad tenía por objeto no sólo la ejecución del repetido programa, sino también la no paralización de la tramitación del resto de expedientes de contratación ajenos al proyecto, lógico parece que la actividad de la actora no se constriñera exclusivamente al programa y hubiera de tramitar igualmente el resto de expedientes. Y si lo autorizan los artículos 10 del Estatuto básico del empleado público y 25 de la Ley de empleo público de Galicia, bajo el concepto de acumulación de tareas. (...) En consecuencia, el puesto que ocupaba la actora era de carácter temporal, no estructural; su nombramiento no tenía por objeto la cobertura de necesidades de carácter permanente; no aparece recogido en la relación de puestos de trabajo; y, por ello, no cabe hablar de fraudulento nombramiento de la actora ni de renovación o sucesivas y concatenadas contrataciones de la misma para dicho puesto de interina que permitan hablar de nombramientos de carácter indefinido en los términos a que alude la directiva comunitaria invocada o la jurisprudencia sentada en su desarrollo. Y su cese se ajustó a lo previsto: la expiración del Proyecto URBAN o, lo que es igual, la desaparición de las razones de necesidad que determinaron el nombramiento».

4.3 Reclamación de los enfermeros de centros sanitarios públicos de reconocimiento como “tiempo efectivo de trabajo” el consumido en el cambio de turno para la transmisión de información sobre el estado de los pacientes (solape)

La Sentencia del TSJG de 18 de abril de 2018 (rec. 31/2018, ponente: López González) desestima la reclamación formulada por los enfermeros de un centro hospitalario público de reconocimiento como tiempo efectivo de trabajo el habitualmente dedicado por encima de su jornada laboral, en el momento de cambio de turno, a la transmisión de la información

Regap



NOTAS

clínica relevante para garantizar la continuidad asistencial en el servicio –“solape”–. Afirma lo siguiente al respecto:

«(...) Coincide este tribunal con el parecer del juzgador de instancia en lo que se refiere a las ventajas que para el buen funcionamiento de los servicios asistenciales derivarían de la contemplación y regulación normativa de ese periodo dedicado a la información clínica y asistencial de los pacientes. Tal coincidencia de criterio se produce también en cuanto al no reconocimiento, en el presente caso, de ese pretendido exceso de jornada/tiempo de trabajo/solape.

En la Comunidad Autónoma de Galicia no existe norma legal o reglamentaria ni acuerdo convencional entre las partes interesadas que avale la pretensión de las actoras. Tampoco ha quedado acreditado de forma fehaciente que las demandantes, de modo habitual, cumplieren el trámite informativo a que aluden y dediquen a ello el tiempo que indican. Si es que lo hacen, no cabe duda de que es por su propia voluntad, conducta que resulta plausible, pero que, en modo alguno le puede ser exigida, y no podría serlo sin regulación previa.

Lo que las recurrentes postulan no es el reconocimiento de un derecho, pues este no existe al no encontrar sustento normativo en que asentarse; no cabe instar el reconocimiento de un derecho inexistente; lo que piden no es sino una alteración del régimen de su jornada de trabajo y dicha alteración sólo puede venir determinada por una regulación normativa que emane de una previa negociación entre los representantes de los empleados y los órganos directivos de la Administración. Ello supondría una reorganización del sistema, en este caso, de la jornada de trabajo, respecto de la cual este órgano jurisdiccional nada puede decidir so pena de excederse en su cometido e invadir la esfera de acción de la concertación social. Hubiera podido prosperar la pretensión deducida si, efectivamente, el SERGAS impusiese a sus empleados, en atención a un concierto previo, o incluso tolerase, en ausencia de normativa legal o convencional, una prolongación de la jornada a aquel fin informativo, lo que aquí no sucede. De ahí que la pretensión de las actoras haya de conceptuarse como el ejercicio de un derecho de petición acerca de una nueva ordenación de la función pública sanitaria, seguramente más idónea y acertada que la actual para el desarrollo del servicio y que las partes implicadas debieran estudiar de cara al futuro, pero en modo alguno de un derecho individualmente reconocible que, por el momento, carece de amparo normativo en nuestro ordenamiento.

QUINTO.- Que en otros servicios de salud de diferentes comunidades autónomas se contemple y regule ese derecho al exceso de jornada/tiempo de trabajo/solape no determina su extrapolación, sin más, a la Comunidad gallega, aun cuando sí pueda servir de ejemplo para que se inicie, al menos, el estudio de la posibilidad de acoger idéntica solución. De ahí que la sentencia invocada por la parte recurrente, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), en fecha 21 de abril de 2016, confirmada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 (recurso n.º 170/2016), no pueda producir, en el presente supuesto, el efecto pretendido por la representación apelante. Y ello por las siguientes razones:

1.º- Porque en ese caso el recurso era formulado por la central sindical de enfermería SATSE en representación del colectivo de enfermeros.

2.º- Porque, aun cuando el pacto de concertación social en Andalucía no definía el concepto de jornada de trabajo ni contemplaba el exceso por solape, lo cierto es que estaba acreditado el tiempo dedicado a esa información clínica como práctica habitual, lo que no sucede en el caso que nos ocupa.

3.º- Que no debemos olvidar que se trata de una sentencia recaída en el marco de la jurisdicción social, en la que se resuelve un supuesto de conflicto colectivo, que presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa. Por el contrario, en el caso enjuiciado, estamos ante un conflicto de intereses o económico que tiene como finalidad la modificación del orden jurídico preestablecido, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2000 –recurso 2980/99–; de 01 de junio de 2010 –recurso 73/09–; de 13 de mayo de 2014 –recurso 109/13–; de 21 de octubre de 2014 –recurso 308/13–; y de 20 de enero de 2015 –recurso 207/13–). Y

4.º- Porque SATSE no pretendía –en manera alguna– alterar el orden normativo que rige las relaciones de los enfermeros con la demandada APESH, sino tan sólo que un determinado periodo de actividad interturnos, procesalmente acreditado y no expresamente regulado en el convenio colectivo, obtenga el tratamiento de tiempo efectivo de trabajo que impone la obligada aplicación de la Directiva 93/104/CE. Y esto no es alterar el orden jurídico establecido y cambiar las condiciones de trabajo, sino –antes al contrario– aspirar a que la empresa respete y haga efectivas las normas de obligado cumplimiento. Y ha de observarse también –con ello volvemos a la cuestión revisoria tratada en el precedente fundamento jurídico, in fine– que esta sala ya ha indicado en alguna ocasión que el hecho de que «las partes intenten solventar el objeto litigioso al margen del cauce judicial en absoluto supone que no haya posibilidad de residenciarlo ante los tribunales... No se trata de decidir cómo han de ser las cosas (conflicto de intereses), sino cómo son a la vista de las normas aplicables (conflicto jurídico)» (literalmente, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015 –recurso 56/14–)».

4.4 Restricciones a la cobertura de puestos de trabajo de la Administración autonómica por personal laboral

La Sentencia del TS de 5 de junio de 2018 (rec. 3174/2015, ponente: Teso Gamella) confirma en casación la sentencia del TSJG anulatoria de un precepto del Decreto de la Xunta de Galicia 1/2014, de 9 de enero, regulador del Centro de Recuperación Integral para Mujeres que Sufren Violencia de Género, en el que se preveía la posibilidad de que su director fuese contratado en régimen laboral (alta dirección). Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) La Administración recurrente postula que resulta de aplicación al caso el denominado personal de “alta dirección” por aplicación directa del artículo 13 del EBEP (con sus caracteres de naturaleza directiva, mérito y capacidad, eficacia y eficiencia, y si es laboral resulta aplicable el régimen especial de la “alta dirección”).

Regap



NOTAS

Conviene, antes de nada, recordar la clasificación de los empleados públicos que hace el artículo 8 del EBEP, cuando distingue entre: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. Y d) Personal eventual. En este orden de cosas, la definición, por lo que hace al caso, del personal laboral, en el artículo 11 de la misma ley, comprende a aquellos que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, prestan servicios retribuidos por las administraciones públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Pues bien, son las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto las que establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, como dispone el citado artículo 11. Y esa llamada es cubierta por el artículo 27 de la Ley de la función pública de Galicia, según la interpretación de la norma autonómica que realiza la sala de instancia, cuando establece como norma general la provisión de los puestos de trabajo de la Administración y sus organismos autónomos por el personal funcionario, relacionando seguidamente las excepciones a dicha norma, entre las que no se incluye el supuesto ahora examinado. Del mismo modo, el artículo 13 del EBEP comienza señalando que el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los principios que a continuación establece dicho artículo 13 (personal directivo, mérito y capacidad, eficacia y eficiencia, y cuando es laboral se rige por el régimen especial de la "alta dirección"). Lo cierto es que el puesto de directora del centro, del artículo 3.2 del decreto impugnado en la instancia, atendidas las funciones que describe el artículo 4 del mismo decreto, no encaja en la definición del personal directivo que hace el artículo 13.1 del EBEP, cuando declara que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. Téngase en cuenta que dichas funciones directivas profesionales no se corresponden con las que se enumeran en el citado artículo 4 del decreto impugnado en la instancia. Esto es, funciones de coordinación, velar por el cumplimiento de los derechos, elaborar memorias, informes y estadísticas, y realizar labores de asistencia y gestión que se encomienden por la Secretaría General de Igualdad.

CUARTO.- Debemos reparar, además, en que la disposición final primera del decreto impugnado en la instancia realiza la caracterización del centro creado, cuando prevé que dicho Centro de Recuperación Integral para Mujeres que sufren Violencia de Género se configura como una unidad adscrita a la Secretaría General de Igualdad, que tiene competencias en materia de atención integral a las víctimas de la violencia de género. (...)».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Legitimación activa ad procesum de sociedad de responsabilidad limitada. Necesidad de adoptar previamente acuerdo societario para promover el litigio. Es posible subsanar su omisión a lo largo del proceso

La Sentencia del TS de 1 de junio de 2018 (rec. 1056/2016, ponente: Córdoba Castroverde) revoca la del TSJG impugnada que había inadmitido un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad de responsabilidad limitada por no haber adoptado antes del inicio del proceso el preceptivo acuerdo corporativo de promover el pleito. Incide el alto tribunal en esta sentencia en que:

«(...) no es exigible que la autorización para litigar deba adoptarse con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo. A la vista de esta jurisprudencia, la decisión del tribunal de instancia considerando que la ausencia de un acuerdo corporativo previo era insubsanable es contraria al artículo 138 de la LJ en relación con el artículo 45.2.d) de la LJ y a la jurisprudencia antes señalada. Es por ello que el defecto apreciado era subsanable y el tribunal debió entrar a valorar el documento presentado en el trámite de conclusiones, siendo indiferente que el acuerdo aportado llevase fecha posterior a la interposición. Todo ello conlleva la estimación de este motivo y exige entrar a considerar si el documento presentado sirve para acreditar el presupuesto exigido en el artículo 45.2.d) de la LJ.

CUARTO.- Acuerdo adoptado por los administradores mancomunados de una sociedad de responsabilidad limitada. Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en innumerables sentencias sobre las exigencias de este requisito procesal, en las que se ha afirmado que se trata de acreditar la decisión de litigar de una persona jurídica, que habrá de ser tomada por el órgano a quien las normas reguladoras de esta atribuyan tal facultad, con el fin de evitar el riesgo de iniciar un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. (...) La acreditación de ese extremo es, por lo demás, bien sencilla. A falta de una previsión estatutaria ad hoc que atribuya algún ámbito de intervención a la Junta General, se entiende que esa decisión corresponde ex lege al administrador (artículo 209 de la Ley de sociedades de capital), por lo que basta aportar los estatutos y verificar si existe alguna cláusula atributiva de competencia a la Junta General en la materia que nos ocupa. Si no la hay, es decir, en defecto de previsión específica atributiva de competencia a la Junta General, adquiere plena operatividad la competencia inicial y general que la Ley societaria atribuye al administrador; pero en todo caso hay que examinar los estatutos, pues esa competencia del administrador para acordar el ejercicio de la acción no puede presumirse, desde el momento que la Ley de sociedades no la establece necesaria e incondicionalmente, ni la da por supuesta».

5.2 Posibilidad de suspender el proceso al plantearse una “cuestión prejudicial contencioso-administrativa”

La Sentencia del TSJG de 2 de mayo de 2018 (rec. 7029/2017, ponente: Cibeira Yebra Pimentel) reconoce la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia en un proceso

regap



NOTAS

contencioso-administrativo a la espera de que se resuelva otro conexo en trámite ante otro órgano judicial superior:

«(...) carecería de toda lógica que se resolviera este pleito actual (sobre los efectos de dicha acta), antes de que se resolviera el litigio principal en el que se sustancia la cuestión clave de que depende, litigio que, además se está sustanciando en primera y única instancia ante un órgano superior al juzgado, como es la Sala del TSXG, por lo que, con arreglo a los criterios al respecto de la Ley de enjuiciamiento civil, aplicable por analogía con carácter supletorio, procedía suspender el curso de las actuaciones hasta que se resolviera con sentencia firme el referido proceso conexo. Frente a ello, nada valen los argumentos del recurso que pretenden desvirtuarlos, porque, en la línea interpretativa mantenida en el escrito de oposición al mismo por parte del INSS, aunque el objeto de este otro sea la liquidación resultante del alta de oficio, está claro que esta depende esencial y exclusivamente de la propia declaración de esta y es su consecuencia necesaria en todos los aspectos. No se vulnera, por tanto, lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC ni el artículo 22 de la Ley 23/2015, ordenadora del sistema de inspección del trabajo y seguridad social. Por otro lado, por mucho que se insista en que el acta del alta de oficio no es presupuesto del acta de liquidación y que esta última es independiente de aquella, con razón se insiste en la oposición al recurso en que hay una clara ligazón y conexión entre ambos procedimientos, sin que se discuta en modo alguno la competencia y funciones de la TGSS, sino la vinculación entre la declaración del alta y la liquidación sobrevenida como consecuencia de ella, no siendo razonable sostener que pueda existir un acta de liquidación independiente del acto del alta de oficio, ya que, con los matices que se dice, sería prácticamente imposible la existencia de un acta de liquidación por un trabajador si este no está dado de alta, de lo que hay que deducir que los actos de Inspección del Trabajo y de la TGSS eran totalmente conexos e interdependientes en este caso, ya que, aunque se tramiten de manera separada, están totalmente ligados y es imposible resolver uno sin tener en cuenta el otro. En cuanto a la alegación en la apelación de falta de litispendencia entre uno y otro acto, es claro que el auto del juzgado no acude a esa institución para la solución del conflicto, ya que, aun siendo cierto que provienen de actos diferenciados dictados por organismos distintos, hay tal grado de conexión entre ellos –el artículo 43 de la LEC está bien interpretado y aplicado– que se hace necesario resolver primero el relativo a la vigencia o no del alta de oficio sobre el que se refiere al derivado de las consecuencias del mismo relativas a la liquidación y sanción impuestas partiendo de la consideración de que la situación del alta de oficio es la adecuada, cuando lo cierto es que precisamente eso es lo que está en discusión en el otro recurso y que predetermina con carácter necesario la adecuación a derecho, o no, de la liquidación y sanción discutidas, tal como se justifica con corrección en el último apartado del escrito de la TGSS, con la apropiada mención de la jurisprudencia que se invoca al respecto, ante la evidencia de que no procede resolver sobre lo accesorio de algo principal, que está en espera de ser solucionado en otro recurso distinto y del que dependen necesariamente la posible validez, o no, de las liquidaciones y sanciones practicadas e impuestas en éste».

6 Responsabilidad patrimonial

6.1 Reclamación de indemnización contra la Administración sanitaria por “pérdida de oportunidad”. Legitimación activa de los herederos del paciente fallecido

La Sentencia del TSJG de 7 de abril de 2018 (rec. 365/2017, ponente: Rivera Frade) revoca la de instancia en el sentido de reconocerle a los hijos de la paciente fallecida en un hospital público legitimación activa para solicitar la indemnización por la “pérdida de oportunidad” que sufrió en la atención hospitalaria:

«(...) El hecho de que el fallecimiento haya tenido lugar no a consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria, o mala praxis, sino por una pérdida de oportunidad, dará lugar a que la cuantificación del daño causado se haga de una forma prudente, pero no elimina la posibilidad de que los familiares más directos de la víctima, como son en este caso el esposo y los hijos de la fallecida, pierdan interés legítimo en reclamar una indemnización a su favor, que lo será por la vía de la indemnización del daño moral causado, pues además, habiendo fallecido su madre, titular inicialmente del derecho a reclamar, ese derecho se traslada a sus herederos, quienes podrán ejercitar la acción correspondiente para obtener la reparación a la que se estime que tiene derecho.

Tal como se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), cuando se reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la regla general es que el titular de la indemnización es el/la perjudicado/a, es decir, el particular lesionado o que sufre el daño, por ser el único que tiene derecho a percibirla, y sólo en caso de fallecimiento, o incapacidad legalmente declarada, de quien sufre directamente el daño, pueden reclamar los herederos del perjudicado.

Y si bien no se reconoce legitimación para reclamar a los familiares próximos de quien sufre directamente el daño si este no ha fallecido, pues como se razona en la Sentencia de esta sala de 8 de febrero de 2017 (recurso 312/2016) “para excepcionar la regla general hay que acreditar un daño autónomo o independiente a esos familiares, que no puede limitarse al lógico padecimiento que por lo común se produce, pues si bastara con invocar ese dolor que tiene lugar por hallarse próximo al/la perjudicado/a, la excepción se tornaría en regla general”; sin embargo lo que se cuestiona en el presente procedimiento es la legitimación de los hijos de la víctima fallecida, a los que el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y antes en el Real decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, les reconoce la condición de perjudicados y, en esa condición, están legitimados para reclamar una indemnización, en un caso en el que además, para despejar las dudas expresadas por la aseguradora en su escrito de contestación a la demanda, la parte actora en el escrito de conclusiones dejó claro que la cifra indemnizatoria que se interesa a favor de los hijos y del viudo lo es acorde a la pérdida por el daño moral sufrido con motivo del fallecimiento de su madre y esposa, respectivamente.

Regap



NOTAS

Es incuestionable que los apelantes han resultado perjudicados por el fallecimiento de su madre, y han sufrido un daño moral autónomo que debe ser indemnizado. Por este daño moral se entiende presentada la reclamación en sede administrativa, al margen de que en ella se haya invocado como base de la misma una deficiente prestación de la asistencia sanitaria, y al margen también de que en la sentencia de instancia lo que se ha apreciado ha sido una pérdida de oportunidad. Lo cierto es que el resultado final fue el fallecimiento de su madre y, como ya se ha expuesto, la pérdida de oportunidad no elimina la posibilidad de que los familiares más directos de la persona fallecida pierdan interés legítimo en reclamar una indemnización, aunque su cuantificación deba minorarse respecto de la que les hubiese correspondido de haberse apreciado una mala praxis sanitaria».

7 Subvenciones

7.1 Convocatoria de subvenciones para la financiación de planes de formación de trabajadores. No se puede circunscribir exclusivamente a los sindicatos con mayor representatividad

El TS, en su Sentencia de 29 de mayo de 2018 (rec. 386/2015, ponente: Teso Gamella), estima un recurso de la Confederación Intersindical Galega contra la Orden de la Consellería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia de 13 de septiembre de 2012 que aprobó la convocatoria de subvenciones para la financiación de planes de formación dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas, mediante la suscripción de convenios de ámbito autonómico (DOG 14/09/2012), en cuanto las restringe a los sindicatos y organizaciones empresariales con mayor representatividad. Indica así el Tribunal Supremo que:

«(...) los motivos de casación han de ser estimados, porque para ser beneficiarios de las subvenciones destinadas a la financiación de los planes de formación, dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados, no es necesario que las organizaciones empresariales y sindicales correspondientes ostenten la condición de más representativas. Así, nuestra jurisprudencia ha venido distinguiendo, de un lado, entre los sindicatos más representativos respecto de todo aquello que afecta o está en conexión con su faceta institucional y, de otro, la que ostentan en otros ámbitos de actuación. En particular, hemos declarado que, en materia de subvenciones para actividades de formación y en otras análogas, no cabe excluir como posibles beneficiarios de las mismas a los sindicatos que no tienen la condición de más representativos. En este sentido, por todas, la Sentencia de 13 de mayo de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 1997/2009, que cita sentencias anteriores, se ha señalado que, si bien en relación con la representación institucional de los intereses de los trabajadores ha de reputarse constitucional el otorgamiento de capacidad sólo a los sindicatos más representativos, cuando nos enfrentamos a supuestos consistentes en el derecho a percibir subvenciones para la organización de actividades enmarcadas dentro de los fines propios de los sindicatos “limitar las subvenciones a dichos sindicatos más representativos vulnera el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1, en conexión con el 7 de la Constitución) porque la promoción de los trabajadores se atribuye por la Constitución a todos los sindicatos, sin distinción, y en los fines de promoción han de incluirse las actividades socioculturales y de formación”. También el Tribunal Constitucional había declarado, STC 147/2001, de 27 de junio, que “conculca la libertad sindical el criterio de la mayor representatividad como

criterio exclusivo y excluyente para determinar el acceso de las organizaciones sindicales a unas subvenciones públicas cuya finalidad era susceptible de incardinarse dentro de los fines de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que se atribuyen por la Constitución española a todos los sindicatos sin distinción “(...)” porque este tipo de subvenciones tiene incidencia en el orden competitivo entre los sindicatos, de modo que, si fueren destinadas en exclusiva a los situados en el vértice según los resultados en las elecciones, situaría a estos en una posición superior a los demás para ofrecer mejores servicios a los trabajadores, más allá de los medios propios de que dispongan y de cualquier criterio que tome en consideración la proporcionalidad de los resultados de las elecciones o los costes que puede suponerles la participación en el ejercicio de funciones públicas o cualquier otro extremo que se justifique como no discriminatorio, produciéndose, además, una inducción o presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a determinados sindicatos”.

Pues bien, la solución alcanzada por la sentencia impugnada es contraria, respecto del fondo del asunto, con los artículos 14 y 28.1 de la CE, a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta. De modo que procede haber lugar a la casación, y estimar en parte el recurso contencioso-administrativo únicamente en lo relativo a la mención a esa mayor representatividad de los sindicatos, que hace la convocatoria de subvenciones públicas que acuerda la orden impugnada en el recurso contencioso-administrativo. Desestimándose en recurso contencioso-administrativo en lo demás, referente al resultado de la convocatoria sobre la concesión a la recurrente del plan intersectorial».

7.2 Subvenciones por paralización definitiva de buques de pesca. No es posible exigir directamente su reintegro por haberse otorgado de manera incorrecta. Antes debe tramitarse un procedimiento de revisión de oficio

Así lo concluye el TS en su Sentencia de 4 de junio de 2018 (rec. 1121/2016, ponente: Córdoba Castroverde), confirmatoria de la anulación de una orden de la Xunta de Galicia de reintegro de una subvención de 834.000 euros otorgada por la paralización definitiva de un buque de pesca, con las siguientes consideraciones:

«(...) La Xunta de Galicia invocando el carácter modal de las subvenciones aduce que es obligación de los beneficiarios proceder al reintegro de las ayudas cuando obtenga la subvención falseando las condiciones o incumpliendo las mismas, y en este caso, a su juicio, el beneficiario incumplió la prohibición de no estar incurso en concurso de acreedores antes de la solicitud de ayuda, y presentó una declaración responsable de no estar incurso en prohibición, por lo que se otorgó la ayuda a la vista de la declaración sin comprobar la documentación adjunta de la que se desprendía la situación de concurso. Considera que el carácter modal de una subvención implica que proceda la devolución de lo percibido sin que ello suponga la revisión del acto administrativo declarativo de derechos siguiendo el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 y ss. de la LRPAC.

La cuestión planteada exige partir de la diferencia existente entre el procedimiento de reintegro de una subvención o la revisión de oficio o declaración de lesividad de una resolución administrativa concediendo una subvención, previstos en el artículo 36 y 37 de la Ley general de subvenciones y 103 de la Ley 30/1992. Este tribunal ha sostenido en anteriores sentencias, entre ellas en nuestra reciente STS n.º 556/2018, de 5 de abril de 2018 (rec. 3661/2015),

Regap



NOTAS

que, cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. (...). Ahora bien, cuando lo que se cuestiona, como en el caso que nos ocupa, es la legalidad del acto inicial de la concesión de la subvención o, dicho de otra forma, el error padecido al concederla, no estamos ante un supuesto de reintegro, sino de revisión de oficio o declaración de lesividad porque lo que se pretende es declarar nulo un acto favorable por entender que su adopción fue contraria al ordenamiento jurídico. Tal diferencia se refleja también en la Ley general de subvenciones, en cuyo artículo 36 contempla los supuestos de invalidez de la resolución de concesión por incurrir en algún supuesto de nulidad o anulabilidad de la decisión administrativa de concesión de la subvención, que debe ejercerse mediante la revisión de oficio o la declaración de lesividad, mientras que el artículo 37 regula las causas de reintegro en las que, a diferencia de las anteriores, se trata de incumplimientos de las condiciones u objetivos a los que se sujetó la concesión de la subvención inicialmente válida y ajustada a derecho. En definitiva, mientras que los supuestos excepcionales de reintegro previstos en el artículo 37 de la LGS están referidos a graves incumplimientos a posteriori que perjudican la finalidad de la subvención, por el contrario, los supuestos previstos en el artículo 36 hacen referencia a vicios de nulidad y/o de anulabilidad en relación con el otorgamiento de la subvención que, descubiertos a posteriori, ponen de manifiesto algún tipo de infracción que debió imposibilitar el acto de otorgamiento, lo que exige una previa anulación o una previa declaración de nulidad de pleno derecho. La única excepción es el motivo de reintegro previsto en el apartado a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido que aparece referida a la validez de la decisión de concesión, pero en la que el error aparece inducido por la conducta del solicitante. Ambos procedimientos presentan notables diferencias tanto en su tramitación y plazos de prescripción como en los motivos en los que es posible fundar la decisión de fondo. En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia considera que la Administración pretende solicitar la devolución de la subvención en base a la existencia de una causa que concurría en el momento de su concesión y hubiese impedido su obtención, por lo que de conformidad con la jurisprudencia antes referida no estamos ante un supuesto de reintegro sino ante la obligación de solicitar su lesividad o revisión de oficio salvo que se demostrase que el solicitante de la ayuda falseó u ocultó información que pudiese determinar la aplicación de la causa de reintegro prevista en el artículo 37.a) de la LGS «Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido».

Pues bien, tal y como afirma la sentencia de instancia, no puede considerarse que el solicitante de la ayuda falsease u ocultase la situación de concurso en el momento de solicitar la ayuda. De hecho, de la documentación que acompañaba a su solicitud se desprende dicha situación; en concreto, tal y como afirma la sentencia de instancia, dicha circunstancia se reflejaba en una certificación registral que presentó. A la vista de estos datos no puede sostenerse que la empresa recurrente ocultase información relevante que, de haber sido conocida, hubiese determinado una resolución distinta, pues en el momento de presentar su solicitud de ayuda de la documentación aportada se desprende la concurrencia de la causa que posteriormente la Administración pretende hacer valer para acordar el reintegro de la subvención. Lo cierto es que, de concurrir esta causa legal que impedía su concesión, la Administración debió

apercibirse de su concurrencia y denegar la subvención y, si no lo hizo, otorgando la subvención, no puede acudir a un procedimiento de reintegro. La causa de reintegro esgrimida hace referencia a la invalidez de la concesión inicial por entender que no se cumplían las condiciones necesarias para obtener la ayuda. En definitiva, la Administración considera que la subvención concedida es inválida ab initio y no por el incumplimiento sobrevenido de las condiciones a las que se sujetó su concesión. Es por ello que no puede considerarse que concurriese ninguno de los supuestos de reintegro previstos en la LGS, sino que, en todo caso y sin pronunciarnos ahora sobre su concurrencia, se trataría de un motivo de anulabilidad que hubiese requerido la previa declaración de lesividad y la impugnación del acto por el que se concedió la ayuda ante la jurisdicción contencioso-administrativa esgrimiendo el precepto o preceptos que se considerasen infringidos».

7.3 Reintegro de subvenciones del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Prescripción de la acción para exigir el reintegro

La Sentencia del TS de 8 de febrero de 2018 (rec. 3311/2015, ponente: Arozamena Laso) confirma la estimación del recurso promovido por la Diputación Provincial de Ourense frente a una resolución de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Hacienda que le exigió el reintegro de diez millones de euros de subvenciones del FEDER concedidas para la ejecución de depuradoras de aguas residuales en relación con los proyectos DAREDO y DEPUTRANS del Programa de iniciativa comunitaria INTERREG Cooperación Transfronteriza entre España y Portugal 2000/2006, como consecuencia de las investigaciones realizadas por la Oficina Antifraude Europea (OLAF). Se anuló la resolución impugnada por la única razón de haber prescrito la acción para exigir el reintegro de la subvención:

«(...) Por tanto, hemos de concluir que el plazo de cuatro años previsto tanto en el Reglamento 2988/1995 como en el artículo 39 de la LGS ha de empezar a computarse desde el momento en que se cometió la irregularidad o, en términos del artículo 39.2 de la LGS, desde el momento en que venció el término para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora, que es cuando puede constatarse esa irregularidad. El plazo de prescripción de la acción de reintegro en caso de irregularidades no puede prolongarse todo el tiempo de duración del proyecto cuando se trata de un proyecto general que tiene convocatorias independientes, y los plazos se refieren a cada una de ellas. Es desde estos momentos concretos, al finalizar cada proyecto y justificarse la realización del mismo, cuando debe computarse el plazo de prescripción».

8 Tributos

8.1 Reclamaciones económico-administrativas. El recurrente puede presentar nuevas pruebas en fase de recurso administrativo y contencioso-administrativo

Sobre la posibilidad de aportar nuevas pruebas en fase de recurso administrativo o contencioso-administrativo frente a actos de naturaleza tributaria, el TSJG señala lo siguiente en su Sentencia de 14 de marzo de 2018 (ponente: Gómez y Díaz-Castroverde):

Regap



NOTAS

«(...) la cuestión central del recurso reside en decidir si dicha documentación que se aportó ante el TEAR debió surtir efectos ante el mismo o si el hecho de no presentarla ante la oficina gestora, de alguna manera, precluye el derecho del recurrente a su presentación posterior. (...) cuestión que habremos de resolver en el bien entendido de que se trata de tema abierto y pendiente de resolución definitiva por parte del Tribunal Supremo, como se sigue del ATS 1371/2018, de 19 de febrero (...).

La tesis a favor del límite temporal en la aportación de pruebas parte de la división de fases en el procedimiento de aplicación de los tributos, su distinción con los procedimientos de reclamación y la diferencia también entre estos últimos. En definitiva, y cualquiera que sean las posibilidades que puedan conjugarse en la intervención en los procedimientos de aplicación de los tributos, precluirían las posibilidades probatorias sobre los elementos de la deuda tributaria, sin que sea viable rehabilitar este debate más tarde ante el TEAR o ante el tribunal de lo contencioso-administrativo. (...)

Por el contrario, la tesis a favor de la posibilidad de presentar documentos para su valoración en sede de recurso de reposición ante el TEAR o el tribunal de lo contencioso-administrativo tampoco está exenta de argumentos. Así, la inexistencia de un período probatorio concreto en el procedimiento de aplicación de los tributos y el hecho de que sea secuencial su eventual continuidad mediante la fase de revisión o recurso jurisdiccional es el pivote sobre el que gira la posibilidad de aportar pruebas en cualquier momento anterior a la resolución que haya de dictarse. Si ello ya es perceptible en el artículo 96.4 RGAT, en los procedimientos, lo es también en cuanto al recurso de reposición (artículo 223.4 LGT) o la reclamación económico-administrativa (artículo 237) en cuanto el órgano de resolución estará obligado a pronunciarse sobre las cuestiones de hecho y derecho que el expediente presente. Y si ello es aún en el caso de que este no los haya alegado, parece claro que ello deba efectuarse, con las pruebas presentadas, cuando se alegan expresamente. Por la misma razón, existen argumentos legales para que ello pueda acontecer en el proceso contencioso-administrativo, pues el artículo 56.1 de la ley jurisdiccional autoriza que en justificación de las pretensiones deducidas se puedan alegar cuantos motivos procedan, hayan sido o no alegados ante la Administración. Y el artículo 56.3 autoriza que con demanda o contestación acompañen las partes los documentos en que funden su derecho. Y, lo que es más importante, abunda en dicha postura el que no haya prosperado en el texto final de la reforma de la LGT en el año 2015 el anteproyecto de párrafo sexto del artículo 106, de redacción similar al 96.4 RGAT, y que pretendía, de modo expreso, establecer el límite temporal de aportación de pruebas. (...)

A la luz de lo expuesto no parece que, a la hora de decidir sobre las garantías del contribuyente, por el mismo órgano, se pueda establecer una línea de incomunicación entre lo que es comprobación y revisión, pues la revisión tiene por objeto precisamente la comprobación, por lo cual la documentación relevante podría aportarse con el recurso de reposición, como es el caso de las resoluciones transcritas, o durante la comprobación y, parece lógico, también en el momento intermedio entre una y otra, ya que en otro caso debiera haberse rechazado. Sin que sea preciso abundar en la importante paradoja que supondría que a la vista de aquella documentación la deducción resultara procedente y el órgano de resolución no la tomara en consideración simplemente por no haberse aportado al dar cumplimiento a los requerimientos iniciales. (...) En definitiva, la cuestión gira en torno al equilibrio entre las partes y al principio de buena fe, de suerte que cuando tal equilibrio no se compromete —si la aportación se hace en sede jurisdiccional— o cuando la presentación de la documentación en

sede de recurso de reposición o, más tarde, ante el TEAR no lo es prescindiendo de la buena fe, sino por cualquier otra circunstancia que impidió la presentación anterior, la conclusión a la que debe llegarse es la de aceptar la prueba presentada y valorarla. Cuestión distinta es que ello pueda hacerse en sede de resolución o, a tal efecto, deban retrotraerse las actuaciones para que se valoren por la oficina gestora o la inspección, según los casos. En el presente caso no hemos de entender alterado el equilibrio entre partes, en cuanto que el demandante ha acompañado con el escrito de reclamación documentación que rebate el criterio de la oficina gestora oponiéndose que se pudo presentar antes; pero no es de olvidar que con dicha documentación, incluso rectificada, lo que se pretende es apoyar la impugnación de lo resuelto por la oficina gestora y, en tal situación, lo que parece ponderado es admitir la documentación y resolver en consecuencia. En tal contexto, el recurso deberá estimarse, bien entendido que, tal como se solicita en el suplico de la demanda, el fallo es meramente anulatorio de la resolución de dicho órgano –quien habrá de decidir con retroacción de actuaciones, a la vista de las pruebas practicadas, bien directamente, bien previa remisión a la oficina gestora– pero no puede ser anulatoria de la liquidación impugnada sin dicho trámite y resolución que ahora se acuerda».

9 Universidades

9.1 Efecto vinculante e inderogabilidad singular de los planes de estudios. Improcedencia de la exigencia de superación de examen “B1” de lengua extranjera para la obtención del título de grado

La Sentencia del TSJG de 21 de marzo de 2018 (rec. 357/2017, ponente: Seoane Pesqueira) anula una resolución de la Universidad de Santiago de Compostela que exige para la obtención del grado de Geografía e Historia la superación por los alumnos del examen “B1” de lengua extranjera, al considerar que:

«(...) a partir de la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, modificada por la LO 4/2007, de 12 de abril, en sus artículos 34 y 35, con el desarrollo reglamentario por el RD 1393/2007, en los artículos 24 y siguientes, los títulos y sus correspondientes planes de estudios son propuestos por las universidades, que, tras la evaluación realizada por las agencias evaluadoras competentes, deberán ser sometidos a verificación por el Consejo de Universidades, y autorizada su implantación por la correspondiente comunidad autónoma, producidos cuyos actos el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, declara el carácter oficial del citado título y ordena su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. El artículo 37 de la LO 6/2001, modificada por la LO 4/2007, remite al desarrollo reglamentario la estructura de las enseñanzas universitarias oficiales, de acuerdo con las líneas generales emanadas del Espacio Europeo de Educación Superior, de cara a la obtención de los títulos oficiales correspondientes, y dicho desarrollo ha tenido lugar por el RD 1393/2007, en el cual se establecen asimismo las directrices, condiciones y el procedimiento de verificación y acreditación que deberán superar los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos, previamente a su inclusión en el Registro de Universidades, Centros y Títulos (RUCT), tal como prevé su artículo 1.º.

Regap



NOTAS

Tal como se recoge en la disposición final 1.ª de dicho RD 1393/2007, “Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.30.ª de la Constitución española y en uso de la autorización otorgada al Gobierno por el apartado 1 de la disposición final séptima de la Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, y es de aplicación en todo el territorio nacional”.

En el caso presente, en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 2010 figura la resolución de la USC de 16 de febrero de 2010, por la que se publica el plan de estudios de graduado en Historia, que se produce “obtenida la verificación del plan de estudios por el Consejo de Universidades, previo informe favorable de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, así como la autorización de la Comunidad Autónoma de Galicia, y establecido el carácter oficial del título por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de octubre de 2009 (publicado en el BOE del 5 de enero de 2010 por Resolución del secretario de Estado de Universidades de 13 de noviembre de 2009)”, tal como figura en la misma, es decir, después de que se hubiera seguido el procedimiento a que se refieren los artículos 24 a 26 del RD 1393/2007. En dicha publicación se detalla la estructura de las enseñanzas conducentes para la obtención del título, figurando la distribución del plan de estudios en créditos ECTS, de modo que la formación básica son 60, las obligatorias 144, las optativas 30, las prácticas externas obligatorias 0, y trabajo fin de grado 6, siendo los créditos totales 240. El mencionado es el plan de estudios que afecta al demandante, que comenzó sus estudios de grado de Historia en el curso 2011/2012.

Si se analiza seguidamente el plan de estudios resumido por módulos y por cursos, no aparece por ninguna parte la exigencia de conocimiento del nivel B1 de una lengua extranjera, ni siquiera de conocimiento transversal.

Por tanto, no se ha aprovechado la posibilidad de incluir en el plan de estudios aquel conocimiento de la lengua por la vía del artículo 12.5 del RD 1393/2007 por su carácter transversal, y mucho menos se hace alusión en el plan de estudios publicado a la necesidad de acreditar el nivel B1 de la lengua extranjera para la obtención del título. (...) Lo que sí cabría es, tal como se desprende del apartado 5 del anexo I de la memoria del plan de estudios, la justificación de seis créditos por las competencias adquiridas en el conocimiento y manejo de lenguas extranjeras en el ámbito científico, y en ese sentido están previstas asignaturas optativas de seis créditos en el cuarto curso del plan de estudios, pero ello es muy distinto de la exigencia a que se refiere este litigio como imprescindible para la obtención del título y al margen del plan de estudios.

En definitiva, cabe afirmar que, al no hallarse en el plan de estudios aprobado y publicado la exigencia de conocimiento del nivel B1 de la lengua extranjera, no cabe imponerla para la obtención del título.

La autonomía universitaria permite que cada universidad tome la iniciativa en la elaboración del plan de estudios de cara al comienzo del procedimiento de verificación y acreditación de los títulos, pero no ampara que, una vez aprobado y publicado el plan de estudios, se introduzca la exigencia del nivel B1 de lengua extranjera, que no figura en aquel plan, como requisito imprescindible para la obtención del título.

(...) Por todo lo anterior no resulta extraño que tanto el Valedor de la Comunidad Académica como la Valedora do Pobo se muestren en desacuerdo con tal actuación administrativa. Con

indudable forzamiento artificioso de lo que la normativa establece, la defensa de la USC, al evacuar el traslado de la apelación, diferencia entre asignatura obligatoria y materia transversal de carácter obligatorio, atribuyendo este último carácter a la exigencia del nivel B1 de idioma extranjero, como competencia propia y legítima de las universidades. No cabe negar competencia a la USC para la introducción de dicha exigencia, pero ello no puede realizarse al margen del plan de estudios y a través de un acuerdo del Consello de Goberno, pues entrañaría prescindir de cuanto impone la regulación contenida en aquel RD 1393/2007 para la obtención del título, y supondría una exigencia añadida sin amparo normativo alguno, de modo que no cabe negar la expedición del título cuando acreditó haber superado toda la formación teórica y práctica obligatoriamente exigida por su plan de estudios. El propio artículo 12.5 RD 1393/2007 incluye la mención a las materias de carácter transversal dentro del apartado relativo a los créditos que han de formar parte del plan de estudios, por lo que carece de respaldo el argumento de la USC de que no se trata de una asignatura obligatoria del plan de estudios sino de materia transversal de carácter obligatorio (...)».

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 Derecho Administrativo
Universidad del 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.

La reciente edición de la obra *Memorial para la reforma del Estado*, en tres volúmenes, realizados como homenaje a la actividad académica del profesor Muñoz Machado, invita a la reflexión al condensar una gran parte de los problemas que desde la perspectiva del derecho público están de actualidad.

* Se trata de un comentario a la obra *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (BAÑO LEÓN, J.M.ª (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016).

Los tres tomos de este homenaje constituyen una obra excepcional. Y esto es preciso decirlo porque recientemente se puede oír, en comisiones de valoración de trabajos científicos, que las obras homenaje no contienen trabajos resaltables o que no deben considerarse como mérito. Esto se hace de manera tajante, por sistema, en una decisión de plano, que considero injusta y jurídicamente arbitraria. Otros ejemplos podrían traerse a colación, pero estos tres tomos ponen claramente en evidencia lo desafortunado de la tesis anterior. Como en todo trabajo colectivo, habrá obras de mayor o menor consistencia o significado, pero creo que en este caso todas ellas presentan un contenido científico destacado.

La obra contiene un gran número de trabajos, 118, y una edición excepcionalmente cuidada. En los homenajes siempre resulta complicado dar una estructura adecuada a los diferentes trabajos que se presentan, debiendo reconocer el mérito al editor por el esfuerzo que ha hecho en dar una estructura sistemática a la obra, sin duda en algunos casos con dificultad o forzándola un poco, pero obteniendo un resultado a todas luces destacado. Materialmente la edición está muy cuidada, en la cual la forma de cita y la organización de los apartados tienen una calidad muy destacada. El editor, que también es el autor del artículo introductorio, ha hecho un trabajo que ciertamente refleja esa condición y el afecto y agradecimiento que conlleva.

Al hacer una reflexión sobre un libro de este volumen, y con artículos tan diversos, sería fácil llenar un montón de hojas simplemente con la reproducción de los títulos de las obras de los autores, y la reproducción de un *abstract* diminuto sobre estas. No parece sin embargo oportuno hacer una consideración de este tipo. En la obra hay otros aspectos que facilitan la labor de quien se enfrenta a una reseña, y esos aspectos son lo destacado de muchos de los temas tratados por los autores y la alta calificación de estos últimos. En este sentido, se va a optar por señalar algunos de los elementos centrales de los debates que, expresamente o de manera implícita, subyacen en algunos de los trabajos, participando a veces en ese debate, no realizando por tanto una mera descripción de lo hecho, sino haciendo consideraciones propias por parte del recensionista.

VOLUMEN I

El volumen primero, después de la obligada consideración de la obra de Muñoz Machado, que describe José M.^a Baño León¹, titulada “La contribución de Santiago Muñoz Machado al Derecho Público español”, y que se acompaña de una reflexión debida a la firma del catedrático de Bolonia Luciano Vandelli, especialista y madrugador analista del Estado de las autonomías con su trabajo “El ordenamiento autonómico español”, presenta una lectura de la obra de Muñoz Machado en uno de sus aspectos más destacados, que es precisamente el Estado de las autonomías. Realizada esta introducción, el trabajo contiene en su volumen primero seis apartados fundamentales en la teoría del Estado, que comienzan por la reflexión sobre problemas actuales de la democracia representativa, a la que sucede una consideración sobre la Unión Europea, los derechos fundamentales, el Parlamento, el Gobierno, los tribunales de justicia y el Tribunal Constitucional. Un análisis, por tanto, de la parte general del derecho público, podría decirse, que se inicia con una reflexión adecuada sobre algunos de los problemas que hoy en día presenta la democracia representativa.

1 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, pp. 3-4.

Al analizar la democracia en el sistema jurídico derivado de la Constitución de 1978, Rafael Gómez Ferrer² suscita alguno de los problemas fundamentales a los cuales se enfrenta la democracia en la actualidad, destacando unas líneas de actuación, tal como él señala, dirigidas a una mejora de la democracia y que considera nucleadas en relación con tres cuestiones fundamentales. La primera es la necesidad de fortalecer lo que denomina el sentido institucional, entendiendo por tal la concepción de la vida política y de la intervención en ella no vinculada exclusivamente al sistema de partidos, sino reconociendo una mayor importancia a la formación libre de la opinión pública y al más adecuado funcionamiento de las estructuras políticas del Estado, especialmente del poder legislativo. En este sentido, llama la atención sobre la importancia del Parlamento, ya que, como más tarde refleja otro de los intervinientes en la obra, es necesario acentuar la importancia de la institución parlamentaria, hoy objeto de merecidas críticas, pero actor innegable e insustituible en las democracias actuales.

La segunda consideración que realiza Gómez Ferrer va dirigida a la lucha contra la corrupción, elemento fundamental en todos los sistemas políticos, con reflejo en todos ellos, hasta el punto de que en la Unión Europea se ha elaborado un informe sobre la lucha contra la corrupción, ya que este fenómeno preocupa de manera creciente a la opinión pública y afecta sustancialmente al desarrollo de las instituciones políticas. Es un fenómeno general, pero que en algunos casos tiene elementos o aspectos que pueden considerarse sistémicos. Los juicios a las diferentes tramas de corrupción que se están produciendo en este momento en la Audiencia Nacional reflejan claramente la profundidad de esta problemática. Internacionalmente se ha podido ver cómo las manifestaciones producidas en los primeros días de febrero en Rumanía han obligado a su Gobierno a derogar una ley cuyo único objetivo era la eliminación de la responsabilidad penal de sus gobernantes corruptos.

El tercer aspecto de necesaria consideración, que hay que saludar especialmente, es el relativo a la comprensión del Estado, la síntesis de los dos principios de libertad e igualdad, que en estos últimos años han sido considerados de manera manifiestamente descompensada, utilizando la libertad como una forma de eliminar las políticas de igualdad, con las consecuencias de miseria y limitación de derechos de la ciudadanía. La necesidad de acentuar el desarrollo del Estado social, que iría desde las políticas que han favorecido las cláusulas abusivas en los contratos, los intereses de demora, las cláusulas suelo y otras medidas similares, deben reconsiderarse, al igual que el desarrollo de la política educativa que se dirija precisamente al logro de una mayor igualdad entre las personas. Estos efectos son verdaderos *punctum dolens* en el sistema democrático actual, cada uno de ellos con una importancia y significado diferentes, pero todos ellos de necesaria consideración para una concepción adecuada del sistema democrático.

Díez Picazo³ dedica su aportación a realizar una apología de la democracia representativa, tal como él mismo la titula. El magistrado del Tribunal Supremo introduce un debate de actualidad, normalmente reflejado en las páginas de los periódicos, de forma excesivamente simplista. Se trata de la utilización del término "populismo" cuando con él se está haciendo referencia a muchas críticas justificadas a la democracia representativa y, en concreto, al

2 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, pp.87-105.

3 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 y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 105-114.

surgimiento de fuerzas o partidos políticos, de indudable carácter democrático que reflejan formas de concepción de la democracia, pero que se quieren en cierto sentido diabolizar con la utilización de ese polisémico término que es el de “populismo”. Todo ello después de la subida de Trump al poder en los Estados Unidos, del *brexit*, de la crisis profunda de Europa, del ascenso de fuerzas de extrema derecha en los diferentes Estados europeos, en algunos casos con una fuerza que realmente es novedosa (Holanda, Francia, Austria, Alemania) y en otros reflejando unas estructuras totalitarias (Hungria, Rumanía), que desde la sociología ya habían sido apuntadas (Ulrich Beck).

Díez Picazo recuerda la importancia del sistema de la democracia representativa, de algunos de sus caracteres más importantes, resaltando algunas cuestiones que con frecuencia se olvidan en la práctica política, en especial la importancia del papel de los parlamentarios, su carácter de representantes del pueblo, de la totalidad de la ciudadanía, tal como analizó destacadamente García Roca, y donde se acentúa como un elemento de primordial importancia la prohibición del mandato imperativo, mandato imperativo al que el autor reconoce una importancia de gran calado, que desde aquí se comparte, al decir que “la prohibición del mandato imperativo es seguramente el núcleo último de la representación política y tiene implicaciones mucho más ricas de lo que puede parecer a simple vista”⁴. Esta afirmación se ve frecuentemente contestada en la realidad hoy en día. Se puede recordar sin esfuerzo cómo, en las últimas votaciones producidas en el Congreso de los Diputados para la elección de presidente del Gobierno, los parlamentarios que no respetaran la disciplina del grupo parlamentario se podían ver sometidos a diferentes tipos de sanciones, un ejemplo fácil y sencillo de comprobar cómo la importancia de éste componente de la democracia representativa, la prohibición del mandato imperativo, ha estado en cuestión y lo sigue estando hoy en día también.

La importancia de la democracia representativa se vincula a la de los partidos políticos, ya que es impensable que la sociedad actual pueda estructurarse políticamente sin que existan unos partidos políticos, que constituyen precisamente los nervios que recorren esa estructura política y que permiten que las diferentes ideologías puedan expresarse. Así nos lo recuerda el autor, acudiendo a dos de los autores más importantes en esta materia, Leibholz y García Pelayo, que trataron de manera ejemplar esta cuestión. La importancia de los partidos políticos y de la democracia representativa debe venir acompañada también de otras cuestiones de gran importancia. Una de ellas es la importancia de la ley como deliberación, es decir, que la democracia representativa no se disuelve en una mayoría que se impone sin que exista un debate adecuado sobre las diferentes concepciones políticas subyacentes reflejadas en la norma debatida. Se está hablando de una forma de democracia, lejana a la del abuso del decreto ley que se ha producido recientemente en el caso del Estado español, y que busca la razón de ser de la ley en la deliberación, lo que por otra parte es también la propia razón de ser de la categoría “reserva de ley”.

Frente a las carencias que presenta en la actualidad la democracia representativa, señala el autor sin complejos que es necesario acudir a otras formas de democracia denostadas, que en algunos sitios sin embargo muestran una gran virtualidad, y son las formas de democracia directa, democracia directa que puede reconocerse en una clave directamente política, como podría ser el caso suizo, o que habría que entenderla también como extensión de las

4 DÍEZ-PICAZO, L.M.ª, “Apología de la democracia representativa”, cit., 107.

formas de intervención en relación con la Administración. Cada vez es mayor la pretensión ciudadana de participar en los diferentes procedimientos administrativos en materia de ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, entre otras materias, aunque la forma en que se realiza es muy limitada y en muchos casos una mera apariencia.

El autor recuerda también otra cuestión de importancia, como es la relación entre el representante y sus representados. Algunas propuestas excesivas de vinculación de representantes y representados, olvidándose totalmente de lo anteriormente reseñado sobre el “mandato imperativo”, no deben hacer olvidar que existen en las democracias representativas instituciones como el *recall*, que permite precisamente que en la ruptura de la confianza entre los representantes y el representado pueda producirse una reconsideración de los primeros. Sobre estas cuestiones trata el trabajo de Díez Picazo, que pone en evidencia, como él mismo recuerda, que muchos hechos políticos, como el surgimiento de Podemos, no es más que el reflejo de un sistema político en el cual esa dialéctica relación entre democracia representativa, función parlamentaria, partidos políticos y la vinculación representante-representados constituye cuestiones que siempre están en el debate político, que en algunos casos producen respuestas de la ciudadanía que dan lugar a fenómenos o procesos políticos de nuevo cuño.

La reforma de la Constitución es un tema que subyace en todas las aportaciones realizadas en este capítulo introductorio. Las referencias a ellas son concretas, como en el caso de Brewer-Carias, o más generales y abstractas (Pendás). En este sentido, sería interesante reflejar la diferencia de posiciones que se pueden manifestar cuando se trata de la interpretación de la Constitución. La reforma puede ser utilizada como un planteamiento que en el fondo intenta evitar interpretaciones alternativas al texto constitucional, que precisamente eviten la reforma o avancen en un camino en el que los condicionantes impuestos por las previsiones de la reforma constitucional no puedan impedir el debate político. El pluralismo de valores que caracteriza a todas las normas constitucionales debería tener un reflejo en las teorías de la interpretación. No se comparten las concepciones en virtud de las cuales uno de los principios constitucionales prima sobre todos los demás, cuando la Constitución no lo ha establecido así, impidiendo que se den interpretaciones que permitan ofrecer una respuesta a los planteamientos democráticos de la ciudadanía, utilizando el derecho como un instrumento de restricción, cuando no negación, de la democracia, y el derecho penal como respuesta a reivindicaciones políticas legítimas y democráticas. Una interpretación de la Constitución de este tipo, y una concepción plana del principio de legalidad, llevan precisamente a que algunos problemas políticos se manifiesten como insolubles. La afirmación de que toda ideología o planteamiento es defendible en democracia impide precisamente una concepción rígida de la Constitución, inmodificable, y únicamente interpretable en una clave jurídica realizada por el Tribunal Constitucional, pero en la que se desconoce el papel que podría corresponder precisamente al pueblo en el desarrollo de esa interpretación. No otra cosa está sucediendo en la actualidad si se atiende a la situación política producida en Cataluña.

La Unión Europea es atendida en los siguientes trabajos, iniciando con una consideración general sobre Europa y las modificaciones que está sufriendo su desarrollo (Sosa Wagner y Fuertes⁵), para posteriormente pasar a analizar la primacía del derecho de la Unión Europea

5 SOSA WAGNER, F., y 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, pp. 177-200.

(Sarrión Esteve⁶, Cobreros⁷ y Álvarez García⁸), la influencia del derecho europeo en el derecho administrativo (Gimeno Feliú⁹, Mangas Martín¹⁰ y Madrid Parra¹¹) y el control de fronteras (Fernández Rozas¹²).

La primacía del derecho de la Unión Europea fue una verdadera conquista del sistema jurídico comunitario, que sigue recibiendo una importante atención doctrinal, en este caso provocada por la relación existente entre el derecho europeo y los derechos fundamentales. En concreto, a la luz de las teorías del pluralismo constitucional y del constitucionalismo multinivel, se suscita la cuestión de si el derecho europeo prima también sobre los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. Esto lleva al análisis de diferentes preceptos de los tratados institutivos, en concreto del artículo 6 del TUE y del artículo 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La afirmación realizada por el Tribunal de Justicia en el caso *Melloni*, donde afirma sin ambages la primacía del derecho de la Unión Europea, no impide que vía interpretación, cuando la acción interna no esté totalmente determinada por el derecho de la Unión Europea, existiendo margen de maniobra por parte de los Estados, en ese caso se posibilitaría la aplicación de la norma constitucional interna¹³. De acuerdo con el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no se posibilita la aplicación, con carácter general, del estándar de protección interna, que solamente se podrá aplicar en el caso de que exista una norma de estándar interno de protección de las personas que sea superior y la aplicación de esa norma interna y de ese estándar no afecte a la autonomía, primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea¹⁴.

La forma en la que la primacía del derecho comunitario puede afectar al reparto interno de competencias es ilustrada por Álvarez García¹⁵ a la luz de la normativa relativa a los controles técnicos obligatorios aplicables a los vehículos de motor. Reconociendo inicialmente que el Tribunal Constitucional había señalado que el derecho europeo y su ejecución no pueden afectar al reparto competencial establecido en la Constitución y en los estatutos

-
- 6 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, pp. 201-220.
 - 7 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, pp. 221-252.
 - 8 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, pp. 253-278.
 - 9 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, pp. 279-302.
 - 10 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, pp. 303-320.
 - 11 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, pp. 321-352.
 - 12 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, pp. 353-378.
 - 13 SARRIÓN ESTEVE, J., "Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni", cit., pp. 213 y 214.
 - 14 SARRIÓN ESTEVE, J., "Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Meloni", cit., pp. 217 y 218.
 - 15 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.

(STC 252/1988), añade a continuación que, a la luz de la normativa reguladora de la homologación de vehículos de motor, se ha producido una modificación de esta concepción, ya que las normas técnicas dictadas por la Unión Europea afectan realmente al reparto de competencias. Ilustrando este hecho, se señala que la homologación del tipo de vehículos de motor y la verificación de la conformidad de la producción de este tipo de productos son competencias diferentes; la primera corresponde al Estado y la segunda corresponde a las comunidades autónomas.

Esto es fruto de la STC 14/1994, en la que se reconocen las competencias de la Generalitat de Cataluña en esta materia. Hay que señalar que el Tribunal Constitucional considera la homologación como materia de tráfico y seguridad vial y la verificación como materia de seguridad industrial. Desde luego el reparto de ambas materias, la homologación en general y la verificación en concreto, entre las materias de seguridad vial y seguridad industrial, puede plantear dudas razonables, tal como lo evidencia también la existencia de los dos votos particulares que acompañan a la citada sentencia.

A partir de esta descripción, Álvarez García señala cómo la Directiva 2007/46/CE, que crea un marco de homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y medidas técnicas independientes destinados a dichos vehículos, es una norma que puede afectar al reparto competencial por dos órdenes de motivos. En primer lugar, porque la directiva se conceptúa como una medida en materia de “seguridad vial”. La consecuencia de definir esa directiva como de seguridad vial podría tener consecuencias en el ámbito interno. En otras palabras, si en Europa en materia de seguridad vial la homologación de los vehículos y la verificación de un vehículo en concreto se podría repartir entre seguridad vial y seguridad industrial, o si debe plantearse que ambas actividades formen parte de la seguridad vial. Esta interpretación podría encontrar garce en la STC 33/2005, FJ 4.

Ahora bien, se entiende que el Tribunal Constitucional lo que hace en esta sentencia, cuando se encuentra ante la necesaria diferenciación entre las actividades consideradas como “seguridad vial” y las consideradas como “seguridad industrial”, busca como argumento la conceptualización que de estas categorías tenga el derecho europeo, que así le servirá para definir su postura. En este sentido, quizá cabría señalar que la normativa europea puede ser un argumento más para concretar si una determinada actividad forma parte de una materia competencial o de otra, pero se entiende que de la jurisprudencia constitucional no deriva una obligación en este sentido. Por otra parte, el elemento más destacado estaría en que la definición de la autoridad de homologación y de verificación se considera que es única para todo el Estado, de acuerdo con el Real decreto 750/2010. La consecuencia en este caso, si se interpreta que la Directiva 2007/46/CE obliga a este resultado, es más preocupante, ya que significaría que la norma europea, al exigir la existencia de una única autoridad en todo el Estado, afectaría al reparto de competencias interno y en concreto significaría la eliminación de las competencias ejecutivas en las funciones de verificación. De esta manera, se estaría reconociendo que las normas europeas pueden variar el reparto interno de competencias constitucionalmente establecido, modificando asimismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ante esta teoría, cabrían dos objeciones: una primera al hilo del caso en concreto y una segunda de carácter más genérico.

El análisis de la Directiva 2007/46/CE se entiende que no permite llegar a la conclusión que se plantea en el trabajo. Su artículo 44 es interpretable y no parece establecer de manera

Regap



NOTAS

clara y determinante que solamente pueda haber una autoridad de homologación y a su vez de verificación de unos medios de transporte. Por otra parte, es importante constatar cómo, en otros Estados europeos de organización federal, la transposición de la directiva no ha llevado precisamente a un proceso de centralización. Este es el caso de la norma alemana de transposición de la directiva. Esta norma aprobada el 3 de febrero de 2011, y que se titula, en su artículo segundo, regulador de las autoridades de autorización, establece que para las autorizaciones individuales las competentes serán las instalaciones determinadas por el derecho de cada *Land*. Mientras que las autoridades de autorización para casos de homologación serán las correspondientes a la autoridad federal (así dice el Reglamento “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 la competencia de autorización corresponde a las autoridades federales o del *Land* de acuerdo con el siguiente 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).

Si se ha entendido bien el planteamiento, la directiva reseñada no produce las consecuencias que se plantean y el Real decreto 750/2010 parece que más bien ha aprovechado la ocasión para asumir competencias que, de acuerdo con el reparto competencial, no le corresponderían, siempre según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por otra parte, también sería posible plantear que, aun asumiendo la necesidad de una única institución competente en esta materia, la organización de esta institución podría producirse por acuerdo entre las comunidades autónomas, con una organización interna por ellas determinada, sin que se precisara que la institución o el órgano fuera determinado por el Estado. Así, podrían crearse consorcios o fundaciones, de acuerdo con las previsiones establecidas en los capítulos sexto y séptimo del título segundo, y capítulo tercero del título tercero, de la Ley 40/2015.

El trabajo de Álvarez García plantea en todo caso una cuestión de primer rango e importancia, como es la relativa a las consecuencias que en el reparto interno de competencias entre Estado y comunidades autónomas pueda tener una norma europea. En este aspecto, se entiende que las normativas europeas no pueden llevar a un resultado o ser interpretadas de tal manera que produzcan una modificación del reparto interno de competencias que genere una modificación constitucional en definitiva. En el caso alemán hay que reseñar que las competencias de ejecución corresponden a los *Länder*, por lo que la normativa europea que llevase a un resultado de eliminación de estas competencias ejecutivas de los *Länder* en una serie de materias sería difícilmente aceptable desde una perspectiva constitucional. También es cierto que esta posible contradicción entre la normativa europea y la normativa constitucional interna podría ser resuelta de una manera más dulce y sin llegar al conflicto, planteándose, tal como se ha dicho, soluciones producidas por el acuerdo entre comunidades autónomas y, por tanto, respetuosas con la autonomía.

Como tercer apartado dentro de los artículos dedicados al Estado y la Unión Europea, se encuentra el relativo a la influencia del derecho europeo en el derecho administrativo. Sobre este tema escriben especialistas de diferentes ramas del conocimiento, pudiendo encontrarse junto al catedrático de Derecho Administrativo Gimeno Feliú los catedráticos de Derecho Internacional Público Mangas Martín; de Derecho Mercantil Madrid Parra; o de Derecho Internacional Privado Fernández Rozas. Este apartado evidencia que, al hacer referencia al derecho administrativo, se trata de analizar instrumentos jurídicos que ya no quedan exclusivamente en manos de los especialistas en materia de derecho administrativo, sino que se expande a otras ramas del derecho. En este momento es dramática la situación de las fronteras, donde al analizar su situación, y la normativa de asilo e inmigración, se hace totalmente preciso atender a las categorías del derecho administrativo que resultan aplicables en esta cuestión, procediendo a su análisis un especialista en derecho internacional privado.

Dicho esto, interesa llamar la atención sobre el trabajo de Gimeno Feliú. En él analiza el autor en general la influencia del derecho administrativo europeo y del desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario sobre los derechos internos y en especial sobre el derecho administrativo. Para ello remite a las plumas más autorizadas en esta materia en el ámbito europeo, debiendo resaltar necesariamente la obra de Muñoz Machado, iniciador de muchas de estas reflexiones, junto al que cabría citar a Barnes y Alonso García. Este análisis general lo completa con dos aspectos particulares de especial interés. Por una parte, la consecuencia que tiene en el orden interno la transposición de la Directiva europea de servicios. Junto a esta transposición, destaca la importancia que en el ámbito de la contratación administrativa tienen los requerimientos europeos de previsión de recursos administrativos que afectan al modelo de justicia administrativa. Ciertamente, la normativa europea, en concreto la Directiva de servicios y la relativa a la contratación administrativa, ha tenido una importante incidencia en el derecho administrativo, aunque también habría que recalcar que alguna de estas libertades, no las tan estrictamente económicas, no se han visto acogidas en los ordenamientos internos con la suficiente fuerza y, por otra parte, las políticas públicas tampoco se han dirigido a garantizarlas. Éste sería el caso de la política urbanística, la falta de garantías del derecho de propiedad derivada de la utilización de algunas figuras del derecho urbanístico, y la ausencia de respuesta por parte de la Administración pública ante estos hechos. Es más, el propio Parlamento Europeo, en sus comisiones de investigación, al interesarse ante las autoridades valencianas o del Estado para tratar sobre estas cuestiones, y los derechos de muchas personas de ciudadanía europea, propietarias de segundas residencias en zonas turísticas, se vieron desatendidos. Los propios informes del Parlamento europeo lo evidencian con rotundidad. En este sentido, puede considerarse la existencia de un desequilibrio en la primacía de derechos y principios del ordenamiento jurídico europeo, según a quién afecten y en qué ámbitos de la actividad administrativa.

Gimeno Feliú llama la atención en relación con la afirmación, muchas veces plana, de la desaparición de las autorizaciones previas. Hay que recordar que el marco jurídico general que establece la directiva, siendo uno de sus ejes fundamentales la simplificación administrativa, recuerda que la indudable eliminación de la exigencia de autorización administrativa previa no debe hacer olvidar que esta no elimina las exigencias de autorización derivadas de normativas sectoriales, tal como pueden ser la de la energía o la ambiental. En estos, la propia normativa comunitaria establece la necesidad de mantener esas autorizaciones previas,

Regap



NOTAS

trasunto necesario del principio de precaución, de la acción preventiva de la Administración, tal como recuerda Gimeno Feliú¹⁶.

Se refiere también el autor a la transferencia del riesgo operacional cuando se trata de cierto tipo de contrato y la modificación de la actuación de inspección de las administraciones públicas, recordando la importancia que tienen en esta materia los aspectos relativos al control de déficit público. Esta transferencia del riesgo operacional, sobre la que oportunamente llama la atención el autor, desgraciadamente es siempre contestada por una realidad que se resiste a respetar estas normas, tal como se pone de manifiesto con las obligaciones económicas que el Estado deberá asumir como consecuencia de la construcción de algunas infraestructuras administrativas, sobre todo autopistas, donde la transferencia del riesgo operacional no se ha producido.

La segunda cuestión que analiza especialmente el autor, derivada del derecho a la buena administración y del derecho a la tutela judicial efectiva, derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario, es la relativa a la previsión de recursos administrativos frente a las resoluciones en materia de contratación pública. La necesidad de adoptar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos medidas provisionales dirigidas a la suspensión del procedimiento, y la brevedad que requiere la respuesta en estos procesos, ha llevado a planteamientos de estas vías de resolución administrativa de conflictos de intereses que, tal como señala Jimeno Feliú, deberían trasladarse a otros ámbitos del derecho administrativo. Es necesario prever un sistema administrativo en el cual el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico no sea casi imposible en la práctica o de una dificultad excesiva¹⁷. A ello habría que añadir que las resoluciones administrativas deberían estar motivadas de una manera sencilla y ordenada, de forma que el planteamiento del recurso fuera sencillo, rápido y pudiera dar una idea "bien fundada" de la infracción que hubiera podido producirse en el proceso¹⁸.

La profesora Mangas Martín realiza un análisis de la relación existente entre el proyecto europeo y la política que se ha llevado a cabo en el Estado español, haciendo una reflexión diferenciada entre lo que, copiando de la economía, podría denominarse la macro y la micropolítica. Partiendo de la importancia que tiene el proyecto europeo en el proceso de modernización del Estado español, no se olvide que el ingreso se produce en 1986 y que la Constitución entró en vigor ocho años antes. En la evolución del proyecto europeo, el Gobierno español realiza una política de apoyo importante a las reformas que se van produciendo hasta llegar a la Unión Europea, manifestándose un constante espíritu proeuropeísta. La ciudadanía también tiene una percepción similar, fruto indudable de la política gubernamental en la materia, pero también de los beneficios que derivan del ingreso en la Unión Europea, especialmente vía fondos de cohesión. Otra apreciación se evidencia sin embargo cuando la crisis económica afecta a Europa, y especialmente a los sectores más desprotegidos de la población. Esta crisis económica pone de manifiesto una de las debilidades europeas,

16 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.

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. 298.

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. 299.

el abandono de la política social y la defensa de una Europa donde la libre competencia se considera el factor fundamental de existencia y estímulo de esa propia unidad.

Estos aspectos negativos del proceso de formación de la Unión Europea no suelen ser en general resaltados en los análisis académicos, aunque la realidad los ha evidenciado de una manera muy rotunda. La autora analiza lo que da en llamar la crisis de confianza en el desarrollo de la Unión Europea, recuerda los planteamientos de realizar una nueva reforma de los tratados, resaltando cómo, en el proceso europeo de integración, la necesidad de reformas en los tratados institutivos y las adaptaciones de los Estados a estas reformas constituyen elementos característicos del mismo proceso de integración que se aceptan de forma no traumática¹⁹.

Frente a este dinamismo y viveza de la normativa europea, constata la autora el inmovilismo de las constituciones internas, en concreto de la española de 1978. Junto a este análisis, que en general la autora considera positivo, del compromiso europeo del Gobierno del Estado, señala la frecuencia con la que el Reino de España es condenado por el incumplimiento de la normativa europea, o las múltiples ocasiones en las que el Tribunal de Justicia ha dictado importantes sentencias poniendo de manifiesto unas políticas internas poco respetuosas con las políticas europeas y con los derechos que a la ciudadanía se le reconocen en ese marco. Para ello resalta alguno de los supuestos, entre los que cabría reseñar los relativos a la inmigración irregular (C-261/08), las cláusulas abusivas (C-40/08), el canon sobre copia privada (C-467/08), la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (C-385/11) o la sentencia sobre el derecho al olvido (C-131/12) y la más reciente sobre los contratos hipotecarios (C-415/11), entre otros muchos. Además de estos casos concretos, de su trascendencia e importancia, revela la autora y califica al Estado español como socio incumplidor sistémico de sus obligaciones europeas²⁰, lo que justifica con unos reveladores datos sobre los procedimientos de infracción en los que se ha visto afectado. Todo esto evidencia que el Estado español ha sido un buen socio político; sin embargo, ha manifestado una importante desidia en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la Unión²¹.

Madrid Parra, desde la perspectiva del derecho mercantil, analiza el uso de las nuevas tecnologías en la construcción del mercado de la Unión Europea, considerando la normativa reguladora de lo que podría definirse como construcción de un mercado digital único en el marco del mercado interior europeo. Resalta el contenido de los reglamentos 900/2014 y 524/2013, y la Directiva 2013/11, normas todas ellas con las que se pretende dar respuesta al denominado reto establecido por la Agenda Digital para Europa, iniciativa que define como emblemática para la Europa de 2020²². Esta normativa está dirigida a aumentar la confianza de consumidores y de empresas en el mercado digital, siendo especialmente reseñable en ella la búsqueda de sistemas de resolución alternativa de litigios. Sobre las bondades y errores del sistema, el autor se remite al veredicto irresistible del tiempo, que establece las bondades y errores del sistema.

19 MANGAS MARTÍN, A., "España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho", cit., p. 314.

20 MANGAS MARTÍN, A., "España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho", cit., p. 316.

21 MANGAS MARTÍN, A., "España y las reformas en la Unión Europea: de la política al Derecho", cit., p. 319.

22 MADRID PARRA, A., "Uso de las nuevas tecnologías en la construcción del mercado interior europeo", cit., p. 349.

El capítulo cuarto recoge las aportaciones en materia de derechos individuales y sociales, al señalar que, como corresponde a esta época de crisis económica y de debilitación aguda del Estado social, la preocupación por esta materia provoca que haya dos aportaciones sobre la misma, como son la relativa a los derechos sociales de carácter general (Lafuente Benaches²³) y las implicaciones que de la configuración del Estado social en la Constitución derivan en época de crisis (Menéndez Sebastián²⁴). De forma pareja, la preocupación ambiental lleva a que se analice la evolución del derecho al medio ambiente y su caracterización como derecho fundamental y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, en especial con la diferenciación entre intereses colectivos y directos individuales (Bouazza, Ariño²⁵). El derecho de propiedad (Saura Fructuoso²⁶) y una interesante reflexión sobre el derecho al nombre en la Constitución (Tolivar Alas²⁷) cierran este apartado. En las diferentes propuestas que realizan estos trabajos habría que reseñar la relativa a las omisiones legislativas y sus procedimientos de control, donde se suscita la necesidad de reforma del artículo 161 CE y de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, al estimarse que los inconvenientes técnicos de estos planteamientos, resueltos mediante recomendaciones o exhortos, o en sentencias interpretativas o manipulativas, sustitutivas o aditivas, son mecanismos insuficientes para garantizar el control de las señaladas omisiones legislativas.

El segundo planteamiento reseñable es el papel del Defensor del Pueblo, que a la luz de la normativa reguladora de esta figura, en la Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 4/2000, destaca el papel de este órgano constitucional en el control precisamente de la política estatal en esta materia, que no se limitaría a realizar informes o remitir propuestas a los órganos parlamentarios, sino también al otorgamiento de legitimidad para acudir al Tribunal Constitucional en la defensa de estos derechos²⁸.

A estas dificultades del control por omisión se refiere también Menéndez Sebastián, haciendo referencia a la vinculación de los derechos prestacionales con derechos fundamentales *stricto sensu*, con su satisfacción y eficacia, tal como puede afirmarse en relación con la igualdad o el derecho a la integridad física y moral y su relación con la salud. A través de este camino, entiende esta autora que existe una vía importante de otorgamiento de eficacia a los derechos prestacionales de carácter social. Ello lo ejemplifica con el Auto 239/2012, donde establece que las razones económicas no son suficientes para limitar el derecho a la salud, auto que se dicta debido a que algunas comunidades autónomas –como en el caso del País Vasco– legislaron en contra de las previsiones del Real decreto ley 16/2012, de medidas

23 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, pp. 397-420.

24 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, pp. 421-442.

25 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, pp. 477-496.

26 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, pp. 443-476.

27 TOLIVAR ALAS, L., "¿Debe sustantarse 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, pp. 497-516.

28 LAFUENTE BENACHES, M., "Sobre los derechos sociales", cit., pp. 414-418.

urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Acaba señalando esta autora que el papel de ciertas normas supranacionales tiene, por mandato expreso de la Constitución, artículos 10.2 y 96, un papel fundamental en la interpretación de los derechos internos y en la posibilidad de su judicialización.

La autora acaba recogiendo la teoría de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, derivada de la existencia de una misma fundamentación, la dignidad de la persona, dignidad vinculada a la libertad. De ahí derivaría la inexistencia de jerarquía entre derechos, la necesidad de interpretar todos los derechos en relación con los demás, en lo que se entendería como una interpretación sistemática, debiendo predicarse de todos ellos la necesidad de su efectividad, derivada precisamente de su indivisibilidad. De aquí no derivaría sin embargo que todos los derechos deban tener unas mismas garantías, a pesar de que esa igualdad de garantías tendría que llevar a una misma justiciabilidad, a través de la cual se entiende que hay una mayor efectividad. Ciertamente, es difícil avanzar más por este camino y quizá convendría reseñar especialmente que la igualdad de derechos y su efectividad no significa que dichos derechos tengan las mismas garantías jurídicas. Sin duda, aquí se plantea este problema de diferenciación en la garantía de los derechos, que también se puede producir *stricto sensu* entre los derechos fundamentales en sí mismos considerados (arts. 14 a 29), pero que en el caso de los derechos sociales es especialmente acentuada. Desde esta perspectiva, y a pesar de los loables intentos de la construcción jurídica en la defensa de los derechos sociales, la dificultad práctica de llevar a cabo las afirmaciones teóricamente bien sustentadas de indivisibilidad de los derechos y de equiparación entre estos siempre será mayor en relación con los derechos sociales. En todo caso, el Tribunal Constitucional ya ha demostrado que pueden existir vías para la defensa de los derechos sociales y que las limitaciones económicas no constituyen un argumento suficiente, como en el citado Auto 239/2012.

Un trabajo que tiene interés resaltar es el realizado por Tolivar Alas bajo el título “¿Debe sustantivarse el derecho al nombre en la Constitución? Reflexiones entre el *ius nomine* y el deber de identificación”. El autor ya había atendido anteriormente a esta cuestión en su monografía sobre *Ayuntamientos, Registro Civil y municipalismo funerario* (Iustel, Madrid, 2008), señalando en su trabajo la importancia del nombre, que se evidencia en situaciones que dramáticamente conocemos ahora, los refugiados, y el derecho que les asiste a tener precisamente su identidad, su derecho al nombre, que como dice el autor “no es un tema menor”²⁹. Este derecho al nombre se refleja en una normativa muy diferente, desde los derechos del niño a la regulación de la seguridad ciudadana, o a la utilización del nombre en las comunicaciones electrónicas (Ley 25/2007), que ha recibido también su atención en la Ley sobre servicios de la sociedad de la información (Ley 34/2002). De esta manera, el autor pone de manifiesto la importancia que tiene este derecho al nombre, que en algunos casos es intemporal, pero que en otros casos tiene unos añadidos específicos en la era digital.

El derecho al nombre tiene una regulación interna, deudora normalmente de las regulaciones civiles, en especial de las normativas reguladoras del Registro Civil, y que ha sido acogida también en la normativa europea, tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 2) como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 8). En este último caso llama la atención que, aunque

29 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.

el artículo 8 del convenio no haya mencionado expresamente el derecho al nombre como parte del derecho a la vida privada y familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que, al constituir un medio de identificación personal y el vínculo con una familia, afecta precisamente a esa vida privada y familiar. De esta forma se reconoce expresamente la función que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en la determinación del contenido de los derechos garantizados en el convenio, que necesariamente debe tener un reflejo en la interpretación de los derechos internos, en especial de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, tal como lo recuerda la autora al referirse a la STC 167/2013. De esta sentencia se puede derivar una interpretación en virtud de la cual las previsiones del artículo 18.1 CE acogerían el contenido del artículo 8 del convenio europeo.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional van en la misma línea, aunque no hay que olvidar tampoco los votos particulares de algunas sentencias en las que se plantea la falta de coincidencia entre la regulación del artículo 8 del convenio y el artículo 18.1 CE (véase STC 11/2016). El debate en este punto es importante, ya que se trata de comprobar si el contenido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a un derecho de los previstos en el convenio se integra a su vez, por identidad de derechos, en el contenido de los derechos constitucionalmente previstos. La consecuencia no es baladí. Si se produjese esa coincidencia, procedería la interposición del recurso de amparo. Si no procede, resultaría también exigible ese derecho, aunque su aplicación habría que derivarla directamente de la propia previsión establecida en el artículo 8 del convenio, que como tal convenio tiene el valor jurídico que a estos les reconoce el artículo 96 CE. Tolivar Alas acaba haciendo una referencia a la identificación personal y a la problemática del orden público, evidenciando otros defectos acumulables a los ya numerosos que tiene la Ley de seguridad ciudadana, Ley orgánica 4/2015, al sancionar la pérdida del DNI, de tal forma que el autor lo considera contradictorio con el principio de proporcionalidad (art. 37.11 Ley de seguridad ciudadana).

El último apartado de este primer volumen se titula "Los poderes del Estado y su reforma". En él se analizan la Corona, el poder legislativo, el poder ejecutivo, la Justicia y el Tribunal Constitucional, cada uno de ellos en muy diferente medida. Entre los trabajos llaman la atención los relativos a la Corona, a las fuentes del derecho y a las cuestiones relacionadas con el derecho de gracia. También se encuentran las reflexiones sobre la justicia administrativa, aspecto este último que ha sido recientemente objeto de importante atención doctrinal y que por esta razón no se va describir especialmente en este comentario.

García Fernández³⁰ hace un análisis de las interpretaciones del título II de la Constitución, estudiando el contenido de la función arbitral y moderadora de la monarquía a lo largo de las diferentes constituciones, acentuando el peligro que tuvo en un momento, y que lleva en la práctica a una utilización autoritaria del precepto, como en la experiencia política del reinado de Alfonso XIII, cuya actuación tuvo una deriva hacia posiciones políticas crecientemente autoritarias, reflejo precisamente de una interpretación expansiva de lo que debía entenderse el poder moderador del monarca. Por este motivo, García Fernández se distancia de las interpretaciones que quieren dar al monarca unas funciones, derivadas del artículo 56 CE, que no le corresponden, especialmente de lo que podría entenderse como una cláusula

30 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, pp. 517-531.

general que podría llevar a que el árbitro, en este caso monarca, pudiera ser llamado a decidir discrecionalmente, es decir, por sí solo, en virtud precisamente de esa competencia de moderar y arbitrar³¹. Por este motivo, plantea el autor que, más allá de la posibilidad de añadir al artículo 62 CE algunas de las funciones que corresponden al monarca en su relación con los poderes públicos, procedería suprimir ese texto donde se dice que el monarca “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones...”.

Al tratar de las fuentes del derecho, destaca inicialmente una problemática, a saber: la vinculada a la abundancia de normas y a una mejor regulación en relación con cómo se ha denominado esta cuestión en el ámbito europeo con el término inglés *better regulation*, que se considera un fenómeno generalizado (Betancourt)³², aunque también se vincula este a la existencia de nuevos centros normativos, en concreto a la existencia de comunidades autónomas (Iglesias González)³³. El papel regulador de la Administración se ha acentuado también. A la política de privatización de la función puramente ejecutiva se ha acompañado un desarrollo de la función reguladora-reglamentista de la Administración. Este proceso, que se da como consecuencia de esa tendencia a la privatización, significa que la Administración parece querer cumplir sus funciones dictando normas en relación con las cuales se despreocupa de su ejecución y justifica la acción política por la pura creación de papel. Algunos ejemplos podrían aducirse en la actualidad y no solamente vinculados a la aprobación de normas.

La *better regulation policy* tiene sus antecedentes claros en los problemas vinculados a la técnica legislativa. Esta es una cuestión cultural de difícil puesta en práctica, ya que ni los parlamentos ni la Administración suelen estar por la labor de someter a unos criterios técnicos y de buen gobierno su función normativa. Sí lo es en el ámbito de la Unión Europea y también especialmente en algunos Estados, como podría destacarse en el caso del Reino Unido y de la República Federal de Alemania. Para poder avanzar por este camino, se requeriría una nueva cultura política, que no despreciase los elementos de técnica legislativa que se dirigen precisamente a producir una mayor seguridad jurídica y una garantía de los derechos de la ciudadanía. La posibilidad de llegar a este objetivo es más compleja de lo que pudiera parecer a primera vista.

En todo caso, el trabajo de Iglesias González plantea bajo un título más aséptico una reforma del Estado de las autonomías, a llevar a cabo mediante la reforma de los estatutos de autonomía, buscando una pérdida de importancia en el ámbito normativo para las comunidades autónomas, en especial en relación con las competencias legislativas, afirmando el papel fundamentalmente ejecutivo de la autonomía. Al mismo tiempo, se propone reforzar la competencia legislativa del Estado, entendiendo que así se procedería de la misma forma en que se ha producido la reforma del federalismo alemán mediante la Ley de 28 de agosto de 2006. Estas dos últimas cuestiones son ciertamente discutibles. La reforma del federalismo alemán no ha significado fundamentalmente un aumento de las competencias legislativas del Estado de la federación y, por otra parte, la reducción del papel de las comunidades autónomas a una función principalmente ejecutiva es algo que puede entenderse que está

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”, cit., p. 527.

32 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, pp. 535-570.

33 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, pp. 597-620.

sucediendo ya en la actualidad en gran medida, sin necesidad de proceder a ninguna reforma ni tampoco a la de los estatutos de autonomía.

Al hablar de las fuentes del derecho, no podía faltar en el momento actual una referencia a las leyes singulares. El trabajo de Revuelta Pérez³⁴ se dedica a este tema, reseñando la importancia que la tutela judicial efectiva tiene frente a las leyes singulares y cómo en una serie de sentencias el Tribunal Constitucional ha afirmado precisamente que el derecho a la tutela judicial efectiva hace que las leyes singulares sean inconstitucionales. Este hecho, claro está, se produce cuando las leyes singulares se dictan en materias en las que ha habido una sentencia, en relación con la cual se dicta la ley para precisamente evitar su ejecución. En otros supuestos, sin embargo, puede ser otra la situación.

El decreto ley es atendido mediante un análisis empírico, que justifica perfectamente el título del artículo al hablar del uso y abuso del decreto ley. El trabajo de Martín Rebollo³⁵ realiza un análisis de todos los decretos leyes dictados desde la entrada en vigor de la Constitución, facilitando una serie de datos para su análisis. Junto al relato de las normas, se nos facilitan otros importantes elementos de conocimiento, como los supuestos en los que el decreto ley ha sido tramitado como ley, el número de decretos leyes por año, por legislatura, la proporción sobre otras normas legales, globalmente por legislatura, lo que permite hacerse una idea sobre la forma en que ha sido utilizado este instrumento legislativo. Son muchas las cuestiones a las que atiende el autor, aunque cabría resaltar en primer lugar la consideración que realiza sobre el excesivo número de decretos leyes dictados, a lo que añade que el carácter habilitante para dictar el decreto ley ha sido analizado de manera excesivamente laxa por el Tribunal Constitucional, en algunos casos atendiendo a argumentos de carácter global, que pretende justificar disposiciones de muy diferente contenido y alcance dentro de una misma norma. Es lo que el autor recuerda, ya señalado por Xabier Salas, que el control del Tribunal Constitucional es un control negativo, en el cual la causa habilitante solamente se aprecia en los casos en los que el uso del decreto ley es “abusivo o arbitrario”³⁶.

El autor pone en evidencia también que los decretos leyes aprobados los últimos años afecten o incluyan medidas de diverso tipo, en campos materiales muy diferentes, lo que produce una gran inseguridad, y nos remite a otros trabajos que ya se han comentado, en concreto los de Betancourt, Rodríguez e Iglesias González, en torno a la calidad de la ley y el gran número de normas legales en vigor. A esto hay que añadir una práctica legislativa como la de los decretos leyes, que pone en evidencia, entre otras cosas, la nula voluntad de las autoridades, en este caso del Gobierno y también del Parlamento, dada la debilidad del control que ejerce sobre los decretos leyes, en ejercer sus competencias normativas de manera razonable, permitiendo que el principio de seguridad jurídica esté debidamente garantizado.

Las buenas intenciones que se evidencian al reclamar una mejora de calidad jurídica de las leyes, una asunción de las medidas de técnica legislativa que garanticen esa calidad, se ven truncadas radicalmente por unos comportamientos de los poderes públicos que utilizan las normas legales de manera caprichosa, injustificada de acuerdo con la regulación que las prevé,

34 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, pp. 571-596.

35 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, pp. 665-734.

36 MARTÍN REBOLLO, L., “Uso y abuso del Decreto-ley (un análisis empírico)”, cit., p. 696.

desconsiderada con los derechos de la ciudadanía y carente de la necesaria técnica jurídica. Esta utilización torticera del decreto ley no tiene como consecuencia únicamente la crítica al mal uso de un instrumento jurídico, es decir, una crítica de técnica jurídica, sino que además refleja la escasa calidad democrática de los protagonistas principales del proceso político, o sea, del Gobierno y del Parlamento. Para el autor, por tanto, el decreto ley, su regulación y su práctica no son satisfactorias, añadiendo a los argumentos ya reseñados el hecho de que los decretos leyes tengan un carácter permanente, cuando en principio parece que tendrían que ser dictados para situaciones transitorias, o el de que un número muy escaso de supuestos son tramitados como leyes, y que frente a estas normas se han producido relativamente muy pocos recursos de inconstitucionalidad. Cabría añadir, por tanto, que no es previsible que la utilización de este instrumento jurídico no vaya ni a decaer ni a mejorar con el tiempo.

Para acabar este primer tomo, están los aspectos relativos a la Administración pública y a la justicia, finalizando por el trabajo de Fernández Farreres³⁷ sobre el Tribunal Constitucional. Entre los temas relacionados con la Administración pública, habría que reseñar que existen dos trabajos sobre el derecho de gracia (Díez Sánchez³⁸ y Fernández Valverde³⁹), que vienen más tarde acompañados de aportaciones significativas en materia de justicia, como las relativas a la justicia administrativa (De Vicente⁴⁰, Moreno Molina⁴¹, Alonso Más⁴², Mestre Delgado⁴³), donde se analizan desde cuestiones generales, como la necesidad de su reforma, hasta las transformaciones producidas como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la nueva configuración del recurso de casación. A ello habría que añadir las reflexiones sobre un tema siempre actual como el de la justicia deportiva (Fernández Rodríguez⁴⁴), junto al tratamiento de las administraciones independientes (Laguna⁴⁵), el principio de igualdad en la selección de personal (García Luengo⁴⁶), el Consejo

-
- 37 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, pp. 1035-1068.
- 38 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, pp. 735-758.
- 39 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, pp. 759-782.
- 40 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, pp. 899-924.
- 41 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, pp. 953-980.
- 42 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 y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 981-1010.
- 43 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, pp. 1011-1034.
- 44 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, pp. 925-952.
- 45 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, pp. 783-806.
- 46 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, pp. 807-828.

de Estado (Barrio Andrés⁴⁷) o la caracterización política de las autonomías (Borrajó Iniesta⁴⁸). Interesa detenerse en uno de los trabajos antes referidos sobre el derecho de gracia.

Díez Sánchez presenta una reseña histórica del derecho de gracia, donde ya plantea la necesidad de modificar el propio nombre de la institución y denominarlo indulto o potestad de indulto, calificando la expresión “derecho de gracia” como un anacronismo preconstitucional. Tiene interés la especial atención que presta a la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, publicado el 26 de septiembre de 2013, en el que se plantea una alternativa para la regulación del ejercicio de la gracia y del indulto, en este caso uniendo ambos términos. Señala el autor que existe un consenso, aunque sea parcial, en algunos aspectos como: la modificación de los delitos que deben quedar excluidos del ámbito del indulto, la exigencia de motivación expresa por parte del Gobierno de la concesión del indulto, la previsión de que, a falta de motivación expresa del indulto, *ex lege*, se establezca la nulidad, ineficacia e inejecución, que podría actuar el tribunal encargado de la ejecución del indulto, la intervención del tribunal sentenciador valorando la motivación de la concesión del indulto y las consecuencias que el informe desfavorable de dicho tribunal pudiera tener, la posibilidad de control jurisdiccional contencioso-administrativo y el alcance del mismo, y el control parlamentario del Gobierno en esta materia. Señala el autor también la importante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de noviembre de 2013, a la que dedica especial atención el artículo de Fernández Valverde⁴⁹.

Interesa destacar en esta materia que en el ámbito sancionador también se había regulado la potestad de indulto, como era en el caso de la Ley de la potestad sancionadora del País Vasco, Ley 2/1998, de 20 de febrero. En esta ley se regula el ejercicio de la potestad de indulto, en su artículo 20. Al hilo del análisis de la previsión contenida en su artículo 11, donde regula los supuestos susceptibles de indulto y conmutación de sanciones, señalando que el indulto podrá concederse cuando, atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto, se aprecie que la respuesta punitiva, aun conforme con la legalidad vigente, no resulta adecuada a lo que la equidad propugna en el caso concreto, y siempre que no haya otra vía en derecho para lograr el fin de justicia concreto que el indulto pretende. Se establece también que el indulto podrá concederse cuando exista un interés general concreto y determinado que lo reclame con evidencia. Al comentar este precepto, ya se señalaban algunas dudas que el mismo producía; así, se planteó si la exigencia de fundamentación no debería establecer también alguno de los criterios de este, los valores o principios jurídicos sobre los que dicha fundamentación debe realizarse.

Cuando se hace referencia a la motivación, con frecuencia se pueden encontrar resoluciones de los tribunales en las que la motivación formal parece suficiente, sin entrar a analizar su alcance y significado. El peligro de que puedan existir motivaciones de limitado alcance jurídico, es decir, que sean fundamentaciones o motivaciones en derecho, “significado justificante”, y no pura presentación de una motivación carente de este contenido jurídico. Este peligro en el ejercicio de la potestad de indulto llevaba también a que se afirmara que, “(...) siguiendo con esta reflexión desesperanzadora, debemos hacernos otra dramática pregunta:

47 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, pp. 829-854.

48 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, pp. 855-880.

49 FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Del viejo acto político a la motivación de la potestad de gracia”, cit., pp. 759 y ss.

¿Es aceptable la fractura de la igualdad formal, que es justicia igualitaria, en aras de otro interés que no sea la justicia material? ¿Podríamos asumir, por ejemplo, que se indultara a una persona de una sanción legal y justamente impuesta, por la única razón de que su poder fáctico, económico o fruto de otras circunstancias pudiera producir un perjuicio a ciertos intereses generales en caso contrario; o por los servicios que ha prestado al Estado, o por su preponderancia social? ¿Cómo afectaría esto a la paz jurídica, a la expectativa de cada uno de que los deberes asumidos por todos en beneficio de la convivencia en derecho se exigirán a todos por igual, sin privilegios? ¿Cómo se puede explicar el decaimiento de una decisión judicial firme y/o la exclusión individual de una consecuencia legalmente prevista, acudiendo a razones no reconducibles a la justicia en la determinación y ejercicio de la potestad sancionadora?” (López Cárcamo).

VOLUMEN II: ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

En este tomo se analiza la cuestión territorial en la historia (Nieto García⁵⁰ y Varela-Suances⁵¹). Se hace una consideración actual sobre el desarrollo de la estructura autonómica del Estado y hacia dónde habría que ir (Carro⁵², Martín-Retortillo⁵³, Pérez Moreno⁵⁴, Alegre Ávila⁵⁵, Bauzá⁵⁶, Arenilla⁵⁷, García Rubio⁵⁸, Torres Muro⁵⁹, Meilán Gil⁶⁰, Martínez López-Muñiz⁶¹, Ureña⁶² y

Regap



NOTAS

-
- 50 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, pp. 1069-1088.
- 51 VARELA-SUANES 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, pp. 1089-1110.
- 52 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, pp. 1139-1164.
- 53 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, pp. 1165-1186.
- 54 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, pp. 1187-1208.
- 55 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, pp. 1209-1220.
- 56 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, pp. 1229-1246.
- 57 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, pp. 1247-1272.
- 58 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, pp. 1273-1298.
- 59 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, pp. 1299-1312.
- 60 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 y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 1313-1334.
- 61 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, pp. 1335-1358.
- 62 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, pp. 1359-1378.

Rodríguez-Arana⁶³), para atender posteriormente de manera específica a la problemática catalana (Boquera Oliver⁶⁴, Tornos Mas⁶⁵, De la Quadra-Salcedo⁶⁶, Agirreazkuenaga⁶⁷ y Carrillo⁶⁸). Posteriormente, se analizarán aspectos parciales como las defensorías del pueblo autonómicas, las relaciones ley estatal-ley autonómica, en especial la prevalencia (Rebollo Puig⁶⁹ y González Sanfiel⁷⁰), y la supletoriedad (Carbonell Porrás⁷¹ y Rodríguez Portugués⁷²), la distribución de competencias, desde la perspectiva genérica o en concreto en alguno de sus sectores (Arzo⁷³, Cosculluela⁷⁴, Falcón y Tella⁷⁵, Cuesta⁷⁶ y Vaquer Caballería⁷⁷), para acabar con algunas referencias a cuestiones parciales, los territorios forales (Razquin⁷⁸), la

-
- 63 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, pp. 1379-1406.
- 64 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, pp. 1407-1412.
- 65 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, pp. 1413-1430.
- 66 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, pp. 1431-1496.
- 67 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, pp. 1497-1526.
- 68 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, pp. 1527-1552.
- 69 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, pp. 1581-1616.
- 70 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, pp. 1617-1642.
- 71 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, pp. 1643-1664.
- 72 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, pp. 1665-1686.
- 73 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, pp. 1687-1714.
- 74 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, pp. 1715-1738.
- 75 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, pp. 1739-1760.
- 76 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, pp. 1761-1784.
- 77 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, pp. 1785-1804.
- 78 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, pp. 1807-1829.

financiación (García-Moncó⁷⁹), la Administración periférica (Sarmiento⁸⁰ y González Ríos⁸¹), o la reforma territorial en Italia (Sánchez Morón⁸²). Acaba el volumen con las aportaciones dirigidas a estudiar la reforma de la Administración local.

No causa sorpresa que el derecho a decidir ocupe la atención de los autores teniendo en cuenta el debate que sobre la situación política en Cataluña se está produciendo, debate acompañado de una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de una judicialización indebida e inadecuada de la política, que encuentra en el Código penal el instrumento de enjuiciamiento de planteamientos e ideas políticas democráticas. Parece ser que ni los comentaristas políticos más avezados y desde luego los académicos más al día podrían imaginar la evolución de una reivindicación política legítima de un pueblo como el catalán a la que no se deja espacio de expresión desde una perspectiva jurídica. Tal como lo recuerda Carrillo, los poderes públicos catalanes intentaron una vía jurídico-constitucional que diera respuesta a una constatación real: el agotamiento del sistema autonómico español, que encontraba un eco especial en la sociedad catalana. El Estatuto catalán de 2006 fue un intento bien construido jurídicamente, que tenía un fundamento claro en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en especial en la STC 247/2007, pero que fue contestado con virulencia jurídica al decir el Tribunal Constitucional que era el único e incontestable intérprete de la Constitución (STC 31/2010).

La frustración que produjo dicha sentencia dio lugar a un proceso de movilización política que acabó en el acuerdo adoptado por el Parlamento catalán, Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013, que dio nuevamente lugar a una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 42/2014, que anunciaba la asunción de un papel político de primer orden del Tribunal Constitucional en el proceso. Al decir, de forma totalmente forzada, que la declaración parlamentaria era una “norma” susceptible de ser enjuiciada desde la perspectiva constitucional, se permitió determinar su inconstitucionalidad. De esta última derivarían una serie de consecuencias jurídicas que el Tribunal Constitucional podría y debería imponer a los poderes públicos insumisos. Mediante la correspondiente reforma constitucional, se otorga al Tribunal Constitucional la competencia para ejecutar sus propias sentencias, pudiendo utilizar una serie de instrumentos que lo convierten en un actor destacado en la contienda política. Todo lo que tenga relación con la declaración del Parlamento de Cataluña enjuiciada podrá dar lugar a una intervención del Tribunal Constitucional exigiendo el cumplimiento de su sentencia, la STC 42/2014.

El Parlamento catalán se va a ver impedido de siquiera constituir en su seno una comisión parlamentaria que trate de cuestiones que tengan algo que ver con la Resolución 5/X porque, si así sucede, se producirá la intervención del Tribunal Constitucional, con la consiguiente

-
- 79 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, pp. 1833-1841.
- 80 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, pp. 1845-1855.
- 81 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, pp. 1857-1878.
- 82 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, pp. 1881-1898.

Regap



NOTAS

imputación penal de sus responsables. Esta situación rememora épocas medievales en las que el rey podía someter a proceso a aquellos representantes en las Cortes estamentales que no fueran respetuosos con sus designios. Se ha dicho que las competencias que han sido reconocidas al Tribunal Constitucional en la ejecución de sus sentencias también las tienen recogidas otros tribunales constitucionales. Más allá del necesario y preciso análisis de la bondad de esta afirmación, es indudable que la forma en que el Tribunal Constitucional está utilizando esos instrumentos no encuentra parangón en la experiencia constitucional comparada. A su vez, un comportamiento tal sitúa debidamente la caracterización jurídico-política del Estado de las autonomías, del que se afirma su proximidad a un Estado federal. Nada más lejano de la realidad. Los estados federados en una federación son Estados, sus parlamentos son inviolables y los parlamentarios son inmunes e inviolables en el ejercicio de sus funciones. En Cataluña, sin embargo, se procesa a la presidenta del Parlamento, al ex presidente del Gobierno y a algunos de sus consejeros como respuesta a planteamientos políticos democráticos, sustentados en claras mayorías parlamentarias.

Esta situación política es difícil prever a dónde puede llegar. Inicialmente cabe decir que el Gobierno del Estado no intenta ninguna maniobra de acercamiento que posibilite dar algún tipo de respuesta jurídica a la situación que no sea la represión penal.

Ante esta situación, se propone ductilidad en la utilización de los medios y categorías jurídicas⁸³, realizándose propuestas concretas de reforma constitucional que acerquen la organización del Estado español a un Estado federal, a la vez que incluir una disposición adicional en la Constitución que responda a las reivindicaciones catalanas⁸⁴. No hay duda de que la reforma constitucional tiene una problemática jurídica importante, tal como relata De la Quadra-Salcedo⁸⁵, aunque la dificultad no puede por sí misma enervar las reivindicaciones catalanas. En este sentido, tiene interés recordar la experiencia escocesa y la canadiense. En la primera, el Gobierno del Reino Unido solamente se pronunció a favor de la existencia de una única pregunta, dejando todo lo demás, la organización y la forma de desarrollo de la campaña, en manos de las autoridades escocesas. Socialmente se vivió el referéndum con plena normalidad democrática, lejos de boicots al gúisqui escocés o planteamientos similares. En relación con Quebec, no se subraya suficientemente el elemento central de la argumentación del Tribunal Supremo canadiense, que situaba el centro del proceso político en la voluntad del pueblo de Quebec. Una vez manifestada esa voluntad, debería procederse a una negociación y a la realización de las reformas constitucionales que, en su caso, fueran necesarias.

La reforma constitucional no es, por tanto, ni límite al alcance o contenido de la voluntad del pueblo de Quebec ni tampoco constituye la única forma de expresión de su voluntad política. Esa voluntad se manifiesta previamente, lo que da lugar al proceso político-constitucional subsiguiente. Obviamente, este no es el planteamiento del Tribunal Constitucional en su STC 42/2014. Para el alto tribunal, el derecho a decidir se puede hacer operativo solamente mediante los procedimientos de reforma constitucional, lo que está muy lejos de la sentencia del Tribunal Supremo canadiense. Es más, para ese tribunal la Constitución y sus procedimientos

83 AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., "La idea de España y su organización territorial en el siglo XXI", cit., pp. 1497-1526.

84 CARRILLO, M., "Reforma constitucional con el trasfondo de Cataluña", cit., pp. 1527-1552.

85 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.

de reforma no constituyen límites a la expresión política del pueblo de Quebec. Para acabar con la referencia a esta problemática, es necesario hacer una consideración desde la perspectiva del derecho internacional.

Hay dos cuestiones que se quieren subrayar, a saber: 1) el significado del derecho de autodeterminación y 2) el reconocimiento de Estados. En relación con el primero, se sigue repitiendo un mantra que no se corresponde con la realidad. Decir que el DA solamente encuentra aplicación en situaciones coloniales no se corresponde con la realidad. En primer lugar, porque constituye una interpretación restrictiva del alcance del derecho, que no tiene una correspondencia con su literalidad. Los órganos de la ONU, en especial el Tribunal de Justicia Internacional, han reconocido ya ese derecho en situaciones que no son coloniales. Finalmente, hay que reseñar que los Pactos de Derechos Civiles y Políticos son de 1966, fecha en la que los imperios coloniales ya habían desaparecido. Otra cuestión diferente es el significado de este derecho, en el que se han diferenciado situaciones atendiendo al DA interno y externo, lo que refleja la complejidad de una categoría jurídica, pero no su inexistencia. Algo similar sucede con el derecho a decidir. Se quiere negar su existencia afirmando que no se conoce su contenido. Hoy en día sería muy fácil establecer algunos contenidos de ese derecho, como la legalidad y la legitimidad de las decisiones de los poderes públicos catalanes, en especial de su Parlamento. Por lo que respecta al segundo aspecto, llama la atención el olvido de la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre Kosovo. Frente a la afirmación constante de que el principio de integridad territorial impide el ejercicio del DA, el Tribunal Internacional de Justicia recuerda que ese principio actúa frente a las agresiones exteriores. Por otra parte, el reconocimiento internacional de Estados es una cuestión de hecho, que cada Estado puede hacer libremente, y que se somete a requisitos solamente cuando se trata de integrarse en una organización internacional. En ese caso, los nuevos miembros pueden verse necesitados del cumplimiento de unos requisitos en los que, con mayor o menor fuerza, se puede requerir la aprobación de los miembros actuales de la organización.

La relación entre ordenamientos regida por los principios de prevalencia y supletoriedad, de acuerdo con el dictado del artículo 149.3 CE, ha revivido en el tratamiento jurisprudencial y, consecuentemente, en el doctrinal como derivación obligada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que recientemente ha tratado de estas cuestiones dando respuestas jurídicas contestadas y parece que dubitativas. Especialmente este es el caso al tratar del principio de prevalencia, principio que para algunos parece significar una afirmación del ordenamiento jurídico estatal sobre los restantes, es decir, una condición que “beneficia a otra norma estatal dictada sobre cualquier materia, en ejercicio de cualquier género de competencia”, imponiéndose como tal sobre cualquier norma autonómica, aunque se dictara en materia de competencias exclusivas (Rebollo Puig)⁸⁶. Si se ha entendido bien esta idea, no se comparte. Si el Estado y la Comunidad Autónoma dictan una norma sobre una materia, coincidiendo el objeto de la misma, situación a la que parece hacerse referencia en la frase anteriormente citada, la consecuencia no es la prevalencia de la norma estatal sobre la autonómica, aun en el caso de que la competencia autonómica fuera exclusiva. Si la competencia autonómica es exclusiva y el Estado la regula, la norma estatal sería sin lugar a dudas inconstitucional.

86 REBOLLO PUIG, M., “En busca de la prevalencia perdida”, cit., p. 1597.

La idea de separación de ordenamientos es clave en esta cuestión, y la determinación de cuándo se está ante una norma dictada en una materia de competencia estatal o autonómica debe definirse con claridad. Para los supuestos en los cuales una actuación estatal o autonómica conforme a su competencia puede dar lugar a un conflicto entre ambas normas, el Tribunal Constitucional ya ha afirmado que deberá analizarse cuál es la competencia prevalente. No es posible aplicar el principio de prevalencia en este caso, afirmando la prevalencia de la norma estatal sobre la autonómica. Si así se hiciera, se estaría convirtiendo el principio de prevalencia en una norma o criterio de competencia, ya que toda norma estatal primaría sobre las normas autonómicas, con la consecuencia de que esa prevalencia determinaría entonces cuál es la norma que ha sido válidamente dictada.

El principio de prevalencia constituye sólo un criterio para la resolución de conflictos normativos, que resulta aplicable cuando en esos conflictos normativos se entiende que las normas en conflicto son ambas conformes a competencia. La cuestión estriba en determinar cuándo puede afirmarse que dos normas son conformes a competencia, si teóricamente cada una debe corresponderse con una materia en la que se tiene competencia, lo que significa que, si una norma se dicta conforme a competencia, la otra no lo puede ser. Por principio, ambas normas no pueden ser a la vez competentes.

El supuesto de contradicción entre dos normas que pueden entenderse válidas sólo se produce cuando se está ante una competencia compartida. Si el Estado dicta una ley básica, la Comunidad Autónoma dicta una norma de desarrollo y posteriormente el Estado modifica esa legislación básica. Si esa modificación es contraria a la ley autonómica anterior, ambas han sido dictadas conforme a competencia, y la solución del conflicto que puede derivar de la relación entre ambas constituye un conflicto normativo, que debiera resolverse mediante el principio de prevalencia. Ciertamente, la aplicación del principio de prevalencia significa no olvidar otro principio, que es el valor jurídico de la ley. La ley vincula a los tribunales, que cuando dudan de la constitucionalidad de una norma no pueden no aplicarla, sino que deben acudir al Tribunal Constitucional, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Cuando hay otra ley básica estatal que afecta a una ley autonómica dictada en desarrollo de esta última, la contradicción no puede entenderse que es una cuestión de constitucionalidad si la nueva ley básica estatal se ha mantenido dentro de sus competencias. Al no serlo, podría aplicarse el principio de prevalencia y en consecuencia aplicarse la nueva ley básica estatal.

Haciéndolo así no se está prejuzgando cuál ha sido la voluntad del legislador autonómico, ya que, al desconocer la nueva ley estatal, no se puede afirmar que esa ley autonómica sea contraria a la Constitución. Ni tampoco se podría afirmar que el legislador autonómico quería contradecir la nueva ley estatal, que obviamente no podía conocer. Por otra parte, aplicar esta teoría llevaría a resultados de gran inseguridad jurídica. Este sería el caso de la modificación de normas que regulen elementos procedimentales como, por ejemplo, la forma de adoptar acuerdos por mayoría, que deberían regirse por el principio *tempus regis tactum*, y no encontrar aplicación. Si no se hace así, podría enfrentarse el ordenamiento jurídico en algunos casos al denominado *horror vacui*, tal como señaló García de Enterría, al tratar de la relación entre la Constitución y las normas legales anteriores. La aplicación de la Constitución con efecto retroactivo podría producir el vaciamiento del ordenamiento. El ejemplo paradigmático sería que la Constitución de 1978 habría derogado el Código penal anterior, ya que no cumplía la condición de ser ley orgánica. Evidentemente, ese resultado

no puede ser querido por el ordenamiento. Algo similar sucedería si se aplicara el principio de prevalencia, entendiendo que las leyes autonómicas devienen inconstitucionales como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva ley estatal básica.

El debate, sin embargo, está lejos de ser pacífico, frente a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en los que claramente se ha manifestado a favor de la inaplicación del principio de prevalencia. Para el Tribunal Constitucional las leyes básicas estatales nuevas producen la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes autonómicas previas (aunque estas últimas hubiesen sido dictadas conforme a la ley básica estatal anteriormente en vigor). Al tratarse de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional considera que es necesario acudir al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre la compatibilidad entre la ley autonómica y la ley estatal básica posterior. Así lo ha dicho en una serie de sentencias, como la 173/2002, y en las referencias que en ella se encuentran. Con posterioridad pueden entrar a colación las sentencias 66/2011, 187/2012, 177/2013 y 195/2015. Esta interpretación se ha ido rompiendo por parte del Tribunal Constitucional al afirmar el principio de prevalencia, aunque no lo ha hecho, señalando simplemente que la nueva ley básica estatal produce el desplazamiento de la ley autonómica. El Tribunal Constitucional ha señalado que, para que esta prevalencia se pueda dar, la ley autonómica debía haber reproducido la ley básica estatal anterior, que, al ser modificada por la nueva ley básica estatal, no provoca un problema de inconstitucionalidad, ya que la voluntad del legislador autonómico ha sido simplemente repetir lo dicho por el legislador estatal (STC 102/2016). Posteriormente señaló también que si la ley autonómica se hubiera dictado sin la existencia de una ley de base estatal previa, la ley de bases estatal que por primera vez dicta el Estado y que afecta a una ley autonómica previa, tal como establece la STC 204/2016, tampoco provoca problema de constitucionalidad.

Como puede verse, al igual que sucedió en determinado momento al analizar el principio de supletoriedad, el Tribunal Constitucional está modificando su doctrina, aunque lo está haciendo de una forma no fácilmente entendible. En todo caso, de admitirse la interpretación que parte del reconocimiento de primacía de la ley básica estatal posterior sobre la autonómica anterior, con el desplazamiento de esta última declarado por los tribunales ordinarios, no debería nunca olvidarse el establecimiento de algún mecanismo en el cual la comunidad autónoma afectada, en concreto su parlamento, pudiera defender la conformidad constitucional de su ley. Aunque frente a esta situación también podría afirmarse que la responsabilidad del legislador autonómico estaría precisamente en aprobar una nueva ley, en el supuesto de que fuera contraria a la nueva ley de bases estatal, que sí produciría en ese caso una cuestión de inconstitucionalidad que debería resolver el Tribunal Constitucional. En estos planteamientos no se debe olvidar que, si la nueva ley básica estatal puede ser inconstitucional, en ese caso sí procedería que los tribunales ordinarios plantearan ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

En este segundo volumen de la obra que se comenta pueden encontrarse también aportaciones doctrinales relativas a la autonomía local. Destacan los análisis que se hacen sobre la normativa reciente en materia de régimen local, la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que recibe críticas tanto generales como en aspectos concretos, empezando por su propio nombre (Parejo Alfonso⁸⁷). Tanto este último autor como

87 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, pp. 1899-1928, en especial p. 1926.

los que lo acompañan en hacer una reflexión general sobre esta ley (Font Llovet⁸⁸ y Castillo Blanco⁸⁹), coinciden en la crítica a la norma estatal, pudiendo detectarse un elemento común a esta crítica, que consiste en el escaso papel que dejan a los estatutos de autonomía en su función de configurar y determinar el alcance territorial y competencial de los entes locales. Al hablar de los estatutos de autonomía y de su papel en esta materia, se destaca que la reforma del sistema de gobierno local debería incluir elementos que se dirijan precisamente a su repolitización, diversificación e interiorización autonómica⁹⁰. En esta política general, puede hacerse referencia también a la importancia de previsiones relativas a la organización de entes intermedios, especialmente de consorcios y mancomunidades, dada su importancia para la prestación de servicios obligatorios y también para los no obligatorios. En este último sentido, las limitaciones que con el ejercicio de las competencias locales persigue la ley son también objeto de crítica⁹¹.

La cuestión de los entes intermedios y la gestión de las competencias locales es atendida específicamente por varias de las aportaciones. Así, se analizan las experiencias que en el ámbito europeo se han desarrollado en esta materia, especialmente en Francia e Italia⁹², donde relata en un documentado trabajo la experiencia desarrollada en ambos Estados. En las enseñanzas que pueden derivar de esta experiencia comparada, la autora destaca, en línea con las referencias que anteriormente se han hecho a las competencias autonómicas, que la imposición uniforme de estas no tiene sentido, ni tampoco que la existencia de estas entidades supramunicipales deba ser garantizada constitucionalmente⁹³. La autora pone también de manifiesto que, debido a la crisis económica fundamentalmente, afirmaciones sobre la estructura administrativa del Estado, que venían a ser un lugar común, resultan sin embargo más tarde radicalmente modificadas, tal como ha sucedido en los planteamientos, algunos fracasados, desarrollados en Italia en relación con las provincias.

Se debe destacar también en esta materia el trabajo de Barrero Rodríguez⁹⁴, quien establece que la nueva ley no ha supuesto una modificación de las mancomunidades y del sistema hasta ahora existente. Para ello, analiza especialmente la disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013⁹⁵, llegando a la conclusión de que sigue siendo necesaria una transformación y reorganización de la planta local, incluido el régimen de los entes intermedios, que sigue

88 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, pp. 1929-1946.

89 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, pp. 1947-1974.

90 FONT LLOVET, T., "Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación, interiorización", cit., p. 1945.

91 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.

92 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, pp. 2077-2089, en especial pp. 2082 a 2086.

93 BOTO ÁLVAREZ, A., "Los entes locales intermedios: algunas experiencias comparadas dentro de la Unión Europea", cit., p. 2089.

94 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, pp. 2091-2114.

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", cit., p. 2099 y ss.

siendo una asignatura pendiente⁹⁶. Cierra este análisis de las administraciones intermedias el trabajo de Nieto Garrido⁹⁷ sobre el consorcio administrativo.

Finalmente, quedaría por referir un interesante trabajo sobre la posibilidad de que los concejales o miembros del órgano de gobierno local puedan ser personas que no hayan sido elegidas por la ciudadanía (Beltrán de Felipe y Duarte Martínez⁹⁸). El trabajo tiene interés desde perspectivas diferentes. En primer lugar, por el análisis que plantea de tres sentencias del Tribunal Constitucional, la 132/2012, 103/2013 y 125/2013, a partir de las cuales deducen los autores una serie de problemas teóricos de gran importancia. Algunos son relativos a fuentes del derecho, las relaciones entre Constitución, estatutos y legislación básica y legislación de desarrollo. Pero no es este aspecto el que se considera de más interés en este caso, aunque lo tiene evidentemente, sino la reflexión sobre la representación local y la partidocracia.

Las reflexiones que se realizan sobre la vinculación que debe existir entre el papel de los partidos políticos y el de los representantes elegidos por el pueblo en listas bloqueadas y cerradas lleva a los autores a hacer una consideración sobre la cierta falsedad que oculta esta relación, ya que a pesar de que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia realicen una afirmación tajante sobre la desvinculación entre los partidos y los electos locales, no existe, con la consiguiente afirmación de la representación democrática de la ciudadanía que corresponde a los electos y su primacía frente a los partidos. Sin embargo esta afirmación teórica contrasta con la realidad, donde los partidos políticos son realmente los dueños de las listas electorales y, por tanto, debería reconocérseles una función más determinante en los supuestos de transfuguismo o de renuncia de los electos locales a mantenerse en el cargo, con el consiguiente vacío de poder y la aplicación sustitutoria del artículo 182.2 de la LOREG. Puede haber una tendencia realista, que se manifiesta en alguna doctrina, a primar los partidos políticos, negando alguna de las consecuencias clásicas de la teoría democrática por juzgarlas contrarias a la realidad. Esta es una teoría respetable. Considerar que el abandono del partido político puede significar la pérdida del cargo representativo se entiende que es contrario a la teoría de la representación y al concepto de representación manejada en la propia Constitución (véase el comentario al volumen primero). Los autores señalan que la democracia de proximidad requiere una modificación de la regulación jurídica existente, para permitir una mayor representatividad democrática, con mayor participación de la ciudadanía, eliminando las limitaciones que puedan establecer los partidos y las listas cerradas y bloqueadas, así como el desarrollo de una práctica de rendición de cuentas “mínimamente seria”. Estas son condiciones de una regeneración democrática que encontraría en el escalón municipal un comienzo adecuado⁹⁹.

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. 2103.

97 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, pp. 2115-2136.

98 BELTRÁN DE FELIPE, M., y 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, pp. 2137-2158.

99 BELTRÁN DE FELIPE, M., y 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.

VOLUMEN III: DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO E INTERNO

El volumen tercero recoge trabajos en distintos aspectos novedosos del derecho público, aunque cabe destacar un componente fundamental consistente en la importancia del derecho europeo en el desarrollo del derecho público y las instituciones administrativas. Esta importancia del derecho europeo se basa en muy diferentes aspectos, aunque cabe llamar la atención sobre tres de ellos. En primer lugar, la importancia que ha adquirido el principio de libre competencia, el cual, aunque ya está presente en los ordenamientos jurídicos internos, no adquiere la importancia que tiene en la actualidad hasta el ingreso en la Unión Europea. El principio de libre competencia constituye uno de los ingredientes fundamentales del derecho de la Unión, de la garantía de los intercambios de bienes y servicios, así como de las libertades de carácter económico, y al mismo tiempo constituye un elemento o componente que sirve en algunos casos como motivo y justificación de la reducción de derechos sociales o de la eliminación o condicionamiento de servicios públicos. Junto al principio de competencia, otras aportaciones hacen referencia a la contratación administrativa y a la incidencia que la normativa europea tiene sobre ella. Es indudable que en este caso también el principio de libre competencia y no discriminación se encuentra entre los fundamentos de esta normativa, aunque, dada la complejidad del ordenamiento jurídico urbanístico, las resoluciones de los tribunales y la cohesión de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha presentado como una labor compleja y en algunos casos difícil de articular, tal como veremos que ejemplifica con un importante análisis de jurisprudencia el magistrado del Tribunal Supremo Suay Rincón¹⁰⁰. El tercer campo donde el derecho europeo hace presencia es el bancario. Constatada la transferencia de competencias en materia de política financiera a la Unión Europea, con las importantes competencias del Banco Central Europeo, se evidencian a la vez las deficiencias que el sistema bancario europeo ha puesto de manifiesto, en especial la carencia de instrumentos para enfrentarse a la crisis económica que ha padecido Europa y cuyas consecuencias todavía combate.

Este tercer tomo se inicia con cuatro reflexiones sobre los nuevos retos del derecho público antes de entrar a tratar la influencia del derecho europeo. En estos trabajos se atiende a cuestiones de tanta actualidad como la corrupción, aunque desde su negativo, es decir, el buen gobierno, la ética pública y los altos cargos (Bassols Coma¹⁰¹), trabajo en el que se describe fundamentalmente la Administración general del Estado, el concepto de alto cargo, su régimen jurídico, para posteriormente analizar lo que se entiende por buen gobierno, acabando por una reflexión sobre el régimen sancionador en este campo de los altos cargos y el procedimiento a través del cual ese régimen sancionador se pone en funcionamiento. Las siguientes aportaciones cambian de perfil para adentrarse en los nuevos planteamientos que la globalización y el desarrollo tecnológico han llevado al derecho. Así, el trabajo de un especialista en esta materia, Esteve Pardo¹⁰², analiza el problema de la incertidumbre y la respuesta jurídica ante el mismo. En su atractivo trabajo analiza la evolución que esta relación entre derecho e incertidumbre ha tenido, pasando de la respuesta inicial a esta

100 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, pp. 2583-2607.

101 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, pp. 2159-2191.

102 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, pp. 2193-2205.

relación basada en la economía, como las obras que se produjeron fundamentalmente en Norteamérica sobre el análisis económico del derecho, para convertirse en la actualidad en la relación entre derecho y literatura, acudiendo a esta última, sus ficciones, como nuevo paradigma en la relación que se produce entre el derecho y la incertidumbre. Efectivamente, al hablar de ficciones, cabe hacer referencia a cuestiones antiguas, como puede ser el hecho de la creación de la figura de las personas jurídicas, hasta nuevas formas de respuesta del derecho ante la incertidumbre, que están por estudiar. Históricamente, el derecho ha tenido una admiración hacia las ciencias empíricas, ya que se fundamentan en “la seguridad y las certezas”. Sin embargo, rota esa relación, cabe señalar que ante la incertidumbre el derecho debe encontrar su base en las Humanidades, aunque el autor recuerda que las utilidades prácticas que esa relación pueda tener están por explotar¹⁰³. Acaba este tomo con las reflexiones sobre gobernanza pública, la distinción entre regular y gobernar, con las consecuencias que esta conceptualización tiene (Gómez Jiménez¹⁰⁴), para cerrar el apartado con una reflexión general sobre regulación y derecho administrativo debida a la pluma de Ñigo del Guayo¹⁰⁵.

El segundo bloque de trabajos de este tomo trata sobre la libre competencia y los efectos que esta tiene en el derecho y las potestades administrativas. Este Santo Grial de la modernidad, que es el principio de libre competencia, ha servido para vaciar el campo de intervención de los poderes públicos, permitiendo la privatización de muchas funciones hasta este momento clásicamente públicas e impidiendo en otros casos que la intervención pública en ciertos sectores pudiera ser desarrollada como hasta la actualidad. Esta visión de la libre competencia, con estas consecuencias, es deudora de un momento político en el cual el neoliberalismo en su faz más cruda estaba en vigor. En la actualidad, tal como lo demuestran algunos movimientos políticos europeos, y no solamente los que podrían considerarse “extremistas”, se plantean la relectura de este principio con la consecuencia de volver a situar también al Estado como actor fundamental en la prestación de servicios sociales y, en lo que corresponda obviamente, a entes como la Unión Europea. En un ámbito más limitado, atiende a la incidencia del principio de competencia en el ámbito local el trabajo de Ortega Bernardo¹⁰⁶, en el que se relatan algunos de los supuestos en los cuales se ha pretendido, en virtud de este principio, reducir el campo de actividad de los entes locales, como cuando se pretende que los entes locales no puedan prestar servicios deportivos, servicios de guardería, dar clases de inglés o exhibir películas en público. La pretensión de impedir estas actividades públicas porque pueden colisionar con las privadas y afectar al principio de libre competencia no es aceptada por los tribunales, donde la idea de servicio público de ámbito local no puede verse afectada por este principio de libre competencia. Más allá de la clave jurídica, entender que la intervención privada en esos sectores pueda impedir la intervención pública no puede dejar de sorprender y llamar poderosamente la atención. Con estos planteamientos, se persigue que toda actividad de prestación de servicio público de carácter gratuito o de precio subvencionado se considere contraria a derecho. De esta manera, se procedería a

103 ESTEVE PARDO, J., “De la ciencia a la literatura. El camino del derecho ante la incertidumbre”, cit., p. 2204.

104 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, pp. 2207-2217.

105 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, pp. 2219-2235.

106 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, pp. 2239-2259.

una disminución tal de las funciones públicas que, en cierto sentido, pondría en cuestión la propia idea de democracia.

Un análisis de esta función de servicio público, competencia y libre circulación de mercancías es realizado por Trías Prats¹⁰⁷, al estudiar estos principios en el mercado europeo de los residuos¹⁰⁸. En este artículo se pone de manifiesto que una lectura tan exigente del principio de libre competencia pondría en cuestión la idea de servicio público, con este nombre o con otro, por lo que el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 106.2, ya establece que en los casos de las denominadas empresas públicas encargadas de la gestión de “servicios de interés económico general”, cuando la aplicación de las normas de competencia impida el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esos servicios, el cumplimiento de esa “misión específica”, en esos casos dichas normas europeas no encontrarán aplicación¹⁰⁹.

Los dos siguientes trabajos tratan de dos cuestiones de gran interés. La primera de ellas es la relación entre las resoluciones de las autoridades administrativas y de los tribunales en materia de derecho de la competencia. El ilustrativo título, “cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y tribunales”, refleja la problemática que se suscita entre la aplicación de las normas de competencia por los tribunales ordinarios, por la jurisdicción civil, y las resoluciones que pueda adoptar la CNMC. Huergo Lora¹¹⁰ analiza con detalle esta cuestión, poniendo de manifiesto que, si bien las decisiones de la Comisión Europea en materia de competencia vinculan a las autoridades internas administrativas y judiciales, sin embargo las decisiones de la CNMC no lo son para los tribunales. Esta falta de efecto vinculante no significa, en cambio, que las resoluciones de la CNMC no tengan un importante peso en los procesos judiciales¹¹¹. El último trabajo se refiere a la ejecución del derecho comunitario de la competencia por las autoridades estatales y lo que esta aplicación significa desde la perspectiva de la problemática que una aplicación descentralizada de este tipo, en una organización como la Unión Europea conlleva (Guillén Caramés¹¹²).

El siguiente grupo de trabajos comienza con el significativo nombre de “Síndrome de Lázaro” (Santamaría Pastor¹¹³), que trata de los recursos administrativos derivados de las exigencias que la normativa europea establece en este campo, señalando en principio que estos recursos demostraban su “buena salud” en el ámbito económico-administrativo y también se quiere lograr esa misma buena salud en el ámbito de la contratación administrativa. Efectivamente, el autor plantea la importancia que la vía administrativa puede tener en la resolución de

107 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, pp. 2261-2282.

108 TRIAS PRATS, B., “Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos”, cit., p. 2261 y ss.

109 TRIAS PRATS, B., “Servicio público, competencia y libre circulación de mercancías en el mercado europeo de los residuos”, cit., p. 2281.

110 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, pp. 2283-2312.

111 HUERGO LORA, A., “Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales”, cit., p. 2311.

112 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, pp. 2313-2351.

113 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, pp. 2511-2537.

contenciosos con la Administración, indicando el profundo significado que debía tener la terminación convencional de procedimientos, respecto de la cual dice que las administraciones públicas no están ciertamente acostumbradas a esa forma de finalización. Sin embargo, la normativa europea ha hecho volver sobre sus pasos a las administraciones, obligándolas a realizar la correspondiente transposición de las directivas de recursos europeos, especialmente las directivas 89/665/CE y 92/13/CE, frente a las cuales se ha manifestado una clara resistencia, al igual que frente a otras directivas dictadas posteriormente. La transposición de estas normas en el ordenamiento interno se ha visto afectada de manera importante por la intervención del Tribunal de Justicia, que declaró ya en el año 2003 el incumplimiento por parte del Reino de España de las obligaciones impuestas por la Directiva de recursos. Tal como señala el autor, la respuesta del Gobierno tardó cuatro años en desarrollarse, y fue en el año 2007 cuando se reguló por primera vez el recurso especial en materia de contratación¹¹⁴. Posteriormente se produjo una nueva sentencia en 2008, a la que se respondió también mediante la modificación operada por la Ley 34/2010. Para el autor, la ejecución de la directiva no la ha respetado con total fidelidad. En su análisis posterior atiende a la naturaleza de los órganos competentes para la resolución de los recursos, al requisito de la independencia de sus órganos, a las características de sus titulares, en especial la inamovilidad y duración del mandato, así como a la capacitación profesional, haciendo también una consideración sobre la regulación de estas materias en el ámbito autonómico. Un interesante trabajo que está acompañado de otro de Noguera de la Muela¹¹⁵, en el que se analiza también este recurso administrativo especial, en materia de contratos, aunque insistiendo de manera especial en el control jurisdiccional de la contratación pública y en la necesidad de establecer medidas cautelares autónomas en el recurso contencioso-administrativo, así como un procedimiento, que da en llamar “urgente”, en materia de contratación¹¹⁶.

Para evidenciar la importancia que tiene la incidencia del derecho europeo en la contratación pública, no hay más que comprobar los artículos que se dedican a esta materia, además de los ya señalados, y que se deben a las plumas de De los Mozos¹¹⁷, Hernández González¹¹⁸, Mellado Ruiz¹¹⁹ y Suay Rincón¹²⁰. Los tres primeros tratan de una forma más genérica la relación que se produce entre esas normas comunitarias y la evolución de la normativa interna de contratos públicos, resaltando cuestiones diversas como el alcance del título competencial de la normativa europea para dictar las directivas adoptadas, así como la incidencia que esta normativa tiene

114 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Un síndrome de Lázaro en el Derecho Administrativo español”, cit., p. 2515.

115 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, pp. 2539-2571.

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”, cit., pp. 2539 y ss.

117 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, pp. 2429-2447.

118 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, pp. 2449-2480.

119 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, pp. 2481-2509.

120 SUAY RINCÓN, J., “Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea”, cit., pp. 2583-2607.

en las prerrogativas que la Administración posee en la relación contractual, especialmente la interpretación unilateral y la resolución unilateral de los contratos¹²¹. Tiene también interés la reflexión sobre el contrato de concesión, la dificultad en su conceptualización, si se vincula a la remuneración del concesionario, mediante la retribución indirecta por los usuarios, o si se hace a través de la idea del riesgo de explotación. También llama la atención sobre la forma en que la normativa europea afecta al contrato de gestión de servicios públicos, al contrato de colaboración pública-privada y al ámbito al cual se va a dirigir el contrato de concesión, superando las limitaciones de los contratos de servicio público¹²². En esta labor de transposición se estima además que algunos aspectos de las previsiones comunitarias pueden tener dificultades de encaje sistemático y formal, realizándose un análisis detenido de esta problemática en relación con las concesiones de servicio público¹²³. Para acabar este apartado de contratación pública, cabe destacar el recorrido jurisprudencial que efectúa, tanto de la jurisprudencia interna como de la europea, el magistrado Suay Rincón¹²⁴. Desde una perspectiva más concreta, Bocanegra Sierra analiza la renuncia a las concesiones de obra como una solución equilibrada en los casos de ruptura del equilibrio económico del contrato, análisis puntual de una problemática importante y sobre la cual el autor hace unas interesantes consideraciones¹²⁵.

En materia de urbanismo, hay que reseñar el trabajo de Quintana López¹²⁶, analizando el reparto competencial en una materia de tanta importancia como la rehabilitación, regeneración y renovación de las ciudades, regulada por la Ley estatal 8/2013. Las reflexiones sobre esta materia tienen gran interés, ya que no parece que haya habido una reflexión suficiente sobre las consecuencias que en la crisis económica ha tenido la regulación del urbanismo, regulación que, desde luego, no ha servido para encauzar el desarrollo urbanístico, tampoco para evitar la corrupción y, tal como señaló el informe elaborado por los parlamentarios europeos, para preservar los derechos de la ciudadanía en muchos casos frente al poder omnímodo de la Administración y de ciertos intereses empresariales urbanísticos. La ley a la que hace referencia Quintana López parece que quiere dar una respuesta a este carácter expansivo del urbanismo, que es contestado por algunas comunidades autónomas. En principio, la finalidad que persigue la ley es buena, se puede compartir, aunque el análisis competencial de estas puede presentar ciertas dudas. El autor considera que existe una importante jurisprudencia constitucional en la materia, pero, a pesar de ella, las diferencias en la interpretación sobre las competencias estatales sigue estando al orden del día y se refleja, en este caso, en la Ley 8/2013 y la respuesta que se ha tenido por parte de las comunidades autónomas. Se trata de las conocidas como competencias transversales, a las que hace referencia Quintana López y que analiza detenidamente, en concreto al estudiar las bases y la coordinación de la planificación de la actividad económica: las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el

121 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.

122 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea", cit., pp. 2477-2479.

123 MELLADO RUIZ, L., "Aproximación a la influencia del Derecho comunitario sobre la normativa interna relativa a las concesiones de servicios públicos", cit., pp. 2481 y ss.

124 SUAY RINCÓN, J., "Urbanismo y contratación pública: jurisprudencia nacional y europea", cit., pp. 2583 y ss.

125 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, pp. 2573 y ss.

126 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, pp. 2609-2632.

ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, la legislación básica sobre protección del medio ambiente y sobre régimen energético, constituyen los títulos competenciales a los que el autor atiende para comprobar la incidencia que pueden tener en la sentencia que el Tribunal Constitucional dicte en el análisis de la citada ley¹²⁷.

En este análisis competencial presenta gran interés el trabajo de Sánchez Blanco, en el cual analiza la relación entre la jurisprudencia penal en los delitos sobre ordenación del territorio y urbanismo y la relación existente entre la legislación básica estatal y las normas autonómicas de ordenación del territorio. El autor considera que en la jurisprudencia penal se produce el desarrollo de conceptos que se han incorporado en el artículo 359 del Código penal, sin atender debidamente al concepto de suelo no urbanizable, tal como está regulado en el artículo 9 de la Ley del suelo de 1998, cuestión interesante que responde también a la preocupación existente en materia penal al acentuarse la existencia de regulaciones de los delitos penales en blanco. En estos delitos existe una remisión a regulaciones típicamente administrativas, lo que plantea la necesidad e importancia de atender a la cuestión prejudicial en materia administrativa¹²⁸, aspecto al que también atiende el interesante trabajo de Lozano Cutanda¹²⁹ sobre lo que llama los delitos administrativos¹³⁰. Finalmente, se plantea una problemática interesante con reflejo en el ámbito urbanístico, la clasificación hotelera, donde Blasco Esteve analiza la heterogeneidad de criterios existentes en esta materia, defendiendo la conveniencia de que haya una convergencia o armonización de la clasificación hotelera. Considera el autor que existe una excesiva heterogeneidad, y lo hace analizando el Decreto riojano 14/2011 y el Decreto balear 20/2011¹³¹.

El derecho administrativo económico desde la perspectiva de la Unión Europea, y en concreto de la política monetaria y financiera, encuentra acogida en este tercer volumen con las aportaciones de García-Álvarez¹³², Ponce Solé¹³³ y García Ureta¹³⁴. García-Álvarez y García Ureta analizan desde una perspectiva institucional el funcionamiento del sistema financiero, empezando el primero de ellos por reseñar la crisis que se ha producido en la supervisión de las entidades de crédito, tal

127 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 y ss.

128 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, pp. 2657-2679.

129 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, pp. 2837-2856.

130 LOZANO CUTANDA, B., "La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente", cit., pp. 2837 y ss.

131 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, pp. 2633 y ss.

132 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, pp. 2355-2379.

133 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 y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2381-2403.

134 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, pp. 2405-2426.

como se ha manifestado en la reciente crisis económica, con las consecuencias que ha tenido. García-Álvarez analiza la función que le puede corresponder al Banco Central Europeo en la supervisión de las entidades de crédito, el equilibrio que debe existir entre el Consejo de Gobierno y el Consejo de Supervisión, las relaciones entre la autoridad bancaria europea y el Banco Central Europeo y las competencias que en materia de supervisión bancaria corresponden a las autoridades internas¹³⁵. Concretando algunos problemas organizativos en esta materia, García Ureta analiza la posición del Banco Central Europeo y de las autoridades estatales en el Mecanismo Único de Supervisión Bancaria. En su trabajo analiza detenidamente el Reglamento marco del Mecanismo Único de Supervisión Bancaria, Reglamento 1024/2013, poniendo especial atención en la relación que se puede producir entre las funciones que corresponden al Banco Central Europeo y a las autoridades internas¹³⁶. Cierra el análisis el trabajo de Ponce Solé, que realiza un planteamiento sobre el régimen jurídico de la banca desde una perspectiva novedosa y que no hay más remedio que compartir. Hasta ahora la reglamentación de la intervención pública en el ámbito financiero se realizaba fundamentalmente desde una perspectiva que podría llamarse externa, estableciéndose un régimen jurídico de una actividad que se entiende importante para el sistema, de la misma manera que se pueden regular otras actividades económicas como pueden ser el comercio. La regulación en este sector ya ha sido definida como “marasmo normativo”. Por otra parte, la relación de los particulares con las entidades financieras, dada la dependencia del funcionamiento actual que se tiene con ellas, plantea la “exclusión financiera”, que se define como “la incapacidad, imposibilidad o dificultad en acceder y usar servicios financieros básicos”¹³⁷. De aquí que se realice una crítica a la perspectiva clásica de la actividad bancaria como una actividad simplemente privada, para pasar a considerar como una actividad o un “servicio de interés económico general”, en los términos utilizados en la Unión Europea¹³⁸. Se trata de un trabajo novedoso y de gran interés que hay que saludar efusivamente.

Interesa destacar en este tercer tomo el apartado relativo a la responsabilidad extracontractual de la Administración y del legislador. Son cinco las aportaciones que se realizan (González Ramos¹³⁹, Trayter Jiménez¹⁴⁰, De la Oliva Santos¹⁴¹, Ruiz López¹⁴² y Jiménez-Blanco¹⁴³), todas

135 GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “La supervisión por el Banco Central Europeo de las entidades de crédito españolas”, cit., pp. 2355 y ss.

136 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 y ss.

137 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.

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. 2383.

139 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, pp. 2719-2737.

140 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, pp. 2739-2762.

141 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, pp. 2763-2762.

142 RUIZ LÓPEZ, M.A., “Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legisador”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2783-2805.

143 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,

ellas de enjundia, y a pesar de incidir sobre un mismo tema y, por el propio origen de la obra, no haber un acuerdo previo entre los autores, las cinco tratan aspectos diferentes y resultan mutuamente complementarias.

Tres de las aportaciones tratan sobre la historia¹⁴⁴, la regulación constitucional y los problemas actuales que suscita¹⁴⁵, provocados por la nueva regulación jurídica de la institución y por los problemas relativos a la concordancia del régimen interno y del comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador¹⁴⁶. Los tres trabajos son de gran interés, resaltando en los dos últimos el esfuerzo de actualización que presentan sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración y del legislador, sentando los aspectos principales objeto de debate en la actualidad. A estas reflexiones generales se unen la de dos aspectos, que podrían considerarse parciales, de la responsabilidad extracontractual, siendo el primero el importante tema de la transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración pública con motivo de los daños que puedan ser causados por el funcionamiento de los servicios públicos¹⁴⁷. Aquí destaca la postura que claramente adopta el autor, partidario de la intransmisibilidad, pero donde acude a una justificación teórica propia que presenta un gran interés. El otro autor que finaliza el apartado es Jiménez-Blanco, quien dedica unas reflexiones a la problemática que se produce en otros ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en especial aquellos también derivados de la idea de confianza legítima, categoría trasladada del derecho público alemán. El autor compara la problemática que, especialmente en materia de energía, se ha producido como consecuencia de la modificación del régimen jurídico de la explotación de las energías renovables, equiparando la respuesta jurídica producida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la producida por los tribunales en la República Federal de Alemania. Tienen especial interés en este trabajo las reflexiones del autor sobre la relación que se produce entre el régimen de la responsabilidad, la jurisprudencia interna y los pronunciamientos que puedan derivar de los tribunales de arbitraje internacionales. Es necesario resaltar también la problemática derivada de las competencias de la Unión Europea en esta materia y las consecuencias que en el régimen jurídico del arbitraje y la responsabilidad pueden derivar precisamente de esa regulación. Es este un artículo escrito con soltura y que, a pesar de la dificultad del tema, se hace fácilmente comprensible para el lector.

Otros trabajos que podemos encontrar tratan de diferentes temas, como el derecho de aguas, en el que Delgado Piqueras vuelve al análisis de esa idea tan importante que es el ámbito territorial de la cuenca hidrográfica como componente fundamental de una política de aguas, tanto en el derecho español como en el europeo¹⁴⁸. Ciertamente, desde una

pp. 2807-2833.

144 GONZÁLEZ RAMOS, C., "Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", cit., pp. 2719 y ss.

145 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.

146 RUIZ LÓPEZ, M.A., "Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador", cit., pp. 2783 y ss.

147 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 y ss.

148 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, pp. 2683 y ss.

perspectiva teórica, la idea de la cuenca geográfica como ámbito de gestión hay que saludarla positivamente. El autor pone de manifiesto cómo el planteamiento teórico se asume plenamente, pero la práctica política en materia de aguas es muy deficiente. La gestión de las aguas requeriría un acuerdo político que facilite precisamente la forma de participación de todos los entes interesados y con competencias en la materia. Esto no se hace, y en particular hay que decir que la participación de las comunidades autónomas en la política del agua no es atendida suficientemente por la Administración central. Quizá ello se deba en parte a la pobre y limitada política de aguas que se realiza en el Estado, donde se llegan a producir situaciones tan peculiares como que las propias multas, impuestas a las empresas por el incumplimiento de sus obligaciones, sean satisfechas por la entidad local correspondiente con objeto de que la empresa no se deslocalice. De ahí que la reflexión sobre este tema siempre haya que saludarla de forma positiva.

La existencia jurídica gratuita es analizada por el profesor López Benítez¹⁴⁹, tan importante y más cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que intervenir estableciendo la inconstitucionalidad de las tasas en el ámbito judicial, en concreto la normativa dictada por el anterior Gobierno. Este es un tema de gran importancia, ya que el derecho a la tutela judicial está vinculado precisamente a que exista un sistema de asistencia jurídica gratuita que permita que ese derecho sea realmente factible. El trabajo de López Benítez analiza las competencias autonómicas y estatales en la materia, el diseño organizativo para la prestación de este servicio público y su prestación por los colegios profesionales, con la problemática que ello genera. El autor realiza finalmente unas interesantes consideraciones sobre el reparto competencial Estado-comunidades autónomas, con las consecuencias heredadas de la Ley 1/1996 y la idea de asunción del ejercicio efectivo de las competencias, así como de la posterior financiación por parte del Ministerio de Justicia de los servicios que están vinculados a la asistencia jurídica gratuita.

Lozano Cutanda analiza lo que da en llamar el espectacular desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración, estudiando específicamente la problemática de las normas penales en blanco y su relación con el principio de intervención mínima. La autora llama la atención sobre el aumento creciente de la intervención penal mediante las denominadas normas penales en blanco, que denomina delitos administrativos, remitiéndose especialmente a la problemática de la prejudicialidad, a la que ya atendió hace algunos años el trabajo de Ballbé Mallol y Padrós Reig. En esta relación y al tratar de la prejudicialidad remite también al artículo 31 bis del Código penal y a lo que considera una norma prácticamente administrativa, si se analizan los requisitos que se quieren requerir a las empresas y a los administradores cuando se trate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁵⁰. En este sentido, tiene especial interés la referencia que hace a la sentencia del Tribunal Supremo 663/2005. También atiende la autora a la problemática vinculada al principio *non bis in idem*, a la dificultad de diferenciación entre la ilicitud penal y la ilicitud administrativa en los delitos tipificados como leyes penales en blanco, reclamando la necesidad de la regulación de las cuestiones prejudiciales administrativas en el orden jurisdiccional penal. Se trata de un trabajo de actualidad y de interesante lectura.

149 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, pp. 2699-2715.

150 LOZANO CUTANDA, B., "La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente", cit., p. 2841.

Finaliza este tercer volumen con tres artículos dedicados a los límites y a las garantías constitucionales de las ayudas públicas, a la estabilidad presupuestaria y al déficit público en el ámbito autonómico y a la estabilidad presupuestaria local. El primero de ellos es de Burlada Echeveste¹⁵¹ y los posteriores, de Villar Rojas¹⁵² y Calvo Vérguez¹⁵³. Empezando por estos últimos trabajos, Villar Rojas analiza la problemática jurídica que plantea el control de la estabilidad presupuestaria en el ámbito local, con la consecuencia que tiene del fortalecimiento de la tutela estatal y de los controles que se fortalecen y que la tutela estatal provoca. Analiza el autor las medidas para el control del endeudamiento, especialmente también la financiación para el pago de deudas para proveedores, entrando posteriormente en el estudio de la relación existente entre la estabilidad presupuestaria y la autonomía local. Ambos son mandatos constitucionales que tienen un mismo rango, pero que en su puesta en práctica prima de manera señalada el primero. En este sentido, el autor analiza la problemática de la deslegalización de las potestades de control, el haber transitado de una supervisión reglada a una discrecional y, en definitiva, haber llegado a una situación en la que el necesario equilibrio que debería darse entre el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y su tutela y la autonomía local, principios ambos de rango constitucional, como se ha señalado anteriormente, debería estar equilibrada y no con una clara ventaja para el primero de ellos¹⁵⁴.

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.
- 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.

151 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, pp. 2883-2909.

152 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, pp. 2859-2882.

153 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 y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2911-2935.

154 VILLAR ROJAS, F.J., "El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios", cit., p. 2882.



- 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.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., y 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.

regap



NOTAS

- 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 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 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.
- 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*

regap



NOTAS

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.

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.

regap



NOTAS

- 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.
- 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.

Regap



NOTAS

- 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., y 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.
- 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 CABALLERIA, 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



NOTAS

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

La libertad religiosa negativa, en cuanto derecho a cambiar o no pertenecer a ninguna religión, forma parte del acervo irrenunciable de derechos que todo ordenamiento jurídico estatal ha de reconocer a las personas.

La actuación de este derecho se lleva a cabo a través de la conducta que, tradicionalmente, se denomina *apostasía*, mediante la cual un sujeto se “coloca fuera” de la fe a la que pertenecía. Los efectos de esta declaración, en la esfera de deberes y derechos de quien ejercita esa libertad, han sido, desde hace siglos, objeto de intensos debates. Estas discusiones presentan una importante complejidad debido al entrecruzamiento de ordenamientos, confesionales y estatales, que se produce en este ámbito. Por este motivo, es de gran importancia reflexionar, en cada momento histórico, sobre los presupuestos y efectos del ejercicio de la libertad religiosa negativa en cada ordenamiento estatal, en relación con los derechos confesionales que interactúan con él. En este sentido, la profesora María José Roca, con la monografía objeto de esta recensión, caracterizada por su exhaustividad, riqueza y solvencia, viene a colmar, en gran medida, esta necesidad en el seno del derecho español contemporáneo.

Esta obra se ha concebido y elaborado teniendo en cuenta la antedicha realidad poliédrica; en consecuencia, puede ser dividida en dos partes: por un lado, en ella se estudia la apostasía en el derecho confesional –en el derecho canónico, en el capítulo primero, y en los derechos confesionales de las minorías judía, musulmana y protestante, en el capítulo segundo– y, por otro lado, en el derecho estatal –español, en el capítulo tercero, y alemán, austríaco y suizo, en el capítulo cuarto–. Ambas partes se hallan precedidas de una breve, aunque muy

clarificadora, introducción, en la que analiza la figura de la apostasía y su evolución histórica, para lo cual la autora se remonta, en el ámbito del derecho continental, a la regulación contenida en el *Código Teodosiano* y en el *Código Justiniano*, y, en el caso del derecho español, a las disposiciones comprendidas en el *Fuero Juzgo*, en el *Fuero Real* y en las *Partidas*.

Como se ha adelantado, el primer capítulo de este volumen se dedica al examen de la apostasía en el derecho canónico. Así, respecto de este, se lleva a cabo un minucioso escrutinio de la apostasía como abandono (formal) de la comunión en la fe católica. En esta investigación, destaca la revisión de los requisitos, objetivos y subjetivos, que la declaración de apostasía exige (prestando especial atención a la situación de minoría de edad y a la concurrencia de culpabilidad en el apóstata) y de sus efectos, tanto en el ámbito sacramental (matrimonio, penitencia, eucaristía y unción de enfermos) como no sacramental (ejercicio de derechos en el seno de asociaciones públicas o institutos religiosos y obtención de sepultura y exequias públicas). Hay que subrayar, en este apartado, que el *motu proprio Omnium in mentem*, como explica la profesora Roca, ha supuesto un importante cambio en la determinación de los efectos de los matrimonios contraídos por las personas que han apostatado: “ahora los matrimonios no canónicos (ya sean civiles o religiosos) contraídos por cualquier bautizado –aunque este haya abandonado la fe, y sea cual sea la situación del otro cónyuge (bautizado en la Iglesia católica, no bautizado o bautizado en una Iglesia no católica)– carecen de validez ante el derecho canónico”. La valoración de esta modificación normativa que realiza la autora es plenamente acertada; en su opinión: “el cambio favorece la seguridad jurídica, pero el régimen actualmente vigente quizá sea menos respetuoso con la libertad personal de los bautizados que han abandonado la fe”.

Finalmente, en este primer capítulo, María José Roca aborda el examen de la posibilidad de retorno del apóstata a la Iglesia católica, pues no es una situación jurídica irreversible. Para ello, estudia tanto los requisitos, objetivos y subjetivos, que deben concurrir en el acto de readmisión –que, según su parecer, es un acto administrativo– como las consecuencias jurídicas que de él derivan.

En el segundo de los capítulos de esta obra, titulado “La apostasía en los derechos confesionales de las minorías”, la autora afronta la investigación de la apostasía en los derechos evangélico, judío e islámico.

Con este fin, de forma preliminar, procede al análisis de una cuestión de transcendental importancia: ¿constituyen estos derechos auténticos ordenamientos jurídicos? ¿Cumplen los requisitos establecidos por Santi Romano para ser considerados como tales (existencia objetiva, cuerpo social, autonomía y unidad)?

Clarificada esta cuestión, la profesora Roca realiza, en relación con cada una de las confesiones estudiadas, un completo escrutinio de los requisitos necesarios para pertenecer a estas, y, a partir de ellos, determina la posibilidad de abandono de cada una de ellas. De modo somero, este es un resumen de sus conclusiones: En el derecho de las Iglesias protestantes no existen graves obstáculos para el ejercicio de la apostasía. En el derecho judío, por la estrecha relación que existe entre etnia y religión, no se contempla la posibilidad de abandonar la comunidad; ahora bien, en los casos en los que las leyes estatales regulan la salida de las comunidades judías, como sucede en Alemania, sí se reconoce valor a tales declaraciones, realizadas conforme al derecho estatal. Finalmente, en el derecho islámico, tras un minucioso examen de la regulación contenida tanto en las fuentes de la *sharí*a como

en el derecho penal codificado, se puede constatar que el ejercicio de la libertad religiosa negativa es de dudosa realización.

El tercer capítulo de esta monografía tiene por objeto el estudio de la apostasía en el derecho español. En nuestro país, siguiendo los textos de derechos humanos internacionales, se recoge en la Carta magna, dentro de la sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas, la libertad religiosa, ideológica y de culto de los individuos y las comunidades; así, de acuerdo con la Constitución de 1978, todo individuo tendrá derecho a seguir, cambiar o abandonar cualquier religión.

No obstante, el Estado español no regula la apostasía, aunque esta, efectuada conforme a las disposiciones de los ordenamientos confesionales, puede producir determinados efectos en el ámbito del derecho estatal.

Dicha circunstancia impone, como señala la autora, que, si un derecho confesional no tiene previsto ningún procedimiento para aquellos de sus fieles que quieran abandonar la confesión, estos deben recurrir a un notario para que levante acta de su declaración de apostasía.

Por otro lado, respecto de la incidencia de la apostasía en el ámbito de derecho estatal, es posible distinguir, como hace María José Roca, entre efectos en el campo del derecho público y en el terreno del derecho privado.

En el ámbito del derecho público, la exigencia de las personas que habían realizado una declaración de apostasía de que se procediese a la cancelación de los asientos en los que se consignaba el hecho de su bautismo en la Iglesia católica en los libros de registro parroquiales desencadenó, en este inicio del siglo XXI, un conflicto entre las autoridades estatales y eclesiásticas.

La antedicha solicitud, sustentada en el derecho a la protección de los datos de carácter personal, no fue acogida por las magistraturas canónicas, pues estas entendían que los intereses de las citadas personas quedaban tutelados con las anotaciones marginales de apostasía realizadas en los libros de registro de bautismo. Frente a esta negativa, los solicitantes acudieron a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en busca de amparo. La AEPD estimó sus reclamaciones y, en consecuencia, ordenó la cancelación de los asientos en los que se consignaba el hecho de su bautismo en la Iglesia católica en los correspondientes libros de registro parroquiales. Esta resolución de la AEPD, lógicamente, fue impugnada ante los tribunales por las autoridades de la Iglesia católica, invocando, en defensa de su posición, la autonomía de las iglesias, comunidades y confesiones religiosas y la inviolabilidad de los registros eclesiásticos. En primera instancia, la Audiencia Nacional dio la razón a la AEPD, pero en segunda instancia el Tribunal Supremo, de forma definitiva, respaldó la posición de las autoridades eclesiásticas. No obstante, hay que señalar que la sentencia de este alto tribunal puede haber cerrado el conflicto en falso, pues su decisión se fundamenta, exclusivamente, en que los libros de registro no son ficheros en el sentido de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, circunstancia que, en cualquier momento, puede cambiar. El Tribunal Supremo no se pronunció sobre las auténticas cuestiones de fondo: ¿el ejercicio del derecho de cancelación de datos es una manifestación de la libertad religiosa?; ¿es el derecho de libertad religiosa de las confesiones un límite a la facultad de disposición de los datos personales de su titular?; ¿los archivos y registros eclesiásticos son inviolables?; ¿puede la AEPD, en el ejercicio del poder

público que le compete, ordenar a una confesión religiosa cómo debe proceder con sus libros de registro?; ¿la orden de la AEPD quebranta el derecho de autonomía de la Iglesia católica?; ¿el modo en que la Iglesia católica lleva el libro de registro de bautismo en sus parroquias forma parte del derecho de autonomía del que gozan las confesiones religiosas?, etc. Ante el silencio del alto tribunal, la profesora Roca propone atinadas soluciones a todos estos interrogantes. Sus reflexiones serán de incalculable valor en el probable caso de que se reactive esta controversia, en especial al amparo de la nueva normativa de protección de datos.

En el campo del derecho privado, la autora estudia los efectos de la apostasía tanto respecto de la validez de ciertos actos jurídicos –la celebración de matrimonios religiosos o la pertenencia a asociaciones públicas o institutos de carácter religioso– como sobre las relaciones de los apóstatas con las denominadas “empresas de tendencia” –caracterizadas por que el empresario puede exigir al trabajador el deber de fidelidad a la orientación ideológica o religiosa de la empresa–, o con entidades del sector público estatal en el desempeño de determinados oficios (sacerdote o capellán en el ejército, en instituciones penitenciarias o en hospitales públicos).

Por último, en el cuarto capítulo de esta monografía, titulado “La apostasía en algunos Estados centroeuropeos”, María José Roca analiza el régimen jurídico de las declaraciones de salida de las confesiones religiosas en Alemania, Austria y Suiza. Estos tres países tienen en común que, en ellos, los miembros de las confesiones religiosas han de satisfacer un impuesto/contribución eclesiástica a dichas confesiones –las cuales, en determinados casos, tienen la consideración de corporaciones de derecho público– y que, en las últimas décadas, algunas personas han pretendido dejar de abonar el tributo/aportación, sin por ello separarse de su fe. Por lo tanto, el objetivo del estudio de la autora consiste en determinar en qué medida es posible realizar ante el Estado una declaración de salida que no tenga efectos en el seno del derecho confesional.

En Alemania, la disciplina de las declaraciones de abandono de la fe, con relevancia tributaria, corresponde a los *Länder*; este hecho determina que exista una multiplicidad de regímenes. No obstante dicha variedad, se puede afirmar que, en general, las citadas declaraciones han de realizarse ante las autoridades estatales (salvo en el Estado de Bremen, en donde se presentan ante las autoridades de la propia confesión) y que estas no pueden realizarse bajo condición o reserva. En consecuencia, de acuerdo con el derecho alemán, no caben las declaraciones modificadas, esto es, no es posible salir de una confesión en cuanto corporación de derecho público, pero permanecer en ella en cuanto comunidad de fe. Eso sí, sin perjuicio del valor que a la declaración le dé el respectivo derecho confesional: para el Estado, la declaración tiene efectos exclusivamente en el ámbito secular, no necesariamente coincidentes con los establecidos en el derecho interno de cada confesión. Esto lleva, como se reconoce en el caso de la diócesis de Ratisbona, comentado en esta obra por la profesora Roca, a que, por ejemplo, una persona no sea católica, según el derecho estatal –al haber efectuado una declaración de abandono de acuerdo con la ley estatal–, pero que continúe siéndolo según el derecho de la Iglesia católica.

En Austria, las declaraciones de abandono de la fe han de realizarse de acuerdo con el procedimiento administrativo legalmente establecido –pudiendo, incluso, remitirse por correo ante la autoridad competente–. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, en el sistema austríaco no existe jurisprudencia en materia de declaraciones modificadas. Quizás ello se

deba a que, de forma pacífica, se reconoce la posibilidad de abandonar una confesión, en cuanto corporación de derecho público, sin dejarla en cuanto comunidad de fe. En este sentido, se ha pronunciado expresamente, por ejemplo, la Conferencia Episcopal Austríaca de la Iglesia Católica.

En Suiza, el derecho estatal exige que las declaraciones de abandono de la fe se efectúen ante la parroquia de la confesión religiosa, y se permiten las declaraciones modificadas. El reconocimiento de esta última posibilidad se ha producido como resultado de la Sentencia de 16 de noviembre de 2007 del Tribunal Federal Suizo, en la que este tribunal ha considerado lícito que estas declaraciones de salida se efectúen manifestando que sólo se desea abandonar la parroquia o iglesia cantonal, pero que se desea seguir perteneciendo a la confesión. En esta línea, la Confederación Episcopal Suiza de la Iglesia Católica, en el año 2009, ha dictado unas directrices a través de las cuales se aclara que las personas que efectúen las citadas declaraciones modificadas siguen siendo católicas, sin estar sometidas al pago del impuesto eclesiástico, aunque continúan sujetas al deber de contribuir al sostenimiento económico de la Iglesia, el cual deberán cumplir de otro modo.

A la vista de lo que hasta aquí se ha explicado, tan sólo cabe concluir afirmando que María José Roca, a lo largo de los cuatro capítulos que componen esta monografía, expone con claridad y detalle los principales conflictos entre el derecho confesional y el derecho estatal que suscitan las declaraciones de apostasía y ofrece respuestas a estos, partiendo de una adecuada ponderación entre la garantía del derecho individual de quien quiere ejercer su libertad religiosa negativa y la garantía del derecho de autonomía de las confesiones religiosas a determinar quién pertenece a ellas, en orden a poder garantizar su propia concepción teológica y los derechos de terceros.

Así, en definitiva, el interés y la actualidad del tema tratado, el rigor, la exhaustividad y la claridad con el que se afronta su análisis, y, sobre todo, el planteamiento de soluciones originales, sin duda alguna, convertirán a esta monografía, con el paso del tiempo, en una publicación de referencia, de lectura obligatoria para todos los interesados en el estudio de la libertad religiosa.

Marcos Almeida Cerredá
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela
marcos.almeida@usc.es

regap



RECENSIONES

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

El *big data* hace referencia a un elevado número de datos generados por personas o por máquinas, mediante el uso de una multitud de fuentes y que circulan por la red, creando lo que se ha denominado como Internet de las cosas o *Internet of things* (en adelante, *IoT*).

En los últimos años, el *big data* ha crecido considerablemente como consecuencia del uso masivo de dispositivos electrónicos conectados a *IoT*, en la medida en que ello genera un elevadísimo volumen de datos en relación con cada uno de los individuos conectados a *IoT*. Este nuevo escenario plantea un reto para lograr la privacidad de los datos del usuario. Asimismo, los macrodatos o *big data* presentes en *IoT* son susceptibles de lectura, interpretación y tratamiento. Ello, sin duda, puede conllevar innumerables ventajas y enormes posibilidades de mejora para la gestión de la sociedad, aunque también tiene asociados multitud de problemas relacionados con las operaciones realizadas mediante el uso masivo de dichos datos. De estas y otras cuestiones se ha hecho eco la nueva regulación europea en materia de datos de carácter personal.

En este sentido, la entrada en vigor del nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y

1 Esta recensión está enmarcada en el PROYECTO DER-2017-82353-P “Big Data e Internet de las cosas: Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (MINECO) – la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE) “Una manera de hacer Europa”.

por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, –en lo sucesivo RGPD–, aplicable desde el pasado día 25 de mayo de 2018, ha supuesto una ardua tarea para los Estados miembros, que han tenido que adaptarse a las nuevas exigencias legales introducidas por el citado reglamento en materia de protección de datos de carácter personal.

Quizás la necesidad de reforzar la normativa en materia de protección de datos de carácter personal tenga algo que ver con la presencia del *big data* en Internet de las cosas. Este es, precisamente, el escenario que describe y analiza la obra reseñada: *Nuevo reglamento europeo de protección de datos versus big data*.

Así, la citada monografía se divide en dos partes: la parte primera, denominada “Parte general”, y la parte segunda o “Parte especial”. La “Parte general” examina minuciosamente el marco legal en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Unión Europea. El tratamiento normativo de la protección de datos de carácter personal que el autor realiza en esta obra se hace siempre desde el punto de vista del uso masivo de datos en relación con el fenómeno del *big data*, analizando las implicaciones o problemáticas que ello supone para mantener y salvaguardar la privacidad de dichos datos de carácter personal.

En este sentido, son objeto de estudio los principales instrumentos jurídicos para la protección de datos de carácter personal ante la amenaza del *big data*, diferenciando, en primer lugar, la normativa derivada del Consejo de Europa, haciendo especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, en segundo lugar, se examina también lo que el autor denomina normativa de la Unión Europea. La distinción entre ambos cuerpos legislativos resulta pertinente en la medida en que una y otra convergen a menudo, aunque también difieren en determinados aspectos, por lo que deben ser interpretados y analizados de un modo armónico, con el objetivo de ofrecer respuestas unívocas a los profesionales del derecho con el fin de lograr la correcta aplicación de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, tal como pone de manifiesto el propio autor.

En relación con el conjunto de normas de la Unión Europea, se lleva a cabo un repaso exhaustivo y minucioso por las diferentes normas europeas relacionadas con la protección de datos y la correspondiente interpretación que han hecho de ellas los tribunales europeos, analizando diversas resoluciones jurisprudenciales de gran relevancia. Cabe destacar, asimismo, que el núcleo central de esta parte de la obra se dedica al estudio y análisis de la nueva regulación contenida en el RGPD, que se adapta a las nuevas exigencias imperantes en la sociedad de la información y en las nuevas tecnologías. El marco jurídico anterior al RGPD se había quedado desfasado y resultaba necesaria la aprobación de una nueva normativa sobre protección de datos más acorde con el nuevo escenario surgido en torno al *big data* y a *IoT*.

Así, el autor analiza de manera detallada el nuevo RGPD, haciendo referencia a: i) los principios y las normas fundamentales sobre el tratamiento de los datos; ii) el ámbito de aplicación del RGPD; iii) novedades de carácter troncal introducidas en el nuevo reglamento; iv) los derechos de los interesados, entre los que se introducen cambios tan importantes como el derecho al olvido o el derecho a la portabilidad de los datos; v) las nuevas herramientas de control del RGPD; vi) las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y el régimen de recursos y sanciones; vii) el régimen de las transferencias transfronterizas de datos; y viii) el papel del nuevo RGPD en el ámbito de las nuevas tecnologías, donde se pone de manifiesto que, de acuerdo con el nuevo contexto tecnológico actual, el RGPD contempla y adapta su regulación a escenarios tan novedosos como *IoT* y el *big data*.

La parte segunda de la obra o “Parte especial” analiza los escenarios concretos en los que el RGPD tiene aplicación. Concretamente, i) se examina el uso de datos de carácter personal en el ámbito de las administraciones públicas; ii) se estudia, asimismo, con especial consideración el ámbito médico-sanitario; iii) también se analiza el tratamiento de los datos de carácter personal relativos a los medios de comunicación tradicionales y en línea; iv) así como el tratamiento de datos de carácter personal en el ámbito laboral, donde se presta especial atención al análisis de resoluciones jurisprudenciales de suma importancia y actualidad, por ejemplo, en relación con el control del trabajador mediante la utilización de dispositivos conectados a *IoT*; entre otros ámbitos.

No obstante, cabe destacar un campo muy relacionado con la protección de datos de carácter personal en relación con el *big data* sobre el cual el autor también reflexiona: el régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal en el campo de las nuevas tecnologías e Internet de las cosas. En este sentido, se pone de manifiesto una preocupante realidad actual en la que se observa la existencia de un gran volumen de datos generados por cada uno de los dispositivos conectados a *IoT* y que dejan a los individuos en una situación de total sobreexposición en relación con la protección de sus datos de carácter personal.

Como acertadamente afirma el propio autor, el *big data* o los macrodatos generados en torno a *IoT* constituyen un activo de gran relevancia económica para las empresas y son trascendentales de cara a poner en práctica sus estrategias de *marketing* y publicidad, siendo incluso considerados como “el nuevo petróleo”. Por lo tanto, *IoT* implica la necesidad de un debate de profundo calado que pone en tela de juicio el actual sistema de garantías de la protección de datos de carácter personal en este ámbito, cuestión esta sobre la que el autor reflexiona a lo largo de toda la monografía, en este y en otros ámbitos.

En conjunto, se trata de una obra de suma actualidad e interés tanto para los teóricos como para los prácticos del derecho. Su necesidad y oportunidad resultan indiscutibles dada la escasez de estudios doctrinales en esta materia desde este enfoque concreto, como es un estudio que aúne y analice de manera conjunta el régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal y el fenómeno de la utilización y tratamiento masivo de dichos datos. Por este motivo, consideramos que se trata de una obra de imprescindible lectura para todo aquel que desee conocer el régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal ante los nuevos escenarios y desafíos que se abren paso con el uso de las nuevas tecnologías en Internet y con la aparición del *big data*.

Miriam Martínez Pérez
Profa. Dra. de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
miriam.martinez@usc.es

regap



RECENSIONES