

J. C. TEJEDOR BIELSA Y M. A. BERNAL BLAY (Eds.)



Zaragoza, 2018

MONOGRAFÍAS DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
— XVIII —

J. C. TEJEDOR BIELSA Y M. A. BERNAL BLAY (Eds.)

LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Zaragoza, 2018

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales**. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.
PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...
6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES
La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

Suscripciones: Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z 730-1993

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i>	7
J. C. TEJEDOR BIELSA Y M. Á. BERNAL BLAY: <i>Presentación</i>	9
J. M. BAÑO LEÓN: <i>La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobreregulación?</i>	11
J. M. GIMENO FELIÚ. <i>La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales)</i>	21
J. GONZÁLEZ GARCÍA: <i>La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público</i>	45
J. TEJEDOR BIELSA: <i>Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos del Sector Público</i>	59
M. A. BERNAL BLAY: <i>El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos</i>	91
F. BLANCO LÓPEZ: <i>La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica</i>	139
A. GÓMEZ BARRIONUEVO: <i>Procedimientos de contratación y de gestión económica: dos caminos paralelos que hay que transitar</i>	169
E. RÍOS MARÍN: <i>Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público</i>	207
G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA: <i>¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores</i>	245
V. TENA PIAZUELO: <i>¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público</i>	297
M. SALDAÑA TORRES: <i>El sistema de gobernanza de la contratación pública en Aragón</i>	325
M. T. ROYO MANERO: <i>Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos</i> ...	355
ANEXO: <i>Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón</i>	375

LISTA DE COLABORADORES

BAÑO LEÓN, José María:

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense

BERNAL BLAY, Miguel Ángel:

Profesor Titular (acreditado) de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

Director General de Contratación, Patrimonio y Organización. Gobierno de Aragón

BLANCO LÓPEZ, F:

Director de coordinación de contratación administrativa. Ayuntamiento de Barcelona

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo:

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. Vocal de la Junta

Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

GIMENO FELIÚ, José María:

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GÓMEZ BARRIONUEVO, Ana:

Interventora General de la Comunidad Autónoma de Aragón

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.:

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense

RÍOS MARÍN, Esperanza:

Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

ROYO MANERO, María Teresa:

Jefa del Servicio de Contratación Centralizada. Dirección General de Contratación,

Patrimonio y Organización. Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Gobierno de Aragón

SALDAÑA TORRES, María:

Directora de la Oficina de Contratación Pública. Dirección General de Contratación,

Patrimonio y Organización. Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Gobierno de Aragón

TEJEDOR BIELSA, Julio:

Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

Secretario General Técnico de la Presidencia. Gobierno de Aragón

TENA PIAZUELO, Vitelio:

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

Director General de los Servicios Jurídicos. Gobierno de Aragón

PRESENTACIÓN

JULIO CÉSAR TEJEDOR BIELSA
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

El pasado 9 de marzo, tras un período de *vacatio legis* general de cuatro meses, entraba en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Se trata de la norma que incorpora al ordenamiento jurídico español dos de las tres Directivas europeas aprobadas cuatro años antes, en 2014. Esta importante novedad legislativa justifica ahora el comentario sobre su contenido, como ya se hiciera en 2008, cuando la Revista Aragonesa de Administración Pública publicó otro número monográfico dedicado al estudio, en aquella ocasión, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

La Ley 9/2017 está orientada a la ordenación de una importantísima parte de la actividad de las entidades del sector público, la actividad contractual a través de la cual se adquieren obras, servicios y suministros necesarios para la satisfacción de los intereses generales y la prestación de los servicios públicos, que refuerza su dimensión estratégica. Se trata de una actividad de indudable trascendencia, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, que requiere un «patio de operaciones» que destaque por su claridad y simplicidad en aras de que esa actividad contractual sea jurídicamente segura y económicamente eficiente. Es cierto que la nueva norma adolece, en algunas de sus disposiciones, de esas necesarias claridad y simplicidad, lo cual ha derivado, ya desde el inicio de su aplicación, en dudas sobre la correcta exégesis de la *voluntas legislatoris*. Por ese motivo, resulta imprescindible ofrecer a los gestores públicos y a los operadores económicos pautas interpretativas a través del estudio y el debate de las instituciones jurídicas contractuales. A ello intenta humildemente contribuir el estudio que ahora presentamos, que aspira a ser una herramienta que ayude a comprender, allí donde sea necesario, el texto de la nueva norma.

El presente volumen lo conforman doce trabajos. Por supuesto, estos estudios no abordan de manera exhaustiva todas las novedades o los problemas que derivan de la nueva ley, pero en los mismos se da cuenta de las principales novedades que derivan de la citada norma. En este sentido, se han incluido algunos trabajos de alcance general sobre el planteamiento de la nueva norma (BAÑO LEÓN) y el ámbito de aplicación subjetivo y la parcial unificación

de régimen jurídico de la contratación pública que diseña la nueva Ley de contratos del Sector Público (TEJEDOR BIELSA). La gran cantidad de enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados hace que el estudio de los antecedentes parlamentarios sea en muchos casos fundamental para adivinar la intención del legislador al incluir algunas disposiciones, y de ahí que en este monográfico se haya incluido un trabajo sobre ello (GONZÁLEZ GARCÍA). Junto a estos planteamientos «generales» otros trabajos se ocupan de cuestiones específicas, como los contratos menores (GARCÍA-ÁLVAREZ), los encargos a medios propios (TENA PIAZUELO), las novedades en materia de procedimientos (ROYO MANERO) y criterios de adjudicación (BLANCO LÓPEZ), en el recurso especial en materia de contratación pública (RÍOS MARÍN), o las relaciones que conllevan transferencia de conocimiento desde las Universidades a las entidades del sector público (GIMENO FELIÚ). A los gestores públicos les resultará de especial utilidad el estudio sobre los trámites de gestión económica que discurren en paralelo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (GÓMEZ BARRIONUEVO). No se ha olvidado el análisis del régimen autonómico de los contratos del sector público, y de ahí que se incluyan dos trabajos, uno sobre el sistema de gobernanza de los contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Aragón (SALDAÑA TORRES) y otro sobre las competencias autonómicas en la materia (BERNAL BLAY), presentando las novedades que introduce el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón, registrado en las Cortes de Aragón a finales del mes de julio de 2018, que incluimos como anexo.

Tal y como puede comprobarse, para la confección de este estudio se ha optado por una combinación equilibrada de enfoques académico y profesional con el objetivo prioritario de generar el necesario debate sobre las decisiones adoptadas, identificar los problemas y, en lo posible, apuntar soluciones. Quienes empleen su tiempo en leer estos trabajos dirán más adelante si el esfuerzo ha resultado útil. En cualquier caso, quienes nos hemos ocupado de coordinar este nuevo monográfico agradecemos a la Revista Aragonesa de Administración Pública su decisión de acoger la publicación de un nuevo monográfico dedicado a la contratación del sector público.

Zaragoza, septiembre de 2018

LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y GESTIÓN DE LO PÚBLICO. ¿REGULACIÓN O SOBRERREGULACIÓN?

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

SUMARIO: I. EN PRO DE UNA LEGISLACIÓN UNIFORME Y EFICIENTE.– II. UNA RIGIDEZ EXCESIVA NO DEMANDADA POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS.– III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONTRATO PÚBLICO.

RESUMEN: Esta contribución ofrece una visión crítica de la Ley de Contratos del Sector Público, en tres aspectos: la diversidad de regímenes contractuales, la excesiva rigidez de la legislación, que deja escaso margen a los gestores públicos, y el exceso en el reconocimiento de poderes exorbitantes a la Administración.

Palabras clave: contrato público; control contencioso-administrativo; contrato menor; gestión presupuestaria.

ABSTRACT: This paper offers a critical perspective on the Law of Public Sector Contracts with regards to three aspects: the diversity of contract alternatives, the lack of flexibility of the legislation – that leaves a limited margin for maneuvering to public managers – and the exorbitant powers granted to the Administration.

Key words: public contract; administrative litigation; minor quantity contracts; budget control.

I. EN PRO DE UNA LEGISLACIÓN UNIFORME Y EFICIENTE

Hay acuerdo unánime en que la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP 2017) no es un dechado de concisión y precisión. Por el contrario, sigue la tradición de su homónima del 2017. Con una rara metodología que desafía la exégesis del más avanzado especialista. Una norma con claros excesos regulatorios con infinidad de preceptos de marcado carácter reglamentario.

De lo que quiere ocuparse esta contribución no es, sin embargo, tanto de los defectos de técnica normativa como de la idoneidad de la ley para resolver los problemas que tiene planteados la contratación pública. Y al emplear el

término público, la primera observación que cabe hacer tanto al texto vigente como a la LCSP 2007 es si tiene sentido jurídico, que lo público tenga un tratamiento diferente en razón de la forma de personificación que el legislador —o la Administración— elijan para cumplir los fines públicos que tienen encomendados.

Sabido es que desde la Ley de 2007 la legislación de contratos distingue entre la Administración Pública, los entes públicos sujetos al derecho privado y las sociedades mercantiles de titularidad total o parcialmente pública, con objeto de dispensar un tratamiento diferente en los contratos que formalizan con privados.

La LCSP 2017, pese a abarcar a todo el sector público, dispensa un tratamiento diferente a los contratos según que estos sean otorgados por entes administrativos o entes sujetos a derecho privado aunque la naturaleza del contrato sea exactamente idéntica y públicos los recursos económicos que se utilizan.

Cabe preguntarse si esta distinción tiene algún sentido desde un punto de vista económico o jurídico. ¿Por qué un mismo contrato de obra pública sigue un régimen jurídico distinto si quien contrata es un ente público sujeto al derecho público o un ente de titularidad pública sujeto al derecho privado?

La contestación a esta pregunta requiere un análisis muy simple. Económicamente no existe razón alguna para que el mismo contrato público tenga un tratamiento diferente por el simple hecho de la forma jurídica que adopte la Administración. Los fines públicos son idénticos: el instituto de secundaria que construye una sociedad anónima de titularidad pública es el mismo que el que construye una Administración Pública y los fondos con los que se financian son públicos. De modo que ningún sentido tiene el diferente régimen jurídico de uno y otro contrato.

Es indudable, por lo demás, que al existir dos regímenes jurídicos para un mismo contrato, uno de ellos será más idóneo o menos rígido o más garantista que el otro. Es una cuestión de pura lógica, de modo que carece de razón económica alguna, que el legislador emplee regímenes diferentes. El sentido común exigiría que el legislador eligiera el procedimiento más idóneo en razón de los fines que la ley pretenda alcanzar.

Si al fin y al cabo se trata del manejo de fondos públicos para obtener el mejor resultado, debería existir una única normativa, justamente la que resulte más eficiente atendidas las exigencias económica y jurídicas. De la misma manera que es absurdo que un contrato de obras tenga un procedimiento legal más rígido por el hecho de que lo adjudique una Administración Pública o una sociedad pública, resulta manifiestamente arbitrario que sea menos eficiente un contrato por el hecho de la forma del sujeto público que lo otorga.

Pensemos en el espinoso tema del difícil equilibrio entre eficiencia en la contratación y garantías jurídicas. Podemos, a nuestros efectos, denominarlo punto de equilibrio ideal (E). Pues bien, va de suyo que el punto E deberá ser el mismo respecto de cada tipo de contrato público ¿Qué sentido tendría que el reparto de riesgos en el contrato de obras fuera diferente en función de qué tipo de ente suscribe el contrato público? Dígase lo mismo de las garantías o del régimen de recursos. Un contrato de obras públicas o un contrato de servicios con fines públicos deben tener la regulación más idónea posible, que debe ser única por la sencilla razón de que si un mismo hecho jurídico se regla por un mismo ordenamiento de dos formas diferentes, habrá que conceder que el legislador no ha acertado en uno de ellos ¿Por qué nuestra LCSP 2017 sigue manteniendo esa diferenciación?

Sería injusto no notar que la ley vigente ha hecho grandes progresos en la unificación de regímenes jurídicos tanto en el orden sustantivo de las normas aplicables al contrato como desde la perspectiva de las garantías.

En cuanto al régimen sustantivo la preparación y adjudicación, modificación, cesión, subcontratación y las reglas ambientales y cláusulas de carácter social, racionalización técnica de la contratación y condiciones de pago se aplican a todos los poderes adjudicadores con independencia de su carácter de Administración Pública o ente privado.

Respecto del régimen de recursos también supone un avance en la unificación. El ámbito objetivo del recurso especial se amplía a la modificación del contrato y a los requisitos para que un contrato se considere «in house» y por tanto excluido del procedimiento público de adjudicación. Dígase lo mismo del régimen jurisdiccional en el que la ley certeramente vuelve al régimen tradicional de los actos separables, de modo que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las controversias que versen sobre la preparación y adjudicación de todo tipo de contratos, sean públicos o privados. También se unifica en la jurisprudencia contencioso-administrativa el régimen de los modificados contractuales, respecto al cumplimiento de los requisitos de los arts. 205 y 206.

Pero subsisten diferencias ilógicas en el régimen jurídico de los efectos y extinción de los contratos según se trata de ente público o ente privado de titularidad pública que tienen, sin embargo, una explicación sobre lo que conviene detenerse.

Desde que Fritz Fleiner acuñara la expresión «huida del derecho administrativo», la literatura jurídico-administrativa ha tratado abundantemente este asunto, en los últimos años en un tono mayoritariamente crítico. Conviene insistir en el hecho de que tal huida tuvo su justificación ideológica en la eficiencia al considerar que la Administración ordinaria oponía muchas trabas burocráticas de procedimiento y presupuestarias a la agilidad en el gasto

público. Esa justificación no exenta de razón, sirvió de excusa, sin embargo, para fines estrictamente políticos relacionados con el clientelismo cuando no con el mismo cohecho.

La elusión de las normas sobre funcionarios y sobre control del gasto se convirtieron en el verdadero «leit motiv» de la creación de un exuberante poder público que por voluntad del político de turno se incrementaba como los panes y los peces evangélicos.

Basta observar la reforma de la ley de Régimen Local llevado a cabo en el año 2003 en la que se ampliaba extraordinariamente la posibilidad de creación de todo tipo de personificaciones instrumentales, posibilidad que sólo se ha limitado en la reforma local del año 2014.

Toda esta experiencia debe cambiar desde luego a un serio replanteamiento de la planta del sector público Pero eso no significa que deba darse por buena la regulación pública de los contratos realizados por las Administraciones Públicas.

Es un hecho difícilmente contestable que la rigidez de las normas presupuestarias y un exceso de reglamentación procedimental hacen muy difícil la gestión de los asuntos públicos. En muchos casos la desviación entre los gastos presupuestados y los gastos ejecutados es muy significativa y a estos efectos la incapacidad de la Administración para gestionar correctamente el presupuesto a través de contratos revela graves fallos en la técnica normativa.

No se trata, pues, de entronizar una legislación uniforme de contratos rígida y con graves defectos burocráticos. Se trata de aspirar a una legislación uniforme de contratos que sea capaz de alcanzar un punto de equilibrio adecuado entre eficiencia en el gasto y las garantías. Reducir costes burocráticos no significa disminución de garantías. Significa establecer las garantías adecuadas y repensar las existentes ¿Tiene lógica, por ejemplo, que existan nada menos que tres organismos en la nueva ley para asegurar la transparencia en la contratación sin contar a los organismo transversales como la CNMC, respecto a las restricciones a la competencia que se produce en la contratación pública, el Tribunal de Cuentas y sus pares autonómicos respecto de la financiación del gasto (nótese que una parte significativa de la fiscalización contable se dedica a la contratación pública), más los organismos independientes de transparencia?

A mi juicio, carece de lógica institucional que se haya creado dos organismos para fiscalizar la actividad contractual de la Administración. Con las exigencias de publicidad activa de las administraciones públicas impuestas por la nueva ley y la actividad ordinaria de los Tribunales contenciosos, Comisiones de transparencia y de la CNMC es más que suficiente para tener un control razonable de la gestión contractual. Se ha impuesto, sin embargo, una lógica política de brillo aparente, multiplicando los organismos públicos sin respetar

el cometido de los ya existentes ni analizar en profundidad sus posibles fallos para enmendarlos.

El resultado es un incremento notable de la burocracia y de la información que deben rendir los órganos de contratación, lo que supone distraer medios y esfuerzos a lo que debería ser su tarea prioritaria, una gestión eficaz de la contratación cumpliendo las premisas de gasto presupuestario. Desde esta perspectiva la LCSP 2017 aunque ha hecho meritorios esfuerzos en la equiparación de regímenes jurídicos sigue constituyendo un batiburrillo heterogéneo.

II. UNA RIGIDEZ EXCESIVA NO DEMANDADA POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

Hemos abogado por la unificación del régimen jurídico de los contratos públicos. Defenderemos ahora la necesidad de flexibilizarlo huyendo de rigideces excesivas que impiden muchas veces la eficaz gestión de la contratación pública.

El fin prioritario de la legislación de contratos públicos no es, como en ocasiones parece indicarse, la libre competencia. El fin esencial es la satisfacción de los intereses públicos que persiguen la Administración a través del contrato. La correcta ejecución de la obra, el desarrollo de los servicios públicos, el recurso al suministro de bienes y servicios privados para el mejor cumplimiento de la actividad es el fin que debe perseguir una buena legislación de contrato. La libre competencia es un medio, no el exclusivo, de lograr esos fines. Pero la eficiencia de la legislación de un contrato se mide por la capacidad de la Administración de gestionar adecuadamente su presupuesto. Si la legislación como consecuencia de prácticas anticompetitivas o delictivas indeseables hace muy difícil o imposible la gestión contractual la legislación no puede considerarse idónea por muy defensora que sea de la libre competencia. No es impertinente notar que las mismas directivas europeas de contratación invocan la flexibilización de las normas de contratación como un objetivo deseable.

Desde luego la nueva LCSP 2017 establece normas mucho más rígidas que las que derivan de las Directivas europeas, primando la perspectiva del control sobre la perspectiva de la gestión. La idea sobre la que descansa esta opción es que a menor discrecionalidad de los órganos de contratación y mayor control mejorarán la libre competencia y con ella la contratación. Como idea, en abstracto, es susceptible de una valoración positiva. Sin embargo en la práctica lleva a unos extremos la rigidez y la desconfianza hacia el gestor público que hace muy complicada la gestión correcta de la contratación.

Por ejemplo, en los criterios de selección del contrato la ley es muy rígida, limita al cuarenta y cinco por ciento la ponderación de los criterios cualitativos

dando preponderancia a los criterios puramente cuantitativos. Lo cual resulta muy discutible en determinados tipos de contratos de servicios donde las cualidades profesionales pueden marcar una diferencia sensible en la prestación.

En el fondo la mentalidad burocrática de control parece querer embridar la discrecionalidad de los órganos de selección para evitar prácticas corruptas. Pero esto es querer poner puertas al campo. Lo cierto es que existen otros muchos tipos de reglas en las directivas que permiten prácticas corruptas, sin que nadie se haya planteado su derogación. Por ejemplo la exigencia de determinadas cifras de negocio para poder licitar puede excluir —indebidamente utilizadas— a licitadores cualificados y, sin embargo, es una regla razonable en otras circunstancias⁽¹⁾.

Tratar de establecer una regulación sólo con la mira puesta en el control puede conducir a resultados mucho peores a los males que se trata de prevenir. Por ejemplo a que la Administración tenga que contratar con una consultora mucho menos idónea para la prestación del servicio por el simple hecho de haber ofertado más bajo económicamente. El resultado es una merma para la Administración.

Un ejemplo significativo de los inconvenientes de esa mentalidad burocrática es el de los servicios jurídicos. Excluidos de la Directiva europea, precisamente por la especial confianza que este tipo de prestaciones requieren, sin embargo la ley española no sólo las incluye en el ámbito de la ley sino que les da el mismo tratamiento que a otros tipos de servicios profesionales. El resultado es que muchas Administraciones Públicas que no cuentan con sus propios servicios jurídicos se ven obligadas a adjudicar el contrato al proveedor más barato, que no necesariamente es el idóneo para la defensa de los intereses de la Administración. La misma ley por desconfianza en el gestor puede provocar que la Administración no pueda contar con su abogado de confianza. Lo que no ocurre en ninguno de los grandes países de la Unión Europea que se ha apresurado a excluir este tipo de contratos de las normas de contratación. Cito específicamente por su importancia a Alemania y Francia.

En parecidos términos cabe criticar la regulación del contrato menor. En principio el Derecho siempre ha establecido un menor control sobre los asuntos pequeños o de menor importancia. Ya en el Derecho Romano la máxima «de minimis non curat praetor» expresa esa idea, que tiene otras traducciones, por ejemplo, en el Derecho de la Competencia y la llamada regla «de minimis».

(1) En corrección de pruebas de este trabajo aparece la STJUE Montte, de 20 de septiembre de 2018 (C-546/16) que declara conforme con el Derecho de la Unión unos pliegos públicos de una fundación vasca que permitía excluir aquellas ofertas que no obtuvieran un número de puntos en la evaluación técnica. Sentencia lógica pero que refuerza la discrecionalidad administrativa que en vano la LCSP pretende reducir.

La misma lógica tiene el contrato menor, pues el coste burocrático de la licitación no compensa cuando se trata de cantidades no significativas, que el legislador establece actualmente en 15.000 euros para los contratos de suministros y servicios o 40.000 euros en los contratos de obra, límite por debajo del cual no es necesaria la licitación.

Sin embargo en el afán de evitar el fraude, el art. 118 LCSP prohíbe que se adjudique a un mismo contratista más de un contrato por importe superior a las cifras antes mencionadas, cifras que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que va referida a un año, al caer en la cuenta de que, una interpretación literal del precepto podría dificultar extraordinariamente la gestión de los pequeños servicios y suministros.

Ahora bien si en el propio expediente debe quedar justificado que no se altera el objeto del contrato por eludir el procedimiento debido de contratación, ¿qué sentido tiene la limitación temporal? Nuevamente el punto de vista del control burocrático, o digámoslo abiertamente, de la Intervención, se impone sobre la gestión eficaz, como si la causa de todos los males de la contratación residieran en la falta de controles y no en la incapacidad de una gestión presupuestaria eficaz. No comparto la idea de que los comportamientos fraudulentos o delictivos se han producido por la laxitud de la legislación de contrato o la ausencia de controles. Creo, por el contrario, que se han producido por otras circunstancias sociológicas. La legislación de contratos no es la causa de la corrupción de los años pasados en materia contractual ni creo que la haya facilitado si se compara nuestra normativa con la de los países más próximos y la de los organismos internacionales. En consecuencia es un craso error rigidificar la legislación contractual porque ni se combaten con ello las causas de la corrupción ni se mejora la eficiencia de la Administración. Antes al contrario se hace extraordinariamente difícil la gestión administrativa como afirman en privado la mayoría de gestores públicos.

Del mismo modo considero un error haber establecido normas más restrictivas que las de las directivas de contratación para las modificaciones contractuales(art.204) Es explicable el recelo del legislador respecto de los modificados de los contratos, pero muy poca acertada la elevación de los márgenes cuantitativos que permiten las Directivas, No ha tenido en cuenta el legislador que las exigencias de carácter material y procedimental de las normas europea, incluidas la previsiones de publicidad, más el hecho de que la ley misma prevea la posibilidad de interponer recurso especial a los posibles interesados en una nueva licitación son mecanismos suficientes para garantizar la libre concurrencia y evitar la defraudación en las normas que rigen el contrato.

III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL CONTRATO PÚBLICO

El enunciado de este epígrafe puede parecer sorprendente o provocativo. Pero no lo es en absoluto si se nota que la legislación contractual española tiene muy poco de contractual y mucho de regulación administrativa. Por supuesto que todos los aspectos relativos a la preparación y adjudicación del contrato no son otra cosa que procedimiento administrativo. Damos por descontado también que el carácter público del contrato introduce modulaciones o prerrogativas justificadas por los fines públicos. Sentado lo anterior, está lejos de justificarse, sin embargo, algunas de las prerrogativas de la Administración, la forma en que se resuelven las controversias jurídicas durante la vida del contrato y también la excesiva obsesión de la ley por el detalle reglamentario.

Si empezamos por el análisis de este último aspecto, debe notarse que el margen que la normativa básica da a las Comunidades Autónomas no es muy grande, lo que resulta sorprendente, pues al fin y al cabo la contratación es uno de las claves de la gestión presupuestaria y afecta al principio de autoorganización de la Administración.

Ese exceso de reglamentación va en detrimento también del margen de actuación de los pliegos de cláusulas tanto generales como particulares de la Administración limitando la discrecionalidad del gestor público a la hora de establecer el contenido contractual.

Por otra parte habría que repensar algunos de las prerrogativas de la Administración, que no tienen excesivo sentido desde el punto de vista de la lógica del contrato. Es cierto que hay potestades plenamente razonables como es el poder de modificación por razones de interés público o la imposición unilateral del contratista de determinadas obligaciones porque afectan al servicio o a la obra públicos. Pero existen otras prerrogativas que difícilmente superan un examen crítico. Por ejemplo, la fijación unilateral de las indemnizaciones a favor o en contra de la Administración, o la potestad de ejecución forzosa de las indemnizaciones unilateralmente decididas por la Administración, que no son potestades instrumentales para el mejor fin del contrato puesto que en sí mismas no afectan a la ejecución del mismo, mucho menos si ha sido resuelto unilateralmente por la Administración. Son simplemente fruto de la inercia histórica, en la que se traslada automáticamente al ámbito del contrato toda la dogmática del acto administrativo, hasta el punto de que no faltan autores que sostienen, no sin razón (BOQUERA, LÓPEZ-MUÑIZ, REBOLLO PUIG), que en realidad no hay un contrato como tal sino una sucesión de actos administrativos unilaterales de la Administración que rige no solo la preparación y adjudicación, sino toda la vida del contrato, incluyendo la interpretación y extinción. Tal concepción normativa que contrasta con los matices de la legislación francesa, en la que los poderes de la Administración son más limitados, no es posiblemente

la más idónea para garantizar el equilibrio de las partes en el contrato y merecería ser repensada. En particular el sistema de resolución de conflictos fiado exclusivamente a la potestad unilateral de la Administración no siempre es idóneo para canalizar las controversias durante la vida del contrato. En este sentido habría mucho que aprender de algunas experiencias de Derecho comparado en las que predominan mecanismos voluntarios de mediación y arreglo de diferencias que pueden ser mucho más útiles en ocasiones para llegar a acuerdos que eviten el conflicto o lo resuelvan sin necesidad de llegar a los tribunales. Ciertamente en la práctica, de manera informal, las partes del contrato público suelen negociar sus diferencias antes de que la Administración ejercite su potestad unilateral, pero la falta de mecanismos institucionalizados en la ley que coadyuven a la solución de los conflictos es una rémora que la ley vigente arrastra consigo.

LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS: DIFERENCIAS ENTRE LA TRANSFERENCIA DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE BIENES INCORPORABLES (DERECHOS INTELECTUALES) (*)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONOCIMIENTO Y ACTIVIDAD DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA TRANSFERENCIA COMO ELEMENTO DE LA MISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.– III. LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO COMO PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONSIDERACIÓN COMO CONTRATOS PRIVADOS EN TODO CASO.– IV. EL SIGNIFICADO DE LA INNOVACIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN Y SU DIFERENCIA DE LA PROPIEDAD INCORPORAL. DEPURACIÓN CONCEPTUAL.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este estudio se analiza la naturaleza de las relaciones jurídicas de transferencia de conocimiento de las universidades y su interconexión, y en que medida, con la legislación de contratación pública. Se argumenta la tesis de que muchas de esos negocios jurídicos, en tanto implican propiedad intelectual, son actividades excluidas de la Ley de contratos del sector público y se encuentran sometidas al derecho privado.

Palabras clave: transferencia de conocimiento de las universidades; propiedad intelectual; contratación pública.

ABSTRACT: *This study analyzes the nature of the legal relations of knowledge transfer of universities and their interconnection, and to what extent, with public procurement legislation. The thesis is argued that many of these legal businesses, since they involve intellectual property, are activities that are excluded from the law of public sector contracts and are subject to private law.*

Key words: *transfer of knowledge of universities; intellectual property; public hiring.*

(*) Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), incorpora importantes novedades prácticas y apuesta decididamente por una mayor transparencia (1). Pero las nuevas reglas exigen una interpretación adecuada de su concreto funcionamiento y, en especial, de que negocios jurídicos están incluidos en su ámbito de aplicación (2). Y a tal efecto no puede olvidarse que las Directivas europeas y la jurisprudencia del TJUE tienen un importante valor interpretativo para poder decidir cuando una prestación es, o no, un contrato público (3). Sirva de ejemplo la reciente STJUE de 1 de marzo de 2018, *Maria Tirkkonen*, donde se afirma que «no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador».

Interesa esta precisión pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: «Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público». Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios (4).

(1) Me remito a GIMENO FELIÚ: (2018a, pp. 47-132).

(2) Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica.

(3) Vid. GIMENO FELIÚ: (2015a, pp. 81-122), GALLEGO CÓRCOLES: (2015, pp. 111-116) y BERBEROFF AYUDA: (2018, pp. 16-201). En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO (2013, pp. 89-116). Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.

(4) Así, es posible en prestación de servicios a las personas en los ámbitos sociosanitarios técnicas jurídicas de carácter no contractual (como ejemplo, la acción concertada). La Directiva 2014/24 de contratación pública advierte que los poderes públicos, siguen *teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financia-*

En este contexto, interesa aclarar en que medida son, o no, de aplicación las normas de contratación pública cuando se adquiere conocimiento, como actividad de transferencia, de las Universidades, adelantando que estamos en presencia de contratos privados «sui generis» (5).

II. CONOCIMIENTO Y ACTIVIDAD DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA TRANSFERENCIA COMO ELEMENTO DE LA MISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Es misión del servicio público universitario la formación de profesionales y científicos superiores, pero dentro de una enseñanza constante puesta en cuestión ella misma, abierta a la investigación y al cambio permanente, plural y no dogmática, unida, por tanto, inescindiblemente a la elaboración de la ciencia (6). Esto explica el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de cátedra, que consiste, como señala la STC 217/1992, en «expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de enseñanza... (dentro) de los límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los derechos que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador (STC 5/81 y ATC 457/1989)».

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, como afirma T.R. FERNÁNDEZ, el profesor universitario «transmite lo que él mismo está aprendiendo cada día. Es por ello algo más que un mero transmisor, es un sujeto activo del proceso científico, cuya actuación como tal resulta por hipótesis incompatible con la existencia de cualquiera orientaciones que, de llegar a imponerse, desnaturalizarían pura y simplemente su función social, trasladando automáticamente su propio papel al autor de aquellas» (7). Como sostiene el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «si hay algo que caracteriza a los profesores universitarios, como profesión, es precisamente su dedicación al estudio y a la investigación. Y si hay algo connatural al estudio y a la investigación es, sin duda, un talento

ción de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. [Considerando 114]. Me remito a lo expuesto en GIMENO FELIÚ (2015b, pp. 65-85).

(5) Así lo había advertido ya CHAVES GARCÍA: (2001, p. 231), que los calificó como contratos privados *sui generis* sometidos a una reglamentación especial.

(6) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: (1988, pp. 7 y ss.).

(7) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: (1982, p. 47).

crítico. Sin sentido crítico de nada sirve el estudio ni hay posibilidad de progreso o avance científico o social» (8).

Lo que distingue a la Universidad, y en especial a las Universidades públicas en España, frente a cualquier otra institución y, especialmente, frente a una empresa, es, con diferencia, que junto a las funciones comunes de transmisión de los conocimientos que en un momento dado constituyen el acervo de cada disciplina, está su función de creación, desarrollo y crítica de la ciencia, como acertadamente señala el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU). Y ésta constituye una de las misiones fundamentales de la Universidad (9), de la que derivan, como lógica consecuencia, otras también de especial importancia: la formación para el ejercicio de las diferentes actividades profesionales como el apoyo al desarrollo cultural, social y económico del país o la extensión de la cultura a todos los ciudadanos. Sin una constante y regular tarea investigadora realizada por el profesorado universitario (derivada de lo que se podría denominar su «función de servicio público»), y su vocación de transferencia a la sociedad, carece de sentido la enseñanza universitaria, incumpliendo esa trascendental misión encomendada a la Universidad.

Esta conclusión se avala, además, con la Carta Magna de las Universidades Europeas, firmada en Bolonia (Italia), con motivo de los actos celebrados con ocasión del IX Centenario de esa Universidad, firmada por centenares de Rectores de todo el mundo (10).

«La Universidad (...) es una institución autónoma —dice el principio fundamental primero— que, de manera crítica, produce y transmite la cultura por medio de la investigación y de la enseñanza».

El principio fundamental segundo de dicho Documento afirma que «en las Universidades, la actividad docente es indisociable de la actividad de investigación, a fin de que la enseñanza sea igualmente capaz de seguir la evolución de las necesidades y las exigencias de la sociedad y de los conocimientos científicos».

Interesa esta idea, pues la transferencia de conocimiento por parte de las Universidades forma parte de su misión de servicio público, y, por ello, como luego se explicará, no puede entenderse como actividad económica o de mercado (11).

(8) MARTÍN-RETORTILLO: (1976, p. 126).

(9) Las tres misiones de la Universidad son, para ORTEGA Y GASSET: (1983, pp. 311-353), la formación de profesionales, la transmisión de la cultura, y la investigación.

(10) Su texto puede consultarse en la monografía del profesor MARTÍN-RETORTILLO (1990, pp. 203-211).

(11) EMBID IRUJO: (2011, pp. 32-41), explica las dificultades de encajar la idea de competitividad, propia del mercado, en la lógica institucional del servicio público universitario.

El marco legal español no genera dudas sobre esta cuestión, pues la transferencia de conocimiento como actividad de la Universidad viene reconocida de forma específica en el encabezado del propio Título VII de la LOU. Ésta es una novedad que se introdujo a partir de la reforma de esta ley orgánica en 2007. (En la versión original de la LOU de 2001 sólo aparecía «Investigación en la Universidad»). En correspondencia con ello, el art. 39.1 LOU articula las diferentes misiones de la universidad. Se afirma claramente que la base de todas las actividades universitarias es la investigación y, a partir de ella, se desarrollan docencia y transferencia de conocimiento: *«La investigación es fundamento de la docencia y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad»*.

La transferencia de conocimiento tecnológico y científico constituye aquello que se ha venido a llamar «la tercera misión» de la Universidad. Se trata de una función al servicio de la sociedad —artículo 1.2.c) LOU— que complementaría a las tradicionales e inescindibles, de docencia e investigación, de forma que desempeñe un papel decisivo para impulsar el desarrollo económico y social del entorno territorial en el que cada Universidad se ubica, e incluso del ámbito internacional. Se busca con ello que las aportaciones que resulten del nuevo y/o mejor conocimiento generado en la Universidad (de la investigación), tengan aplicación práctica.

La transmisión de conocimientos en la Universidad se caracteriza por cinco aspectos fundamentales: viene acompañada de la reflexión previa de quien la lleva a cabo, analiza la realidad de su ámbito científico, tiene en cuenta la reflexión de otros miembros de la comunidad universitaria o profesional, sistematiza los conocimientos, y promueve nuevo conocimiento. Además, esta tarea de reflexión y creación original de conocimiento (y, lógicamente, su transferencia) está respaldada en el art. 20.1.c CE, al consagrar la «libertad de cátedra» y, al dar lugar a resultado que se caracteriza por ser una creación original del miembro del personal docente e investigador o de un equipo de éstos, como se explicará, se subsume en el concepto de «obra» objeto de protección por la Ley de propiedad intelectual, con lo que el resultado de la actividad de transferencia forma parte consustancial de la propiedad intelectual (y se debe considerar en todo caso como un negocio jurídico privado sobre propiedad incorporal).

Como señala ORTEGA BERNARDO, la transferencia del conocimiento es, por tanto, un nuevo tipo de función universitaria que serviría para complementar las tareas básicas, esto es, la docencia o enseñanza directa de conocimiento a través de la formación de titulados superiores y futuros profesionales, y la de su generación por medio de la investigación y la correspondiente divulgación y publicación de sus resultados (12). Frente a investigación y docencia,

(12) ORTEGA BERNARDO: (2018).

como formas tradicionales a través de las cuales el conocimiento se crea y se transmite, la transferencia de conocimiento canaliza el flujo de conocimiento universitario a la sociedad circundante a través de una variedad de procesos. Algunos de ellos se encauzan a través de vías formalmente establecidas, como los contratos y convenios de investigación que se suscriben con terceros a cambio de contraprestación económica para realizar actividades de investigación. En ellos a veces se incorporan contratos de licencias de patentes, de *know-how*, que pueden incluirse como excepción.

Por último, conviene recordar que la Universidad pública tiene un rol de liderazgo institucional indiscutible, pues debe actuar como un elemento crítico en la configuración y desarrollo de los temas claves de nuestra sociedad y, muy especialmente, de la Sociedad del Conocimiento. Esta labor de la Universidad Pública de ser un agente activo en la creación y difusión de conocimiento científico se ha visto dificultada en los últimos años por una interpretación restrictiva y formalista de la misión propia de la Universidad, equiparando la transmisión del conocimiento a la idea de servicio y mercado, cuando, el conocimiento, como creación, es claramente una actividad (y no un servicio) ajeno a las reglas de la competencia. Labor de liderazgo que se asienta en el valor reputacional de su actividad (la *reputación académica* de los profesores de Universidad Pública funciona como un mecanismo de garantía y calidad), vinculada a fines públicos, por lo que la transferencia de conocimiento, aún en los casos de retribución por dicha transferencia, debe ser considerada como una función propia de la institución universitaria y no una simple prestación mercantil.

III. LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO COMO PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONSIDERACION COMO CONTRATOS PRIVADOS EN TODO CASO

Los negocios jurídicos suscritos con las universidades públicas sobre la base del artículo 83 LOU son contratos de diversa índole (ejecución de un proyecto de investigación, realización de actividades de apoyo tecnológico, medidas analíticas, estudios, ensayos, informes, dictámenes técnicos, etc.). Pero no todos ellos tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en tanto creación, serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Interesa, pues, la delimitación objetiva de la causa del negocio jurídico que se celebre con una Universidad Pública en relación a la transferencia de conocimiento (13). Para lo que es necesario acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo

(13) Interesa el trabajo de UREÑA SALCEDO: (2014).

1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) (14).

El artículo 10 LPI dice: «1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza (15).

.../...

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

.../...

i) Los programas de ordenador».

De la lectura de este precepto se deduce que el objeto de los derechos de autor es la *Obra artística, literaria o científica*.

(14) La propiedad intelectual es el conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 2 de la TRLPI).

(15) Esta previsión es de especial interés en la adquisición de libros por las bibliotecas públicas pues no encajan fácilmente en el ámbito del contrato de suministro del artículo 16 LCSP (que regula la adquisición de productos). El artículo 2 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas entiende por libro a toda obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura. Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial. En este caso, al ser la propiedad intelectual un bien incorpóreo, el negocio jurídico está formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP). En estos casos de propiedad intelectual no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público). Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento de libros científicos, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado. Vid. en este sentido MORENO MOLINA: (2018).

El listado del artículo 10 LPI no es exhaustivo, sin embargo, de su redacción parece claro que un informe o un dictamen (si bien sería mejor calificarlo como estudio), entran dentro del concepto de obra (letra a), apdo. 1). Esta interpretación resulta avalada, además, por el carácter abierto del listado, dentro del carácter ya de por sí abierto de todo el apartado 1. También nos encontramos con resultados habituales de la actividad de transferencia en las letras f), g) e i) del apdo. 1 del art. 10 LPI. Junto a lo anterior deben incluirse asimismo las bases de datos, en los términos del art. 12 LPI.

Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracteriza por su inmaterialidad (obra versus soporte material). En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares «originales». Lo relevante es que la actividad intelectual se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro). Por ello, de conformidad con la previsión del artículo 13. 1 de la LCTI, que indica que la investigación debe ser *«entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación»*, el resultado de la transferencia de investigación, en tanto actividad de creación de conocimiento —y consecuente originalidad—, es una obra a los efectos de la legislación de propiedad intelectual (el elemento causal es claro y permite diferenciar esta prestación de otras que son claramente contratos de servicios) (16).

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de transferencia que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual (17). Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconocibilidad/diferenciación de la Obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*,

(16) Debe advertirse, como ha destacado MENÉNDEZ SEBASTIÁN:(2018:pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro.

(17) Téngase además en cuenta que las obras derivadas (traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, o cualesquiera transformaciones de una obra) son también obra en el sentido del art. 10 LPI (art. 11 LPI).

como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y, el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, «no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores» (art 10 LPI).

Está claro que, cuando la actividad de transferencia solicitada por la entidad que contrata con la Universidad se plasma en un resultado que encaja en el concepto de «obra original» establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI. Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el miembro o el equipo, de entre el personal (docente e) investigador de la universidad, que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico, aunque quien lo celebre como ente contratante tenga consideración de poder adjudicador (18), esta formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP) (19).

Este dato es de especial interés pues la normativa de aplicación se decide por el tipo de relación jurídica y no por el carácter del sujeto que lo celebra (la ausencia de correcta depuración jurídica ha conducido a una incorrecta tipificación como contrato público de muchos de los negocios jurídicos de transferencia de conocimiento científico encomendado a las Universidades).

El argumento se refuerza con la regulación del artículo 55.2 de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (LES), donde se dice que «La transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá por el derecho privado, en los términos previstos por esta Ley y las disposiciones reguladoras y estatutos de las entidades a que se refiere el artículo 53, aplicándose los principios de la

(18) Sobre el ámbito subjetivo de la LCSP 2017 me remito a NOGUERA DE LA MUELA: (2018, pp. 233-280) y DIEZ SASTRE: (2018, pp. 519-549).

(19) El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996. «Consulta sobre diversos tipos de contratos», de la JCCA del Estado ya había afirmado que «Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual».

legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse».

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales), como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (art. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público), y así lo reitera expresamente el vigente artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI).

La LPAP, en relación a la explotación de estos derechos, establece una norma común de transferencia de la propiedad a través de cualquier negocio jurídico de carácter oneroso, pero distingue entre enajenación de inmuebles (ordinariamente adjudicación por concurso), la de muebles (ordinariamente por subasta) y la de derechos de propiedad incorporea (ordinariamente por subasta) si bien permite la adjudicación directa (art. 137.4), cuando *el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público* (20). Y la LCTI (art. 36), indica que se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por las Universidades públicas (y los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado), *cuando se trate de contratos de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación o contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación* (21). En este último caso, la Ley exige que si el receptor de los servicios es un poder

(20) La Ley de Economía Sostenible, en su artículo 55, añade dos supuestos de adjudicación directa de derechos incorporeales: cuando por las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa; y cuando resulte procedente por la naturaleza y características del derecho o de la transmisión, según la normativa vigente, como en los casos de las licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias.

(21) Como bien señalaba AMOEDO SOUTO: (2013, pp. 392-399), la voluntad del legislador era clara en este aspecto: considerar como contratos sometidos al derecho privado de estos contratos de valorización y transferencia de conocimiento científico.

adjudicador, la adquisición deberá ajustarse a las prescripciones de la normativa de contratación pública para la celebración del correspondiente contrato (no dice contrato público). Es decir, se aplicarán, al ser un contrato excluido de naturaleza privada, las reglas del artículo 4 LCSP: «*Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.*».

Por último, la LOU, en su reforma de 2011, regula específicamente los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual del resto de los bienes universitarios y señala que su administración y gestión se ajustará a lo previsto en la LCTI.

Resulta, pues, indubitado, que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público aunque quien solicite dicha transferencia sea una Administración o un poder adjudicador en el sentido de la Ley de Contratos del Sector Público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición).

En esta categoría de propiedad incorporal se incluyen la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen «creación original» y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría) (22).

Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una Universidad Pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor (23).

(22) Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación a contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, consideran que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en tanto son propiedad incorporal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

(23) C. AMOEDO SOUTO: (2013, pp. 402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento. Sin embargo, la redacción del actual artículo 6 LCSP, y su clara interconexión con la jurispru-

Como se ha expuesto, en estos casos no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público) (24). Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas del autor (la Universidad pública y el concreto personal público sobre quien recae el encargo de creación) sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado. Al igual que no se sujetan a reglas de contratación pública la adquisición de bienes de patrimonio cultural (la compra de un Picasso o de un Goya, a modo de ejemplo) ni el desarrollo de las mismas, tampoco la transferencia de conocimiento, en tanto creación y no servicio técnico, que se solicita a una Universidad pública que, por lo demás, insistimos, tiene una vocación institucional de prestación de servicio público (y no de mercado).

Por último, conviene hacer referencia al aspecto de la titularidad de los derechos de explotación de esa propiedad intelectual, fruto de la actividad de transferencia realizada por el personal (docente e) investigador. En este sentido, el artículo 80.5 LOU advierte que *«Formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación»*.

El artículo 53 de la Ley de Economía Sostenible (LES), cuando habla de la transferencia de resultados en la actividad investigadora, tras afirmar que *«estas disposiciones son aplicables a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las entidades mencionadas en el apartado anterior, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas»* (art. 53.2 LES). Afirma que *«se considerarán objeto de propiedad industrial y de propiedad intelectual los reconocidos como tales en la legislación vigente al respecto»* (art. 53.3 LES), para luego, en el art. 54.2 LES, afirmar que los derechos de explotación

dencia TJUE sobre cooperación horizontal, dificultan, en mi opinión, esta opción. Sobre la nueva regulación de la cooperación horizontal (convenios) y sus posibilidades prácticas me remito a VILALTA REIXACH: (2018, pp. 325-368).

(24) Vid. al respecto GÓMEZ OTERO: (2012, pp. 255-281).

relativos a la *propiedad intelectual* corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, «en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual».

De lo que se deduce que esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la Universidad Pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos ex artículo 83 LOU, son realizados por las Universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.

IV. EL SIGNIFICADO DE LA INNOVACIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN Y SU DIFERENCIA DE LA PROPIEDAD INCORPORAL. DEPURACIÓN CONCEPTUAL

Interesa aclarar la diferencia entre los negocios privados de transferencia de conocimientos, de aquellos contratos públicos en los que se adquiere innovación o se tiene en cuenta la existencia de derechos exclusivos vinculados a propiedad intelectual.

La investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (25). Fomentar la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) es un importante objetivo de la Unión contemplado en el artículo 179 del Tratado, que dispone que «[l]a Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias [...]». Los artículos 180 a 190 del Tratado determinan las actividades que deben llevarse a cabo a ese respecto y el alcance y ejecución del programa marco plurianual. El fomento de la innovación es, pues, una importante política de fomento que, como es lógico, exige unas reglas y principios, que se explican en la Comunicación de la Comisión *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2014/C 198/01)*. Y, desde la lógica del concepto de ayuda, los contratos privados analizados de transferencia de conocimiento en modo alguno pueden formar parte de este concepto ni, por sí mismos, puede argumentarse una tensión «indebida» de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporeales no encajan en la

(25) En el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.

idea u objetivo de libre mercado ya que, en si mismo, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre concurrencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14) (26).

El concepto de transferencia de conocimiento empleado por la Comisión europea es más amplio que el que parece deducirse de nuestra legislación. Se refiere literalmente a los «procesos de adquisición, recogida y reparto de los conocimientos explícitos y tácitos, incluidas las cualificaciones y competencias», e integra tanto las «actividades comerciales como no comerciales». Ejemplo de todo ello serían «la colaboración en la investigación, la consultoría, la concesión de licencias, la creación de empresas derivadas (spin-off), la movilidad de los investigadores, la publicación», etc. Aunque se precisa que se trata de «aportar conocimientos científicos y tecnológicos», también se refiere a trasladar «otras formas de conocimiento», como es el implicado en los «procesos comerciales facilitados por la tecnología» (27).

Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos (28). En ese contexto, cuando procede, y no estamos en la lógica de contratos privados (como ya hemos explicado), la contratación pública es una herramienta, pero no siempre es la única técnica administrativa. Existen fórmulas de cooperación y colaboración administrativa pensadas para facilitar el despliegue de los proyectos de investigación, evitando que trabas administrativas o económicas pongan en riesgo el cumplimiento de estos objetivos. En estos casos, la LCSP, en sus artículos 177 a 182, prevé y regula el nuevo procedimiento de asociación para la innovación cuyo resultado Sí es un contrato público. El procedimiento de asociación para la innovación articula un contrato en dos fases sucesivas. En la fase de investigación y desarrollo, se regirá por las normas que se establezcan reglamentariamente,

(26) La citada sentencia afirma que no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste. Vid. FUERTES LÓPEZ: (2016), quien recuerda que no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el Derecho europeo.

(27) *Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento europeo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las Regiones. Mejorar la transferencia de conocimiento entre las instituciones de investigación y la industria en toda Europa: incorporar la innovación abierta.* COM (2007) 182 final. Bruselas, 4.4.2007.

(28) Vid. GIMENO FELLIÚ: (2018b, pp. 1-27) y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ: (2018, pp. 1969-1712).

así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios. En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, se regirá por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate. Sin embargo, la actividad de transferencia de conocimiento de las Universidades públicas no siempre se puede, ni se debe, vehicular mediante este procedimiento.

Por otra parte, conviene recordar que, al margen de la contratación pública y la adquisición de innovación, se encuentra la compra pre-comercial. La Comunicación de la Comisión sobre la contratación precomercial declara que *«se refiere, en principio, a un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos según los que “los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio” y no constituya ayuda estatal»* (29).

Pues bien, este tipo de contrato se cataloga como excluido de la LCSP por el artículo 8 de la misma (30). Quedan excluidos, según indica dicho precepto, los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicios de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina), 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), que cumplan las dos condiciones siguientes:

a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

(29) Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», SEC(2007) 1668, de 14 de diciembre de 2007 —COM(2007) 799 final—. El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final, pág. 50, califica este sistema como una forma importante de fomentar la innovación que consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Así, la contratación precomercial supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior.

(30) Por todos, FERNÁNDEZ ACEVEDO: (2018, pp. 294-306).

b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios, no les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP.

Por último, conviene referir los supuestos en que se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando:

«Las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial,

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».

Interesa destacar que ahora, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia (31). El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente, siempre que se pretenda la relación con una Universidad Pública en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

(31) Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que es posible acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia. En todo caso, como bien ha indicado I. GALLEGO CÓRCOLES: (2014, pp. 220-222), «lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación». Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleados en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a esta procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

En determinados servicios técnicos que, al margen de la propiedad incorporal, pueda ofrecer una Universidad, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias sentencias TJUE) (32).

Y, aunque las cuantías fueran de un contrato menor, en una interpretación sistemática, resulta evidente que no funcionaría el límite cuantitativo global del artículo 118 LCSP, ya que no se aplica en los casos donde el «contratista» tiene derechos exclusivos (o existen razones técnicas o económicas, como indica el propio artículo 118.3 al señalar, en relación a ese límite, que «*quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º*»). Lógico de por sí, máxime cuando la Universidad Pública, en tanto administración pública, tiene unos fines institucionales y controles que, por sí mismos, resultan incompatibles con el riesgo de promover una red clientelar, de fragmentación indebida de la concurrencia o de comportamientos que pongan en riesgo la gestión eficiente de los fondos públicos (33).

En definitiva, *cuando se contrate a una Universidad pública por su carácter «personalísimo» en el servicio requerido (lo que se justifica con el perfil académico e investigador del personal de esa Universidad que acomete el*

(32) AURÉLIEN: (2011, pp. 879 y ss.,) con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del Derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Vid. la Resolución núm. 29/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 14 de Junio de 2016.

(33) Resulta de interés recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (Informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018 y JCCAAr 3/2018): a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor. b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca. c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

Interesa advertir que esta interpretación tiene importantes consecuencias prácticas para la compra de suministros y servicios por Organismos Públicos de Investigación, que si bien no pueden adquirir libremente, pueden gestionar con sencillez (pero con trazabilidad de las decisiones que adopten) las necesidades no previstas (y gastos menores) en la ejecución de los distintos proyectos de investigación. En todo caso, conviene recordar las conclusiones del Informe de fiscalización de las Universidades Públicas del Tribunal de Cuentas de España, ejercicio 2003, publicado en el BOE de 4 de marzo de 2010, donde se indica que uno de los ámbitos de menor trazabilidad administrativa en la gestión universitaria es la contratación de la investigación.

encargo) se puede utilizar tanto un procedimiento negociado sin publicidad (sin necesidad de consulta a otros proveedores) o el contrato menor en esas cuantías (sin límite acumulativo del artículo 118.3 LCSP).

V. CONCLUSIONES

Tras en análisis normativo y jurisprudencial sobre la función de transferencia del conocimiento por las Universidades y su vinculación o interconexión con los principios y reglas de la contratación pública puede, nos lleva a formular una serie de conclusiones que deben permitir aclarar jurídicamente (y vencer inercias prácticas no justificadas) como deben articularse las relaciones jurídicas de transferencia de conocimiento científico por parte de las Universidades, máxime cuando la otra parte es un poder adjudicador.

Primero.— Lo que distingue a la Universidad, y en especial a las Universidades públicas en España, frente a cualquier otra institución y, fundamentalmente, frente a una empresa, es que junto a las funciones comunes de transmisión de los conocimientos que en un momento dado constituyen el acervo de cada disciplina, está su función de creación, desarrollo y crítica de la ciencia, como acertadamente señala el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU). Y ésta constituye una de las misiones fundamentales de la Universidad. La transferencia de conocimiento por parte de las Universidades forma parte de su misión de servicio público, y, por ello, como luego se explicará, no puede entenderse como actividad económica o de mercado.

La transferencia de conocimiento tecnológico y científico constituye aquello que se ha venido a llamar «la tercera misión» de la Universidad. Se trata de una función al servicio de la sociedad —art. 1.2.c) LOU— que complementaría a las tradicionales e inescindibles, de docencia e investigación, de forma que desempeñe un papel decisivo para impulsar el desarrollo económico y social del entorno territorial en el que cada Universidad se ubica, e incluso del internacional. Se busca con ello que las aportaciones que resulten del nuevo y/o mejor conocimiento generado en la Universidad (de la investigación), tengan aplicación práctica.

Segundo.— La Universidad pública tiene un rol de liderazgo institucional indiscutible, pues debe actuar como un elemento crítico en la configuración y desarrollo de los temas claves de nuestra sociedad y, muy especialmente, de la Sociedad del Conocimiento. Por su propia naturaleza, este liderazgo debe ejercerlo con la mayor amplitud de miras, pero atendiendo especialmente al entorno. Esta labor de la Universidad de ser un agente activo en la creación y difusión de conocimiento científico se ha visto entorpecida en los últimos años por una interpretación restrictiva y formalista de la misión propia de la

Universidad. Se ha equiparado la transmisión del conocimiento a la idea de servicio y mercado, cuando, el conocimiento, como creación, es claramente una actividad (y no un servicio) ajeno a las reglas de la competencia. La labor de liderazgo de las universidades públicas se asienta en el valor reputacional de su actividad (la *reputación académica* de los profesores de Universidad funciona como un mecanismo de garantía y calidad), vinculada a fines públicos. Por este motivo, la transferencia de conocimiento, aun en los casos de retribución por dicha transferencia, debe ser considerada como una función propia de la institución universitaria y no como una simple prestación mercantil. En este caso no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público).

Tercero.— Los negocios jurídicos suscritos con las universidades públicas sobre la base del artículo 83 LOU son contratos de diversa índole (ejecución de un proyecto de investigación, realización de actividades de apoyo tecnológico, medidas analíticas, estudios, ensayos, informes, dictámenes técnicos, etc.). Pero no todos ellos tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en tanto creación original (inherente a la idea de transferencia de conocimiento científico), serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Y, en ese caso, un poder adjudicador que solicite dicha transferencia de conocimiento no deberá aplicar las disposiciones de la LCSP al tratarse de negocios jurídicos sometidos a un régimen de derecho privado.

Los negocios jurídicos de transferencia que cumplan los requisitos del artículo 10 LPI para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual. Está claro que, cuando la actividad de transferencia solicitada por la entidad que contrata con la Universidad pública se plasma en un resultado que encaja en el concepto de «obra» establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI. Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el miembro o el equipo, de entre el personal (docente e) investigador de la universidad, que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado (muy evidente cuando se da respuesta a un problema complejo).

Es obvio que el resultado de esta transferencia de conocimiento tiene un valor, susceptible de compensación económica, pero no por ello puede argumentarse su consideración como contrato público (34).

(34) Por supuesto, a estos contratos les será de aplicación la previsión del artículo 11, apartado dos, de la Ley 37/1992, del Impuesto de Valor Añadido, que dispone en su apartado 4 que tendrán la consideración de prestaciones de servicios, entre otras, «Las cesiones y concesiones de derechos de autor, licencias, patentes, marcas de fábrica y comerciales y demás derechos de propiedad intelectual e industria». Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ: (2013, pp. 134-139).

Estos derechos son de la Universidad Pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos ex artículo 83 LOU, son realizados por las Universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.

Cuarto.- La LCTI (art. 36), indica, como también lo hacen la LPAP, la LES y la LOU, que estos negocios jurídicos de transferencia se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por las Universidades públicas (y los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado), *cuando se trate de contratos de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación o contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.* En este último caso, la Ley exige que si el receptor de los servicios es un poder adjudicador, la adquisición deberá ajustarse a las prescripciones de la normativa de contratación pública para la celebración del correspondiente contrato (no dice contrato público). Es decir, se aplicarán, al ser un contrato excluido de naturaleza privada las reglas del artículo 4 LCSP: *«Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».*

Así, los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público) ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, se tratará de un negocio excluido de las previsiones de la LCSP. Tal consideración permite la selección directa con la Universidad en cuestión, sin límites de precios (sería mejor referirse a retribución por contraprestación). En esta categoría se incluyen la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que implican «creación» y donde es relevante el elemento cualitativo de quien realiza esta actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría).

Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una Universidad Pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse esta adquisición de conocimiento como contrato menor.

Quinto.- Al margen de la contratación pública y la adquisición de innovación, se encuentra la compra precomercial. Este tipo de contrato se cataloga como excluido de la LCSP por el artículo 8 de la misma. Quedan excluidos, según indica dicho precepto, los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos); 73100000-3 (servicios de investigación y desarrollo experimental); 73110000-6 (servicios de investigación); 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación); 73112000-0 (servicios de investigación marina); 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental); 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo); 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), que cumplan las dos condiciones siguientes: a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios no les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP.

Sexto.- Por último, quedan por mencionar los supuestos en que se quieren adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporeal. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando *«las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial»*. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación con una Universidad Pública en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

En determinados servicios técnicos que, al margen de la propiedad incorporeal, pueda ofrecer una Universidad, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento. Y, aunque las cuantías fueran de un contrato menor, en una interpretación sistemática, resulta evidente que no funcionaría el límite cuantitativo global del artículo 118 LCSP, ya que no se aplica en los casos donde el «contratista» tiene derechos exclusivos o existen razones técnicas o económicas que lo aconsejan (así lo indica el propio 118.3 al señalar, en relación a ese límite, que «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º»).

Séptimo.— Por último, desde la lógica del concepto de ayuda pública, los contratos privados de transferencia de conocimiento analizados, en modo alguno pueden formar parte de un concepto de ayuda pública ilegal ni, por sí mismos, puede argumentarse una tensión «indebida» de la competencia. Esto es así ya que los contratos sobre bienes incorporeales no encajan en la idea u objetivo de libre mercado pues, en sí mismo, no hay una competencia entre servicios profesionales. Y en esos casos no hay que someter nada a la libre concurrencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH (asunto C-410/14).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, Carlos (2013): «La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», en libro colectivo dirigido por J. Pernas, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor.
- AURÉLIEN A. (2011): «L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique», *Revue Francaise Droit Administratif*.
- BERBEROFF AYUDA, Dimitri (2018): «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en libro colectivo *Estudios Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur menor
- CHAVES GARCÍA, José Ramón (2011): *La universidad pública al derecho y al revés*, Evergráficas.
- COZZIO, Michelle (2013): «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2018): El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública», en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia.
- EMBED IRUJO, Antonio (2011): «Crisis y cambio de modelo en las Universidades públicas. Reflexiones de urgencia», en el número monográfico titulado *La universidad en crisis*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 23.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018): «Negocios y contratos excluidos», en libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1982): *La autonomía universitaria: ámbito, límites*, Civitas, Madrid.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes (2016): «Contratos excluidos de las Directivas europeas», en administraciónpublica.com (junio 2016).

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2014): «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2015): «Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988): «La autonomía universitaria», RAP núm. 117.
- GIMENO FELIÚ, José María (2018a): «La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación», *Revista Ius Publicum* núm. 1.
- (2018a): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2015 a): «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», REDA núm. 172
 - (2015b): Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015.
- GÓMEZ OTERO, Carlos A. (2012): «La transferencia de resultados de investigación en el cuadrilátero normativo LPAP, LOU, LES y LCTI», en libro colectivo dirigido por C. Horgué, *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1976): *El vía crucis de las libertades públicas*. Ed. Cuadernos para el diálogo, S.A., Madrid.
- (1990): *A vueltas con la Universidad*, Civitas, Madrid.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva (2018): «El contrato de servicios», en libro colectivo *Estudios Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur menor.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018): «Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017», publicado en www.obcp.es (marzo de 2018).
- NOGUERA DE LA MUELA, Belen (2018): «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Compra conjunta y centrales de compras», en libro colectivo *Estudios Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- ORTEGA BERNARDO, Julia (2018): «La transferencia de conocimiento en las Universidades: razones, límites e incentivos a la contratación privada de la

- investigación pública», Ponencia en XIII Congreso AEPDA, Salamanca, 6 de febrero de 2018. Publicado en www.aepda.es.
- ORTEGA Y GASSET, José (1983): «La misión de la Universidad», escrito en 1930, ahora recopilado en *Obras completas*, Vol. IV, Alianza Universidad-Revista de Occidente, Madrid.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel (2013): «La Administración universitaria y el impuesto sobre el valor añadido», ponencia XI Curso Sobre Régimen Jurídico de Universidades, Pamplona, publicado, Conclusiones del XI Curso sobre Régimen Jurídico de Universidades (coord. J. Irigoyen & Ana Caro), Aranzadi, Cizur Menor.
- UREÑA SALCEDO, Juan (2014): «Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2018): «La compra pública de innovación (CPI). El procedimiento de adjudicación de Asociación para la Innovación», en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia.
- VILALTA REIXACH, Marc (2018): «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en libro colectivo *Estudios Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VV. AA. (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio), (2016): *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea*, Tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.

LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (*)

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. ESTA ES LA LEY DEL GOBIERNO DEL PARTIDO POPULAR.– III. UNA LEY CON UNA TRAMITACIÓN PREMIOSA.– IV. UNA LEY DESCONTEXTUALIZADA.– V. ES UNA NORMA POCO CUIDADA TÉCNICAMENTE.– VI. ES UNA NORMA QUE DEBIERA HABER IMPULSADO CAMBIOS EN OTRAS DISPOSICIONES.– VII. ES UNA LEY POCO RESPETUOSA CON LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.– VIII. ES LA LEY MÁS ENMENDADA.– IX. ES UNA LEY CON UNA ORIENTACIÓN POLÍTICA DETERMINADA.– X. PESE A LO ANTERIOR, ES UNA LEY DE CONSENSO RELATIVO.

RESUMEN: En este estudio se analiza la tramitación parlamentaria de la LCSP y cuáles han sido las claves para entender su resultado, tanto ideológicamente como técnicamente.

Palabras clave: Ley de contratos; Parlamento; Gobierno.

ABSTRACT: In this study the parliamentary procedure of the LCSP is analyzed and what have been the keys to understand its result, both ideologically and technically.

Key words: Procurement Act; Government; Parliament.

I. PLANTEAMIENTO

Ley 9/2017, de 19 de octubre, 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 ha sido una norma de larga y compleja tramitación parlamentaria, con avatares derivados de la tardanza del Gobierno, de la inestabilidad política después de las dos elecciones generales, de la propia situación del principal partido de la oposición y de la propia dificultad de una norma compleja.

(*) Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76986-P; «Unión Europea en el contexto de los Tratados de nueva generación: entre reforma institucional y protección social», del que soy IP

El texto aprobado constituye una norma extraordinariamente larga, que consta de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 16 disposiciones finales, y seis anexos. Es la norma más larga del ordenamiento español. La Nueva Ley de Contratos del Sector Público entró en vigor a los cuatro meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado —salvo la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la Disposición final décima, que lo hizo al día siguiente de la referida publicación—.

Abordar en un artículo las peripecias de su tramitación parlamentaria resulta complicado. Buena parte del trabajo de la Comisión, de las transacciones que, según señaló el ponente del PP afectó al 90% de las enmiendas presentadas quedará dentro de las paredes donde debatieron. Al igual que las múltiples reuniones bilaterales entre el Gobierno proponente y algunos grupos parlamentarios, que permitieron dibujar algunos puntos de acuerdo, más allá de que luego se modificaran. Y queda también sin poderse dar cuenta de cuál fue el peso real de los grupos de presión que se acercaron a los grupos parlamentarios durante la tramitación de la ley y que influyeron en las enmiendas presentadas.

Por ello, en el texto que tiene en sus manos, el lector encontrará apreciaciones y valoraciones personales, junto con dato objetivos.

II. ESTA ES LA LEY DEL GOBIERNO DEL PARTIDO POPULAR

El texto de la LCSP es sustancialmente el texto presentado por el Gobierno, enmendado. Pero sustancialmente es el texto que presentó el Gobierno del Partido Popular; que, de hecho, alteró el hecho público por el Ministerio de Hacienda el 17 de abril de 2015 para impulsar el trámite de información pública (1). Es suya la filosofía de la Ley, suya es la metodología de la misma (aunque esté originada en la norma que derogue) y son suyas las opciones para proceder a la transposición de las directivas europeas. En definitiva, la diferencia que puede existir con la normativa francesa, mucho más fácil de aplicar, es sustancialmente, la responsabilidad del Gobierno que presentó el Proyecto de ley.

(1) En el Observatorio de Contratación Pública se hizo un documento comparativo del texto originario del hecho público por el Ministerio de Hacienda el 17 de abril de 2015 para impulsar el trámite de información pública y al que aprobó el gobierno que se puede acceder aquí: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_4_1-Comparado_PLey24_11_2016-Anteproyecto17_4_2015_081d36fe%232E%23pdf/chk.286050799c3a0ce094ab0a94d38250cc.

Un Proyecto de ley que recibió críticas por algunas de sus carencias (2), unas resueltas durante la tramitación parlamentaria, otras que quedan vigentes aún hoy.

Esta idea se refleja claramente en lo que no se puede abordar a la hora de un procedimiento legislativo. La compleja y abigarrada estructura de la norma no puede ser modificada a lo largo de su tramitación parlamentaria. Ni siquiera la presentación y votación de una enmienda a la totalidad hubiera hecho posible un nuevo texto más sencillo de la norma.

Uno de los elementos donde más se aprecia que es la norma del Gobierno es la negativa a modificar la división entre distintos tipos de ámbitos de aplicación de la norma a pesar de la enmienda que se presentó por el grupo Parlamentario Socialista en el Senado, como vehículo para resolver una cuestión sobre la que la Unión Europea ha llamado la atención a España: «Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública» es lo que se señala en la Recomendación de Decisión del Consejo Europeo sobre el déficit excesivo de julio de 2017 (3).

III. UNA LEY CON UNA TRAMITACIÓN PREMIOSA

El anteproyecto de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público fue aprobado en Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015. El Dictamen del

(2) Véase el documento del Observatorio de Contratación Pública 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); accesible 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 o las que yo publiqué en mi blog Nueva Ley de contratos: aspectos para modificar; accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/02/27/nueva-ley-de-contratos-aspectos-modificar/> o el más específico sobre el apoyo a las concesiones a través de los préstamos participativos, accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/05/02/prestamos-participativos-concesiones/>.

(3) De hecho, este problema fue una de las razones que dio el Grupo Socialista para no votar a favor de la norma. En la presentación ante los medios de comunicación Alfonso Rodríguez Gómez de Celis señaló que «Es un clamor la necesidad de que estuvieran todos los contratos sometidos a un mismo régimen de publicación, como norma jurídica, y que fuera el de la Ley de Contratos».

Consejo de Estado fue aprobado el 10 de marzo de 2016 (4). La remisión del Proyecto de ley a las Cortes se produjo, casi año y medio después de la aprobación del Anteproyecto, (como consecuencia de que el Gobierno estuvo en funciones durante la mayor parte de este periodo donde se celebraron 2 elecciones generales), concretamente el 25 de noviembre de 2016.

De forma un tanto extraña se declaró que la tramitación fuera urgente; proporcionando, además, competencia legislativa plena a la Comisión de Hacienda y Función Pública el 2 de diciembre; aunque el Grupo Parlamentario de Podemos pretendió la avocación al Pleno, que fue desestimada junto con la tramitación de la Enmienda a la Totalidad del mismo grupo parlamentario. Tuvo, no obstante, hasta 10 ampliaciones de plazo para presentar enmiendas: del 14 de diciembre en que finalizaba al 3 de marzo.

El Proyecto de Ley tuvo una enmienda a la totalidad, presentada por Podemos y algunos diputados del Grupo Mixto, que fue rechazada (70 síes; 255 noes; 13 abstenciones). Es curioso observar cómo hubo posiciones de los grupos de la oposición en las que señalaban que su voto negativo derivaba de la necesidad de que la ley se tramitara cuanto antes para cumplir con el Derecho europeo a pesar de que estaban en contra del texto que había presentado el Gobierno y, por ende, de su devolución.

La votación final de la Comisión en el Congreso se produjo el 27 de julio de 2017 con 20 votos a favor (Partido Popular, Ciudadanos, Esquerra Republicana, y PDCat), ninguno en contra, y 17 abstenciones (PSOE y Podemos).

El Senado aprobó el Informe de la Comisión —que incorporaba tres enmiendas para revertir la revisión de la reforma laboral que estaban en el texto remitido por el Gobierno— el 27 de septiembre de 2017. Con ello debía volver al Congreso. Con el rechazo (por 164 votos a favor y 171 votos en contra) de las tres enmiendas (a los artículos 122.2, 149.4. último párrafo y 202.2., tercer párrafo), remitidas por el Senado, se aprobó definitivamente la norma.

Conviene resaltar que esta norma entró en el Congreso de los Diputados junto con el Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. En julio de 2018, la tramitación de este último Proyecto de Ley no había concluido.

(4) Dictamen del Pleno del Consejo de Estado que se puede acceder en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>.

IV. UNA LEY DESCONTEXTUALIZADA

El gran defecto general que tiene esta norma es que está descontextualizada. Una descontextualización que procede, de entrada, en la dificultad que tiene para los medios técnicos de los que dispone la Administración en la actualidad; especialmente en el régimen local. La Disposición Adicional 38ª cercena toda capacidad de aumento de personal, como ha sido la lógica durante los Gobiernos del Partido Popular, que han venido imponiendo tasas de reposición cero: Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal salvo los gastos derivados de las funciones atribuidas en esta Ley a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Esta es una ley que requiere que la Administración electrónica esté puesta en funcionamiento, lo que, pese a lo que señalan las normas administrativas generales de 2015, no están en funcionamiento.

Pero, en segundo lugar, está descontextualizada porque ha creado un ambiente antiadministrativo, manifestado en una exigencia de informes reiterados en los que late la desconfianza por los problemas de corrupción. La corrupción se puede vestir en informes. El problema es previo y afecta, entre otros elementos, a los mecanismos de control fiscal que tenemos en nuestro país.

V. ES UNA NORMA POCO CUIDADA TÉCNICAMENTE

El esfuerzo por el consenso entre los grupos parlamentarios y de las numerosas enmiendas aceptadas, a que se hará referencia con posterioridad, ha provocado el problema de los problemas de técnica jurídica con los que se ha publicado la disposición. Un problema que, recordemos, fue resaltado por la Comisión europea durante la tramitación de la ley (5).

Voy a tomar dos aspectos que son relevantes, siendo indiferente, a estos efectos, cuál sea mi posición al respecto. Por un lado, la regulación de los contratos menores, que ha dado lugar a una pluralidad de criterios enfrentados entre las distintas Juntas Consultivas intentando hacer una suerte de «salvar al

(5) Concretamente, se afirma que: «España continua careciendo de un marco claro y coherente de políticas de contratación pública que garantice el cumplimiento legal, un elevado nivel de competencia y eficiencia económica, a saber, mecanismos de control *ex ante* y *ex post* eficaces, mayor transparencia y coordinación entre las autoridades y entidades contratantes en todos los niveles gubernamentales. El Gobierno ha presentado algunas medidas en 2017 que mejorarían el sistema de supervisión de adquisiciones y que actualmente están pendientes de aprobación parlamentaria». 2017 European Semester: Communication on Country Specific Recommendations.

contrato menor», como muy gráficamente aparece en Galicia. No obstante, en una cuestión menor como ésta, parece que, sea cual fuere la regulación, no hubiera dudas.

O, en segundo lugar, las Instrucciones para contratar, cuya desaparición está recogida en la Exposición de Motivos de la LCSP pero que, con posterioridad, reaparecen en las Disposiciones Transitorias, aunque, obviamente, haya que adaptarlas a parte del articulado de la Ley. Insisto que en este momento es indiferente mi posición al respecto, pero sí lo resalto con elemento de mala técnica legislativa de la norma.

Por otra parte, la redacción de la disposición incurre en ocasiones en defectos de acumulación de enmiendas en lugar de haberse parado a articular un texto nuevo a través de la transacción. Posiblemente las reticencias del Gobierno a cualquier tipo de cambio y, la necesidad de los grupos de dejar huella en el texto son los elementos que conducen a este resultado.

Por último, como manifestación de otra vertiente de mala técnica legislativa aparece la regulación de los recursos especiales que han sido regulados con prevención por parte de la LCSP, no vaya a ser que provoque un incremento de recursos.

El recurso especial en materia de contratación pública ha supuesto un incremento de garantías y de transparencia en materia de contratación pública. Pese a ello, la ley eleva la cuantía a cantidades muy elevadas, tres millones de euros en contratos y cien mil euros en suministros. Asimismo, incorpora la posibilidad de crear multitud de tribunales en el ámbito local, con lo que se genera inseguridad jurídica y se dificulta la posibilidad de mantener la imparcialidad necesaria en estos contratos, derivado de la falta de separación necesaria con respecto al Ayuntamiento y que personas que han realizado parte de la política de contratos son los que ahora tienen la obligación de aplicarla (6).

Las dificultades que tiene la norma, su extensión hacen que se esté restando sustancialmente la labor de contratación. Es, en este sentido, relevante el hecho de la pluralidad de informes y de los papeles relevantes de los Interventores que están conduciendo a demorar la tramitación de los expedientes de contratación.

(6) De hecho, fue una de las razones de la abstención del Grupo Socialista. En la presentación de la posición ante los medios de comunicación Alfonso Rodríguez Gómez de Celis —responsable de Administraciones Públicas del Comité Federal del PSOE— señaló que «el recurso especial en materia de contratación pública ha supuesto un incremento de garantías y de transparencia en materia de contratación pública. Pese a ello, la ley eleva la cuantía a cantidades muy elevadas, tres millones de euros en contratos y cien mil euros en suministros. Asimismo, incorpora la posibilidad de crear multitud de tribunales en el ámbito local, con lo que se genera inseguridad jurídica y se dificulta la posibilidad de mantener la imparcialidad necesaria en estos contratos».

VI. ES UNA NORMA QUE DEBIERA HABER IMPULSADO CAMBIOS EN OTRAS DISPOSICIONES

La normativa de contratos del sector público debiera haber impulsado ciertos cambios legislativos en otras normas para la consecución de objetivos que están en la propia LCSP. El más relevante es la descoordinación con la normativa presupuestaria. El control económico de los contratos es uno de los grandes problemas de la contratación y, con ello, de la lucha contra la corrupción y el mal uso de dinero público.

Los elementos relativos al control económico constituyen uno de los problemas de mayor entidad en relación con los contratos de entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones públicas. Una realidad que muy importante a la hora de contratar, ya que sigue existiendo un uso abusivo por parte de las Administraciones públicas. Sociedades mercantiles, fundaciones privadas en mano pública y otras entidades de similar naturaleza suelen adjudicar muchos de los contratos, que quedan sometidos a un régimen mucho más laxo en cuanto a su publicidad y demás controles.

Un aspecto que, además, podría haber conducido a cambios organizativos, tal como se demandó en el propio Congreso de los Diputados: Conviene recordar la recomendación que se hizo en el Congreso de los Diputados el 9 de diciembre de 2014 por parte del Presidente del Tribunal de Cuentas, que hay que recuperar y que es común a todas las sociedades de obras públicas: «sería recomendable que se valorara la necesidad de seguir manteniendo esta modalidad de instrumentos de gestión, en particular si se tiene en cuenta que estas Sociedades se encuentran sometidas en un grado significativamente menor que la Administración General del Estado a las normas del derecho presupuestario y administrativo».

VII. ES UNA LEY POCO RESPETUOSA CON LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Uno de los defectos más claros de la norma es el de su densidad normativa. Una densidad que contrasta con las limitadas competencias del Estado en relación con la contratación pública, de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la Constitución: meramente legislación básica.

La Ley aúna un doble contenido: aquello que debiera ser una Ley de Contratos del Sector Público con lo que debería haber sido una Ley de Contratos del Estado. Preceptos que previsiblemente van a recibir un juicio negativo de inconstitucionalidad son perfectamente válidos si su ámbito de aplicación se refiere sólo a la Administración General del Estado.

No obstante, resulta paradójico que no haya sido ninguna de las Comunidades Autónomas más activas en relación con el planteamiento de conflictos de competencias quien haya denunciado este vicio ante el Tribunal Constitucional. Hay que notar que la razón que justifica esta diferencia está en los propios acuerdos a los que se llegaron entre el Estado y Cataluña en relación con la normativa de esta última Comunidad autónoma, que remitieron a la propia LCSP la resolución de la controversia planteada por el Estado (7).

Ha sido la Comunidad autónoma de Aragón la que planteó el requerimiento a la Administración del Estado para que se modifiquen aspectos sustanciales de la Ley; de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Concretamente, utilizó el procedimiento previsto en el artículo 33.2 para, a través de la cooperación, intentar una solución concertada que permita la modificación de la ley y, de este modo, evitar el recurso.

La esencia del recurso se puede articular sobre dos aspectos: resulta, en este sentido paradójico, que las Disposiciones Finales 2ª y 3ª de la LCSP'17 hagan prevalecer las competencias de Navarra y el País Vasco (y, en consecuencia las normas aprobadas en ambos territorios) y que no haya una sola mención a las restantes Comunidades Autónomas. Y, en segundo lugar, el contenido de la Disposición Final 1ª ha quedado, en este sentido, superado por la intensidad normativa que se ha desplegado a lo largo de la norma

Ahora bien, resulta paradójico que durante el debate parlamentario la cuestión de la distribución de competencias no constituyó un elemento nuclear de la discusión. De hecho, durante la tramitación autonómica se produjo una de estas manifestaciones de la recentralización de competencias a que estamos tan acostumbrados últimamente (8) a través de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, propuesta por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos.

A él se le proporciona un valor capital en la ejecución de la norma. En efecto, dispone de la capacidad de emitir informes vinculantes para todas las Administraciones públicas y que será la que apruebe la Estrategia Nacional

(7) Resolución de 14 de marzo de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública. (BOE 27/03/2017).

(8) NOGUEIRA, A. «El mito de la España casi federal»; que se puede consultar en <http://agendapublica.elperiodico.com/mito-la-espana-casi-federal/> De igual manera, mi artículo, en prensa «Hacia una reforma federal de la Constitución española», de próxima publicación en la Revista sistema.

de Contratación Pública vinculante para el sector público; en las condiciones previstas en el artículo 332 LCSP'17. A través suyo, un organismo estatal determinará, en consecuencia, aspectos esenciales de la política de contratación.

Más aún, fue un gran olvidado salvo para incidir en los elementos relativos a la capacidad del Estado para determinar en qué circunstancias cabían los Tribunales de contratos de índole local y si podían o no ser incluidos en la norma estatal dentro de los órganos autonómicos.

A estos problemas generales, hay que reseñar también que, pese a las enmiendas en este sentido, La Disposición adicional 27ª de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público establece una previsión para la centralización de productos sanitarios, que se puede imponer mediante Orden Ministerial, alterando en consecuencia todo el régimen de distribución de competencias en la materia. Más aún, supone desoír las tres sentencias del Tribunal Constitucional —la última la STC 7/2017, de 19 de enero— que han señalado la legitimidad competencial de sistemas alternativos no centralizados con el del Estado puestos en funcionamiento por Andalucía.

VIII. ES LA LEY MÁS ENMENDADA

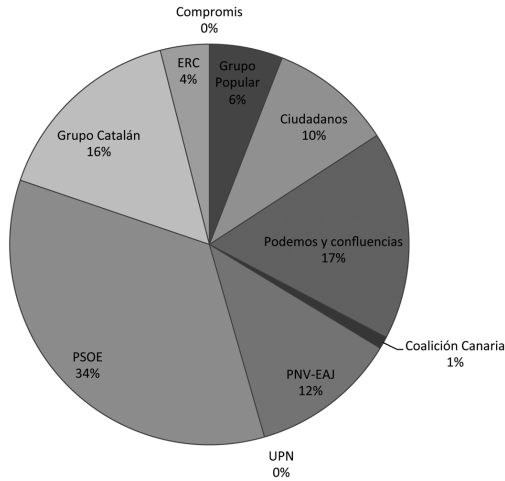
Sin lugar a dudas, esta es la Ley (dejando al lado las leyes de Presupuestos Generales del Estado y las antiguas Leyes de acompañamiento) que ha recibido más enmiendas a lo largo de toda la vida democrática. Es un dato importante por cuanto que refleja el interés de todos los grupos parlamentarios en la contratación pública, en la medida en que todos han de aplicarla, en un ámbito u otro.

Posiblemente este hecho, hubiera requerido una discusión previa entre los partidos políticos para que el proyecto originario hubiera sido fruto de un consenso mayor. Enmendar una norma no es lo mismo que hacer esta norma con arreglo a criterios de consenso para que hubiera una satisfacción generalizada en el texto de la disposición. Hubiera permitido, asimismo, que el texto dispusiera de mayor calidad normativa, eliminando contradicciones internas y reiteraciones que existen.

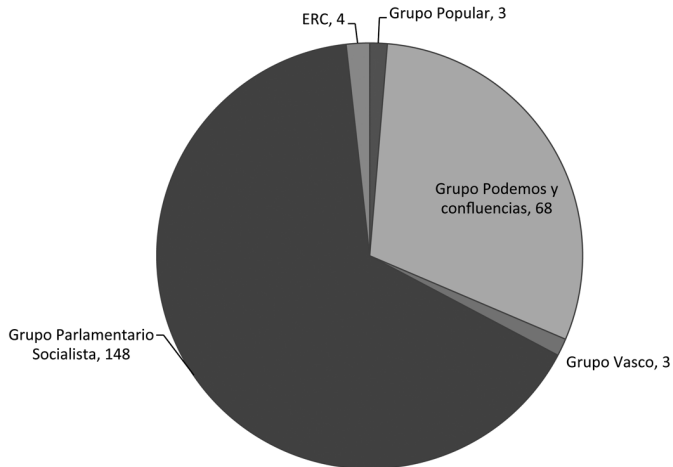
LA LCSP recibió una Enmienda a la Totalidad, presentada por el Grupo Parlamentario de Podemos, que fue rechazada

Volviendo a las enmiendas, los datos quedan reflejados en este cuadro:

En la tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron 1080 enmiendas (que triplican las que se presentaron en la tramitación de lo que luego fue la Ley de 2007), cuya distribución por Grupos parlamentarios es como sigue:



En la tramitación en el Senado se presentaron 255 enmiendas (de las cuales se retiraron con posterioridad 3), que quedan como sigue:



Las únicas que fueron aceptadas fueron las 3 del Grupo Parlamentario Popular, y el texto que fue remitido al Congreso fue aprobado por 145 votos a favor, 58 en contra, y 31 abstenciones.

Y conviene también recordar un dato: es una Ley de enmiendas selectivas: 151 disposiciones de la ley no recibieron ni una sola propuesta de modificación.

Por último, un dato que resulta relevante: los partidos políticos actuaron como correas de transmisión de enmiendas de grupos económicos y sociales. Esto se muestra con enmiendas muy parecidas y con un

IV. ES UNA LEY CON UNA ORIENTACIÓN POLÍTICA DETERMINADA

La ley está ideológicamente marcada por el hecho de que se trata de una Ley del Gobierno. Pese a que nos encontremos ante ciertos avances en materia de política social y ambiental (que aparecen como elementos transversales de la regulación en el artículo 1.3), siguen habiendo muchos elementos que hacen que la ley se pueda considerar como una norma «de derechas», valga la expresión. Una apreciación que se manifiesta en que fueron el Grupo Socialista y el Grupo de Podemos los que presentaron más enmiendas durante la tramitación de la Ley en el Senado, para manifestar su oposición a determinados preceptos de la norma.

Así, entre otros, se podrían citar los siguientes:

- a) La LCSP, apoyando una enmienda presentada por el PDeCAT impone restricciones que exigen la elaboración de un informe que garantice que la internalización es mejor solución que la externalización, que es el que recoge el artículo 86 de la Ley de régimen local, en donde se ha de acreditar no sólo «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» sino también la exigencia específica de la ley de contratos de que «dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional» (9).
- b) Varios grupos parlamentarios (PSOE, Podemos, ERC) presentaron enmiendas en la tramitación de la Ley de Contratos del Sector Público que quería establecer una prohibición de contratar a aquellas empresas que estén radicadas directa o indirectamente en paraísos fiscales.
- c) Acceder a los mercados de contratación pública es muy complejo para las PYME. Las grandes empresas acaban copando la adjudica-

(9) De hecho, fue una de las razones que dio Alfonso Rodríguez Gómez de Celis para que el Grupo Parlamentario Socialista no votara a favor de la Ley: «sigue siendo una opción penalizada en esta Ley, la cual se añade a la penalización de la ley de presupuestos en materia de personal. Esto supone una restricción de la capacidad de organización de todas las Administraciones Públicas». «Para los socialistas, las AA.PP. deben acudir a la contratación de recursos para solventar las necesidades de los ciudadanos. El fin de la contratación es el ciudadano, no el licitador»

ción para prestaciones que con posterioridad han de subcontratar, dado que carecen de capacidad para poder ejecutar directamente el contrato. Por ello, durante la tramitación parlamentaria la cuestión de la subcontratación constituyó uno de los elementos que suscitó más interés entre los grupos parlamentarios. Y la verdad es que el resultado final no es precisamente el mejor; sobre todo teniendo en cuenta el impacto que tiene la subcontratación en la calidad de la contratación pública, como ya tuve ocasión de analizar en otra ocasión. La subcontratación, desde el punto de vista de la publicidad y la concurrencia, constituye un fraude. Una empresa resulta adjudicataria de un contrato que no está en condiciones de ejecutar directamente y que, por ello, precisa que otra lo haga en su nombre. Esta segunda es elegida de forma directa, sin conocimiento previo del contratante, sin exigirse el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica y económica. Todo ello a pesar de que constituye la ejecución de un contrato público sufragado con fondos públicos. Más aún, la subcontratación constituye una vía para deteriorar tanto la situación de las PYMES como de los trabajadores. Ejecute quien ejecute el trabajo el contratista obtiene un beneficio industrial que no recae en el que realiza la mayor parte de la ejecución de la obra y que, a su vez, tiene que obtener su beneficio normalmente en detrimento de la parte más débil, el trabajador que tiene peor salario. A ello se añaden los problemas denunciados de pagos tardíos entre contratista y subcontratista, que se pretendía solucionar con una medida poco práctica, que sea la Administración la que pague.

- d) Uno de los problemas que está latente en toda concesión es la posibilidad de quiebra por falta de ingresos suficientes. Durante la tramitación del Proyecto de Ley, se introdujeron numerosas enmiendas que intentaban evitar que hubiera un deterioro de las finanzas públicas como consecuencia de préstamos impagados, tal como ha ocurrido en la quiebra de las autopistas de peaje. Por ello se planteaba la prohibición de préstamos participativos de la Administración a los concesionarios y se limitaba el apoyo público a las concesiones. Pensemos que ha habido concesiones en las que el aporte público ha sido superior al del concesionario y que en los préstamos otorgados por la Administración Aznar el socio de la concesión era de mejor condición para recuperar el dinero que la administración que sólo era prestamista. Pese a ello, pese a que la resolución de la quiebra de las autopistas de peaje estaba en medio de la tramitación parlamentaria, no se atendió a estas razones.

Estos elementos son los más representativos de lo que se señala. Hay otros, por ejemplo el peso del derecho de la competencia, o la exigencia de que los

elementos sociales se vinculen con el objeto del contrato, provienen del Derecho europeo y por tanto la crítica hay que hacerla a las normas comunitarias o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

X. PESE A LO ANTERIOR, ES UNA LEY DE CONSENSO RELATIVO

La Ley fue aprobada por consenso, salvo la abstención muy crítica del Grupo Parlamentario Socialista. Una norma que en Comisión contó con 20 votos a favor (Partido Popular, Ciudadanos, Esquerra Republicana, y PDCat), ninguno en contra, y 17 abstenciones (PSOE y Podemos).

Es curioso observar cómo en medio de los debates más duros sobre el proceso independentista catalán, como cuando la vida política no daba tregua en esta cuestión con continuas acusaciones entre los partidos, la LCSP actuó como un bálsamo pacificador en el que todos los partidos que estaban en la Comisión participaron de forma honesta, pacífica y colaboradora. Era un ambiente casi festivo, como se puede apreciar en el vídeo de las intervenciones en la Comisión.

De hecho, parte del consenso, viene dado por la vinculación con acuerdos que hubo con alguna Comunidad autónoma en relación con sus propias normas autonómicas, como ya se ha hecho referencia antes.

De forma posiblemente un tanto excesivo, el representante del Partido Popular señaló que aproximadamente el 90% de las enmiendas fueron transaccionadas en aras del consenso. No creo que llegaran a tanto o si lo fueron fue a costa del contenido alternativo de los grupos de la izquierda parlamentaria. Las intervenciones finales de la comisión reflejan, además, que sus integrantes fueron capaces de generar complicidades personales a la hora de aprobar la norma; lo que permitió que PP, Ciudadanos, PDCat y ERC (10) votaran conjuntamente a favor de la norma.

De este voto positivo hay que reseñar un dato que no es baladí: el Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 289.2, la disposición adicional 43.ª y las disposiciones finales 9.ª, 11.ª y 12.ª (11).

(10) La representante de ERC en la Comisión, Teresa Jordá dijo en la sesión final que «...en aquel momento [cuando se presentó el proyecto de Ley], si me preguntan si Esquerra Republicana votaría a favor de esta Ley, hubiera enloquecido directamente, pero en fin, las cosas son así».

(11) Está recogido en el *Boletín Oficial del Estado* de 15 de marzo de 2018.

Como se puede apreciar, constituye el objeto de la impugnación la modificación de la naturaleza jurídica de las prestaciones que recibe el concesionario, que pasaron a ser «de naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario»; suponiendo una ruptura de principios tradicionales y que afecta a los principios tributarios.

Posiblemente merezca la pena recordar también, que el Grupo Parlamentario Socialista se abstuvo en la votación final, con un discurso crítico. Las razones centrales derivan de su falta de coincidencia con aspectos ideológicos de la ley que, en opinión del Grupo, impedían el voto favorable. Son, en definitiva, los elementos que he descrito con anterioridad de los aspectos ideológicos de la norma.

ÁMBITO SUBJETIVO, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y GOBERNANZA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (*)

JULIO TEJEDOR BIELSA

SUMARIO: I. LA PROGRESIVA Y PEREZOSA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.– II. ¿HASTA DÓNDE LLEGARÁ EL SECTOR PÚBLICO? PARTIDOS POLÍTICOS, SINDICATOS Y OTRAS ENTIDADES SUJETAS.– III. LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRATACIÓN Y ORGANIZACIÓN.– IV. UNA GOBERNANZA A JUEGO. DE NUEVO EL LEGISLADOR PENDULAR.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La contratación pública tiene una enorme importancia para el funcionamiento del sector público. Contar con una normativa que, en el marco de las Directivas, permita alcanzar los objetivos primarios y estratégicos de la contratación resulta esencial. Garantizar la obtención de obras, servicios y suministros en condiciones óptimas ha de ser compatible con otros fines ambientales, sociales y económicos y tal es uno de los objetivos fundamentales de la última normativa europea. Pero en España, en parte como reacción a los casos de corrupción que se van conociendo, en parte por pura inercia normativa escasamente reflexiva, nos hemos dotado de una normativa básica extensísima, alejada del propósito simplificador promovido desde la Unión Europea, que dificultará, en lugar de favorecer, el logro de los objetivos primarios y estratégicos de la contratación. La estructura de gobernanza, por lo demás, determina una suerte de tutela del Estado sobre el resto de entes del sector público que, al margen de su débil cobertura competencial, parece poco justificable en el Estado autonómico.

Palabras clave: contratación pública; contratación estratégica; partidos políticos; sindicatos; poder adjudicador; gobernanza.

ABSTRACT: Public procurement is of enormous importance for the functioning of the public sector. Having a regulation that, within the framework of the Directives, allows to

(*) Este trabajo recoge, reelaboradas, ideas desarrolladas de forma más extensa en mi monografía *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia? Causas y consecuencias de su problemática aplicación*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2018. Uno y otra se enmarcan en el proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P.

reach the primary and strategic objectives of the contract is essential. Guaranteeing the procurement of works, services and supplies under optimal conditions must be compatible with other environmental, social and economic purposes and this is one of the fundamental objectives of the latest European regulations. But in Spain, partly as a reaction to the cases of corruption that are becoming known, partly due to purely reflexive normative inertia, we have endowed ourselves with a very extensive basic regulation, far from the simplified purpose promoted by the European Union. This Spanish basic regulation, which will make it difficult, in place to facilitate, the achievement of the primary and strategic objectives of contracting. The governance structure, on the other hand, determines a kind of protection of the State over the rest of the public sector entities that, apart from their weak competence coverage, seems unjustifiable in the autonomous State.

Key words: public procurement; strategic hiring; overregulation; political parties; trade unions; contracting authorities; governance.

I. LA PROGRESIVA Y PEREZOSA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Difícilmente puede entenderse el más reciente derecho español de la contratación del sector público, hoy codificado 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 (LCSP), sin conocer su evolución desde que, allá por los años sesenta del pasado siglo, se aprobase la vieja Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, que dio lugar al Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

Fue aquella regulación de mediados de los años sesenta del pasado siglo una normativa de contratos para la administración del Estado, solapada con normas específicamente concebidas para la administración local, al margen de la cual quedaban convenios y otras técnicas que permitían, incluso a los entes públicos, huir con relativa facilidad de la aplicación de la normativa contractual pública. El contrato administrativo, en ese contexto, tenía pleno sentido perlado como estaba de prerrogativas a favor de la administración por razón de interés público. La vieja legislación estatal de contratos del Estado fue la Ley de la huida.

A partir de ahí, sin embargo, la evolución del derecho español de la contratación pública ha estado marcada por la captura de los huidos, por el cierre de las vías de agua que esa normativa tenía, un proceso en el cual la integración en la Unión Europea y la incorporación de su derecho sobre contratación pública a nuestro derecho interno, que alumbró un «auténtico

calvario» al decir de algún autor (1), actuó como catalizador imponiendo, sin embargo, una lógica conceptual en la que la distinción entre administración pública y otros entes del sector público resultaba irrelevante y para la que la distinción entre contrato administrativo y contrato privado era un mero artificio sin consecuencias para el legislador europeo. Los que huyeron de la normativa de contratos del Estado de hace cincuenta años no han podido huir de la normativa de contratos públicos de la Unión Europea.

Perseguidos por la Unión, capturados por el legislador español, los huidos fueron llevados a un lugar en el que nunca antes habían estado y que, además, no fue diseñado para ellos. En un alarde de la forma pendular de legislar tan propia de nuestro país, como si de un castigo se tratase, de la mera exigencia legal de sumisión de su actividad contractual a ciertos principios de la normativa europea no se pasa ahora sólo a la plena exigencia de esta, por encima y debajo de umbrales y sin distinción con otras entidades sujetas, no es sólo la normativa europea la que están ahora obligados a cumplir. Las entidades huidas, con la clara connivencia del legislador español, y capturadas, con la ayuda de las instituciones europeas a efectos del derecho de la Unión, ven también sometida ahora su actividad contractual, y aun su organización misma, a lo que queda, que es mucho, de la cultura regulatoria de aquella normativa de los años sesenta del siglo pasado, aquellas viejas normas concebidas para la administración del Estado. Ahora, tras sus muchas mutaciones y el mestizaje con la normativa europea, las aplican administraciones, entes de derecho público, sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, asociaciones de unos y otros, órganos constitucionales, partidos, sindicatos, mutuas o corporaciones de derecho público, entre otras entidades.

El legislador español, enfrentado tras la integración en la Unión a un entorno nuevo que impulsaba ese proceso de homologación de la práctica contractual a criterios concebidos en la Unión Europea y que, proactivamente, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han encargado de imponer, nunca ha querido renunciar a esa cultura regulatoria de los años sesenta del siglo pasado, nunca ha querido o sabido prescindir de esa inercia a reprimir la huida ampliando subjetiva y objetivamente el ámbito de aplicación de la vieja normativa de contratos del Estado, concebida para su administración, extendiéndola acríticamente a cuantas entidades encajan hoy en el europeo concepto de poder adjudicador. Cambia a menudo de traje, pero con las mismas rayas (DEL SAZ, 2007: 351-355). Sin embargo, no era ese el camino. No se trataba, ni se trata, de hacer aplicable la específica

(1) COLÁS, 2013a y 2013b, en un sugerente estudio de gran interés para conocer y entender antecedentes remotos y cercanos de nuestra normativa de contratación pública, afirma, refiriéndose al proceso de incorporación de las Directivas, que «esa integración jurídica está resultando ser un auténtico calvario».

regulación de la actividad contractual de la administración pública basada en el contrato administrativo a otros entes que, en ocasiones, poco o nada tienen que ver con ella. El problema no radicaba en extender la normativa contractual de la administración a otros entes, el problema era la normativa contractual de la administración que, muy probablemente, es lo que la Unión Europea pretendía renovar, como se está renovando en la mayoría de los Estados miembros.

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. El sector público no administración pública ha sido sometido a durísimas críticas, que han llegado a cuestionar su misma existencia, acusado de una huida en la cual, realmente, no eran las entidades que lo integran las protagonistas. Y es que, si alguien huía no eran en realidad las empresas públicas, fundaciones u otras entidades del sector público; no eran las entidades las que huían, era la Ley, era el legislador. Hubiera bastado con establecer que la normativa reguladora de los contratos públicos se aplicase a los poderes adjudicadores españoles tal cual resultan definidos en las directivas europeas de contratos (2). Pero no. Semejante simplificación de nuestra normativa hubiera resultado inaudita en España y, muy probablemente, juzgada del todo improcedente y temeraria. En su lugar, tras superar por obra y gracia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentalmente, aquella castiza exclusión de las entidades privadas del sector público del europeo concepto de «organismo de derecho público», esta sí a todas luces improcedente (3), las sucesivas leyes de contratos españolas han ido perfeccionando esos círculos concéntricos que tanto juego dan para explicar su ámbito subjetivo en cursos, jornadas, congresos, grados y demás foros instructivos e intentar, además, exponer de forma coherente el régimen

(2) Sorprende que, cuando estamos ya incorporando la cuarta generación de Directivas de contratación pública, el Consejo de Estado continúe criticando en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 (apartado II, 2), la incorporación de conceptos provenientes de las Directivas en sí misma, y no tanto una adecuada integración de dichos conceptos con los de nuestro derecho interno, desplazándolos si es preciso en aras de la claridad y la seguridad jurídica.

(3) Recuérdese lo que establecía la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), procedente de la misma disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como la condena a España mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra España*, dictada en relación con el ámbito de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.

jurídico aplicable a cada uno de esos círculos comprensivos de entidades que, sin embargo, tan poco tienen que ver entre sí en muchas ocasiones.

La regulación del ámbito subjetivo, por ello, luce cada vez más compleja y amplia, haciendo que esos círculos crezcan, deformándose, impulsados por el concepto funcional de poder adjudicador, impuesto por la Unión y ajeno a categorías y conceptos nacionales. Ninguna relevancia tiene desde la perspectiva del derecho europeo la naturaleza pública o privada de una entidad a la hora de determinar su consideración como poder adjudicador. Son otros, como es bien sabido, los criterios determinantes de la inclusión de una entidad en esa categoría. Ninguna relevancia tiene, además, el concepto de sector público para las autoridades reguladoras europeas tal cual viene siendo definido en España, pues están más preocupadas por la clasificación de cada entidad a efectos de contabilidad nacional conforme a los conocidos criterios SEC2010 que por la naturaleza de la misma o su inclusión en una categoría propia de nuestro derecho interno (4).

Lo cierto es, como decía, que los círculos concéntricos no lo son sino por puro voluntarismo legal (5). Pero las cosas son lo que son, y no por mucho proclamarlo son sector público, aun mayoritariamente financiados por entidades del sector público, partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales u otras entidades del todo ajenas al mismo pero que, cualificadas por determinadas características, pueden considerarse entidades del sector público, aunque el legislador pretenda hacerlo al amparo del consabido «a los efectos de esta Ley». Es ese voluntarismo obsesivo, empeñado en sostener una tradición regulatoria ampliamente superada por la normativa europea, la fuente de muchos de los problemas que subyacen en la última Ley de contratos aprobada en España.

Esa forma de regular la contratación, sin revisión de lo anterior ni renuncia en lo esencial, no afecta únicamente a la definición del ámbito subjetivo.

(4) No deja de resultar curioso que, siendo clara la irrelevancia que apunto en el texto, el legislador contractual, que no renuncia a manejar el concepto de «contratos del sector público» una vez desbordados los de «contratos del Estado» y «contratos de las administraciones públicas», ni tan siquiera se plantee recurrir al concepto de sector público recientemente renovado en los artículos 2 y 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y construya un concepto propio, «a los efectos de esta Ley», en su artículo 3, un concepto que, sin embargo, no sirve para construir el ámbito subjetivo que regula dicho precepto porque lo verdaderamente relevante, el concepto de poder adjudicador, lo desborda. De ahí que aparezcan otras entidades en los apartados 4 y 5 del citado artículo 3 o en la disposición adicional cuadragésima cuarta, antes que no forman parte del sector público definido específicamente a los efectos de la LCSP, pero que contratan, en parte al menos, conforme a la misma.

(5) Sobre la imagen de los círculos concéntricos SOSA y FUERTES, 2008: 1, anticiparon ya muchos de los problemas que el tiempo demostró, y algunos de los cuales temo que la LCSP no resuelve.

Partiendo de ser una normativa de prerrogativa para la administración por razón de su vinculación al interés general, el derecho de la contratación pública se está convirtiendo, hoy día, en un derecho de garantías exorbitantes y extraordinariamente formalizadas favorables a los contratistas, que producen o pueden producir como efecto su protección excesiva y el amparo de actuaciones de estos poco compatibles con los intereses generales, sus ofertas y los propios contratos. El resultado es un sistema desequilibrado en el que prima la búsqueda de la competencia y la seguridad del contratista sobre otros objetivos de interés general y el poder exorbitante... ¿Para qué, pues, mantener la cultura regulatoria de esa devaluada exorbitancia? Parece conveniente reflexionar.

Llegamos así a una regulación en la que es la naturaleza pública o privada de la entidad la que determina en lo esencial, junto a otros factores colaterales, el carácter administrativo o privado del contrato (arts. 24, 25.1 y 26.1 LCSP); una regulación conforme a la cual, sin embargo e independientemente de la naturaleza administrativa o privada del contrato, el régimen de preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada pretende ser uniforme, mientras que para el resto de contratos la uniformidad alcanza únicamente la adjudicación (aunque se irá extendiendo más allá, muy probablemente, por obra de los exégetas del nuevo texto legal) (arts. 19 a 23, 317, 318 y 321 LCSP); una regulación que impone a los contratos privados de los poderes adjudicadores no administración pública mucho del régimen de efectos y extinción, en los aspectos esenciales, que rige efectos y extinción de los contratos administrativos de los poderes adjudicadores administración pública (arts. 26.3 y 319 LCSP), hasta el punto de imponer con mayor rigor normas sobre efectos y extinción propias de los contratos administrativos a los contratos privados de los poderes adjudicadores no administración pública que a los contratos privados de administraciones públicas (art. 26.2 LCSP); una regulación, en fin, que impone el recurso especial a todas las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, sin distinción por su naturaleza (art. 44.1 LCSP, en relación con su art. 3, apartados 4 y 5, y su disposición adicional cuadragésimo novena) (6). Aun resultando cuestionable que la uniformidad se base en la extensión de una normativa concebida para los poderes adjudicadores que sean administración pública, lo cierto es que la LCSP no la logra.

(6) Se suscitan, sobre esta base, no pocas dudas competenciales habida cuenta de la ampliación de la planta de órganos competentes para resolver el recurso especial e, incluso, de la omisión en el art. 46 LCSP y en el segundo párrafo de su disposición adicional cuadragésimo novena de toda referencia a las Asambleas Legislativas autonómicas a diferencia de lo que ocurría en el art. 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Constrañidas autotutela y prerrogativas, tan férreamente procedimentalizadas, en garantía de intereses distintos de los generales que las fundaron, cabe cuestionar si por sí mismas justifican semejante complejidad, la incongruencia de una norma que afirma que simplifica, pero amplía y enreda, la regulación de la contratación del sector público introduciendo mayores complicaciones e incertidumbres y, como se ha demostrado incluso antes de su entrada en vigor, más inseguridad jurídica (7). ¿No hubiera resultado prudente reflexionar sobre la conveniencia de superar la distinción, a los efectos de la legislación contractual, entre administración pública, sector público y otros entes, en lugar de forzarla, adoptando el concepto europeo omnicompreensivo de poder adjudicador, sin más? ¿No hubiera contribuido a simplificar la regulación, desarrollando la anterior reflexión, recapacitar acerca de la tradicional distinción entre contrato administrativo y privado, sobre bases funcionales, incorporando sin más una única categoría de contrato con el régimen jurídico resultante de las Directivas y, por debajo de umbrales, de la posición de la Comisión desde 2006 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea? (8). No por ello, en lo que fuese conveniente, debían suprimirse sin más autotutela y prerrogativas que, probablemente, hubieran resultado realizadas en aquello en que hubiesen sido mantenidas por considerarlo conveniente, necesario y compatible con la normativa europea y el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

No creo que sea el emprendido por el legislador estatal en 2017 el camino adecuado para resolver los problemas de la contratación en España. Sus obsesiones devalúan, y ponen en riesgo, muchos de los objetivos perseguidos por las Directivas que la nueva norma ha pretendido incorporar y reducen el potencial estratégico de la contratación que la Unión Europea desea impulsar. No son las obsesiones de la Unión Europea, conviene recordarlo, sino las propias. No es Europa la que nos impone este modelo regulatorio, somos nosotros. Y el contexto en que se aprueba, que enfrenta cada vez más a regulador, controladores y gestores, no ayudará. Preocupados estos por el día a día de la gestión pública, abrumados por la excesiva regulación de la contratación pública, lo están los dos primeros, sin embargo, por controlar hasta el último aspecto de procedimientos y criterios, más allá incluso de lo que diga la Ley interpretándola, siempre en línea de un mayor control, haciendo en ocasiones

(7) Una reflexión previa a la LCSP sobre las razones de la complejidad de nuestra normativa contractual en RÍOS, 2016: 21-60, que las concreta en la motorización legislativa, la proliferación de las prestaciones a contratar, las idas y venidas con el ámbito subjetivo, los niveles de exigencia determinantes de la aptitud del contratista y el control de la ejecución de los contratos como cuestión pendiente.

(8) GIMENO, 2008: 49, advierte, crítico, que en la LCSP2007 «se establece, por tanto, un sistema diseñado sobre los conceptos poder adjudicador, Administración pública y sector público, del que se deduce, por lo demás, un abandono de la categoría del contrato administrativo como referente de esta regulación».

prospectiva dónde sólo resulta admisible estricta aplicación del principio de legalidad. No en vano, aún en periodo de *vacatio* de la mayor parte de la Ley, se llegó a anticipar su entrada en vigor (9) o a corregir, apelando al espíritu de la Ley por encima de su letra, el régimen literalmente establecido en la misma en aspectos esenciales (10). Y el gestor queda frecuentemente desarmado, sin posibilidad alguna de reacción dígase lo que se diga, fundado o no, por parte de Juntas, Letrados, Interventores u organismos de control externo (11). De nuevo el bucle, ¿quién controla al controlador?

En cualquier caso, esta forma de proceder del legislador básico viene provocando, con las diversas normas básicas sobre contratación que se han sucedido, muy notables interrogantes que, a mi juicio, surgen directamente de la sobrerregulación a que se está sometiendo a la contratación del sector público y de la propia *vis expansiva* de la normativa europea y española de contratación. Y es que, para preservar unos círculos concéntricos que son puro voluntarismo normativo cuyo fin es salvaguardar categorías conceptuales en gran medida desbordadas por los nuevos tiempos, el legislador está forzando de modo extremo a efectos contractuales la elasticidad del concepto instrumental de «sector público». Resulta discutible, sin embargo, su necesidad y justificación real. Quizá los permanentes problemas de delimitación del ámbito subjetivo

(9) Informe 11/2017, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

(10) Explícitamente, en su Informe 2/2108, de 17 de enero, y en la citada Instrucción 3/2018, la Abogacía del Estado argumenta contra la letra de la Ley apelando al espíritu o la intención del Legislador para realizar una interpretación correctora del art. 318 LCSP.

(11) Un buen ejemplo del ejercicio abusivo de la función de control externo proporciona el «Informe de fiscalización de diversos aspectos de la gestión del Ayuntamiento de Valencia. Ejercicio 2015», aprobado por el Consell de la Sindicatura de Comptes en reunión de 28 de diciembre de 2017. En sus páginas 75 y 76 fiscaliza una encomienda de gestión a un medio propio del Ayuntamiento con criterios doctrinales alejados de la letra de Ley y puestos en cuestión, incluso, por el Tribunal de Cuentas contra el criterio de la Junta Consultiva estatal. Formulada una documentada alegación por el Ayuntamiento de Valencia en este sentido (pp. 56-61 del documento de alegaciones), la Sindicatura despacha la alegación convirtiendo en Ley lo que considera, de forma cuestionable, «una opinión absolutamente consolidada» alegando para demostrarlo, precisamente, «el Tribunal de Cuentas, [...] recientemente ha promovido una moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las administraciones públicas, aprobada mediante Resolución de 27 de febrero de 2017, por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, con motivo de las múltiples deficiencias encontradas en la revisión de estas encomiendas de gestión» (p. 22 de la resolución de alegaciones). La propia propuesta de modificación legal formulada por el Tribunal de Cuentas desautoriza a la Sindicatura porque implica un reconocimiento explícito de que su criterio no está recogido en la Ley. La opinión, construida después de la actuación fiscalizada, además, se convierte de este modo en un canon de fiscalización que el gestor, en su día, no podía conocer. Parece, pues, que la legalidad que actúa como canon de la fiscalización es dinámica y no, como cabría suponer y exigir, la que sometía en su día la actuación del gestor.

de la Ley, y de régimen jurídico en conexión con ello, podrían resolverse de forma mucho más sencilla asumiendo y operando directamente con el concepto de poder adjudicador, simplificando así sustancialmente la LCSP y asumiendo de una vez por todas las consecuencias de régimen jurídico derivadas de las Directivas que, como demuestra el derecho comparado, no llevan indefectiblemente a un modelo regulatorio como el que hemos adoptado en España.

No, los círculos no son concéntricos, son excéntricos, y tangentes. La LCSP, como he explicado, retuerce el concepto de sector público, respecto de su definición en su normativa específica, incluyendo en el mismo entes que pueden no serlo, por el mero hecho de que sí son, conforme a los criterios específicos de las Directivas, poderes adjudicadores. Hay poderes adjudicadores que lo son por cumplir los criterios de las Directivas y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, por el mero hecho de serlo, son sector público. Y también hay poderes adjudicadores, que lo son por la misma razón, que están fuera del sector público al que se refiere el artículo 3 LCSP. Son contratos del sector público, dice el artículo 2.1 LCSP, los que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3, entre las cuales se incluyen entidades que no son sector público, como ocurre con las del apartado cuarto dicho precepto, o no tienen por qué serlo, *a priori*, al menos, en el caso de las de la letra d) del apartado tercero del mismo (12). Son contratos del sector público, en definitiva, contratos que pueden celebrar entidades que no son sector público. Los círculos, pese a lo que se ha repetido hasta la saciedad, no son concéntricos. El segundo círculo, que engloba a los poderes adjudicadores, tensiona artificiosa y voluntaristamente al tercero, el del sector público... y de ahí surgen problemas, incongruencias, complejidad y, finalmente, inseguridad jurídica. Veamos algunos ejemplos.

II. ¿HASTA DÓNDE LLEGARÁ EL SECTOR PÚBLICO? PARTIDOS POLÍTICOS, SINDICATOS Y OTRAS ENTIDADES SUJETAS

Especialmente reveladora es la nueva regulación de la contratación de partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, así como de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquier de ellos. Estas entidades, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el art. 3.3.d) LCSP y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada, deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no

(12) Y dejo ahora al margen, no sin mencionarlas, a los órganos constitucionales del Estado y a los órganos legislativos y de control autonómicos a los que se refiere la disposición adicional cuadragésimo novena, que han de ajustar su contratación al régimen de las Administraciones públicas.

discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente (BERNAL, 2013) (13). Sin embargo, ha de tenerse presente que son contratos excluidos «los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político» (art. 11.5 LCSP), lo cual hará, en definitiva, que la actividad contractual más relevante quede al margen de los procedimientos de la LCSP.

En este sentido, el considerando 29 DC precisa que «no obstante, determinados servicios (como películas de propaganda y producciones de vídeo) están tan inextricablemente relacionados con las opiniones políticas del proveedor del servicio cuando se prestan en el contexto de una campaña electoral que sus proveedores se seleccionan habitualmente de un modo al que no se pueden aplicar disposiciones sobre contratación pública». Los excluye expresamente el art. 10.i) DC, confirmando de este modo que, tratándose de contratos adjudicados por un partido político, de no mediar la exclusión podrían estar sujetos si este reúne los requisitos para ser considerado poder adjudicador. El concepto de «campaña política», procedente del citado precepto de la DC, ha de ser entendido, a mi juicio, como «campaña electoral», dado que en otro caso resultaría difícil o imposible acotar su contenido y, dado el objeto de los partidos políticos, la mayoría de su actividad de comunicación quedaría al margen de la DC y la LCSP.

Estos sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación, que deberán publicar en sus respectivas páginas web y que se adecuarán a los principios señalados y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico (14). Dado que las instrucciones internas

(13) El considerando 29 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante DC) precisa que «es conveniente recordar que la presente Directiva solo se aplica a los poderes adjudicadores de Estados miembros. Por consiguiente, los partidos políticos en general no están sometidos a sus disposiciones al no tratarse de poderes adjudicadores. Sin embargo, puede darse el caso, en algunos Estados miembros, de partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público». No son, en principio, poderes adjudicadores, pero pueden serlo. Las otras dos Directivas integrantes del paquete de directivas de cuarta generación fueron la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (se cita como DS), y la Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en lo sucesivo DSE).

(14) Es curioso que, pese al intenso debate suscitado acerca de las instrucciones internas de contratación reguladas anteriormente para los poderes adjudicadores no administración pública, por la ruptura de la unidad de régimen jurídico que, en teoría, podían generar, se

se refieren a contratos sujetos a regulación armonizada, siempre que no se trate de los expresamente excluidos, sujetándose a los principios del artículo 3.4 LCSP «y a la normativa comunitaria» y que estamos ante poderes adjudicadores pocas dudas parecen caber acerca de si procede contra los mismos recurso especial dado que el artículo 44.1 LCSP establece que «serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores». Mayores interrogantes se suscitan acerca del órgano competente para resolver tal recurso, aunque parece que lo más sensato, y ajustado a la LCSP, sería que conociese el Tribunal Central dado, además, que precisamente los contratos relacionados con campañas políticas están excluidos.

Más difícil parece determinar si cabe entender excluidos, por omisión de todo pronunciamiento del legislador, los contratos no sujetos a regulación armonizada. Aun cuando las entidades a que se refiere el artículo 3.4 LCSP son poderes adjudicadores parece incuestionable que no pueden considerarse integrantes del sector público pese a que resulten mayoritariamente financiados por entidades que lo son (15). Así, en principio, parece razonable postular que estos contratos se regirán íntegramente por el derecho privado y que el legislador español no ha querido someterlos ni tan siquiera a los principios que inspiran las Directivas, acaso incumpléndolas. Tratándose de entidades que tienen la condición de poderes adjudicadores aun así se suscita la duda de si

opte por este instrumento para regular la actividad contractual de las entidades del artículo 3.4 LCSP. En la nueva norma, además de en este supuesto, se dotarán de instrucciones internas de contratación, que podrán comprender toda su actividad contractual las entidades del sector público que no sean poder adjudicador (art. 321 LCSP). Ya antes de la entrada en vigor de la LCSP se suscitaban dudas acerca de la posibilidad de que se dotasen de instrucciones las entidades del sector público que son poder adjudicador y no son administración pública pues, aunque en este punto lo admitía el proyecto de Ley, se suprimió tal posibilidad al enmendarse el artículo 318 LCSP, pero no se eliminó la obligación de adaptación establecida en la disposición transitoria quinta LCSP. En contra de la posibilidad de instrucciones internas de contratación se han pronunciado tanto la Abogacía General del Estado, en su Informe 2/18, de 17 de enero, y en la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, sobre contratación de poderes adjudicadores que no tengan la condición de administración pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Recomendación de 28 de febrero de 2018 a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público.

(15) Ello impide totalmente acudir al régimen de los poderes adjudicadores no administración pública, aun por analogía, porque tal proceder abocaría a un régimen absolutamente disfuncional, más riguroso con los contratos no sujetos a regulación armonizada, que se regirían por lo establecido en los artículos 318 y 319 LCSP, que con los sujetos, sometidos a instrucciones internas de contratación conforme al artículo 3.4 LCSP.

han de verse afectadas por 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) de 1 de agosto de 2006*, cuestión que resulta dudosa. En todo caso, ha de tenerse presente que, siendo posible interposición de recurso especial por debajo de los umbrales, probablemente los órganos competentes para resolverlo tendrán ocasión de pronunciarse al respecto.

Por lo demás, independientemente de que nos encontremos ante un contrato sujeto a regulación armonizada o no parece que habrán de aplicarse a los partidos políticos las reglas sobre competencia jurisdiccional previstas en la LCSP. Así, en relación con la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales y frente a las resoluciones que se dicten por los órganos competentes en relación con los recursos del artículo 44 LCSP será competente la jurisdicción contencioso-administrativa (16). En cuanto a efectos y extinción será competente el orden jurisdiccional civil (17).

Pero no son estas las expuestas las únicas entidades ubicadas más allá del sector público. Los órganos constitucionales y estatutarios se asimilan en su actividad contractual a la Administración pública y, en consecuencia, son poder adjudicador, si bien no cabe entender, sensatamente, que sean sector público. Algo parecido ocurre con las corporaciones de derecho público cuando cumplan requisitos para ser poder adjudicador por cumplir los requisitos del artículo 3.3.d) LCSP, supuesto en el cual lo normal es que queden encuadradas en el sector público al cumplirse simultáneamente los requisitos del artículo 3.1.j) LCSP. El debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las diversas corporaciones de derecho público impactará, en este caso, sobre su régimen de contratación, que podría llegar a variar sustancialmente en función de la tesis adoptada acerca de su naturaleza. Cabe afirmar, por lo demás, que ni aun con estas entidades, expresamente aludidas en la norma, queda la nómina cerrada, dado que la imperativa observancia de las Directivas, y del concepto de poder adjudicador, permite incluir otras muchas, si se dan los requisitos, como puede ocurrir, por ejemplo, con las juntas de compensación, las comunidades de regantes o las federaciones deportivas. De nuevo el debate doctrinal acerca de la naturaleza de estas entidades puede incidir, si llegan a cumplir los requisitos para ser consideradas poder adjudicador, sobre su concreto régimen de contratación.

(16) Poca duda cabe en los supuestos de resolución de recursos, dado el tenor literal del artículo 27.1.d) LCSP, que no distingue entre tipos de entidades. Y menos aún, a mi juicio, en relación con preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, ya que el artículo 27.1.c) LCSP se refiere expresamente a «poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública», sin exigir en modo alguno que estén integrados en el sector público.

(17) Art. 27.2.a) LCSP.

III. LA CONFUSIÓN ENTRE CONTRATACIÓN Y ORGANIZACIÓN

La LCSP mantiene las categorías estructurales anteriores e introduce novedades diversas en relación con los contratos típicos asumiendo los criterios de las Directivas, aunque se aparta en algunas cuestiones relevantes como la cooperación vertical o, parcialmente, el régimen de los modificados, por ejemplo, donde resulta más restrictiva. La azarosa tramitación parlamentaria ha impulsado la unidad de régimen jurídico, aunque diste mucho de resultar completa porque, como he señalado, se mantienen categorías únicamente justificadas por el empeño en no renunciar en modo alguno a la tradición regulatoria española en el marco de las Directivas europeas de cuarta generación. Contratos administrativos y privados pueden estar o no sujetos a regulación armonizada. Los poderes adjudicadores que sean administración pública podrán celebrar contratos administrativos y privados, mientras que los que no lo sean, siendo sector público, podrán celebrar únicamente contratos privados. Los contratos del resto de entidades del sector público que no sean poder adjudicador serán privados y, lógicamente, no estarán sujetos a regulación armonizada.

Semejante diversidad, basada en la naturaleza jurídica pública o privada de las entidades contratantes, con notables matices, y en su condición o no de poder adjudicador da lugar a un régimen jurídico diverso que, sin embargo, tiende hacia el régimen administrativo dado que en los contratos sujetos a regulación armonizada, administrativos o privados, se aplican las mismas disposiciones sobre preparación y adjudicación; en los no sujetos a regulación armonizada se aplican, igualmente a contratos administrativos y privados, las mismas disposiciones sobre adjudicación. En cuanto a efectos y extinción aun cuando inicialmente los contratos administrativos se rigen por derecho administrativo y los privados por derecho privado, para estos últimos impone la LCSP la aplicación de relevantes normas de derecho administrativo, especialmente cuando se trata de contratos de poderes adjudicadores no administración pública, lo que resulta un tanto sorprendente pero se explica, como tantas otras cosas, por la imposición de un imposible retorno de estas entidades a un lugar donde nunca antes habían estado, que se inició con el régimen de los modificados y se extendió luego a otras disposiciones. Todo muy mestizo.

La LCSP incluye una nueva regulación de los negocios y contratos excluidos, por un lado, de los contratos no sujetos a regulación armonizada (algunos de ellos no sujetos, en realidad, en las Directivas) y de técnicas que considera organizativas, de colaboración horizontal y vertical, por otro, construidas estas últimas desde la desconfianza, como excepciones o mecanismos subsidiarios de relación entre poderes adjudicadores respecto de la contratación con terceros. Subyace en esta regulación, a mi juicio, un prejuicio ideológico que,

limitando la capacidad organizativa del sector público por razones que no derivan de la normativa europea, considera más eficiente el recurso contractual al sector privado.

En el fondo, el planteamiento expuesto no es muy diferente del que llevó a limitar la capacidad de las entidades locales para decidir acerca de la organización y forma de prestación de sus servicios prestados por gestión directa a través de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (en adelante LRSAL), limitando así el contenido de la autonomía local. Así, la redacción del art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) introducida en 2013 tuvo por fundamental objetivo postergar la prestación de servicios por gestión directa mediante entidad pública empresarial o sociedad mercantil local de capital íntegramente público tratando de favorecer así bien la gestión directa por la propia entidad local u organismo autónomo local, que exigirá la contratación con terceros, bien la gestión indirecta recurriendo al mercado y, de nuevo, a la gestión contractual e imponiendo así a las entidades locales un concreto modelo de gestión pública que penaliza al sector público local y somete su existencia y actuación a criterios económico-financieros ignorando que puede haber otras motivaciones, perfectamente legítimas y explicables, que justifiquen la opción por modelos de gestión no contractuales. Tal es el sentido de la exigencia del artículo 85.2 *in fine* LBRL cuando establece que «solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (18).

(18) En la misma línea puede traerse a colación la regulación, tampoco irreflexiva ni carente de sustento ideológico, de la disolución de sociedades en la disposición adicional novena LBRL, sobre redimensionamiento del sector público local que, sin justificación aparente, dispensa un tratamiento similar a sociedades que desarrollan actividades económicas y a sociedades gestoras de servicios locales esenciales. Y no muy diferente resulta, a mi juicio, la fundamentación que subyace en lo establecido en el artículo 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

La LCSP profundiza en esa ideología, por ejemplo, al restringir la «republicación», vía rescate, de la gestión indirecta (19). En este sentido, el art. 44.2.f) LCSP admite recurso especial frente a rescate de concesiones, pese a ser cuestión del todo ajena a la fase de adjudicación; mientras que los arts. 279.c) y 294.c), relativos a los rescates de concesión de obras y servicios respectivamente, exigen acreditar mayor eficacia y eficiencia de la gestión directa. Pero este planteamiento luce especialmente en la reinterpretación que el legislador español, siguiendo discutibles planteamientos de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y algunos organismos de control externo, ha hecho de lo que las Directivas regulan como adjudicación de contratos de un poder adjudicador a otro no sujetos al régimen en ellas establecido. En España, esa adjudicación directa se ha convertido en una forma de organización para la ejecución de manera directa de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios (art. 32.1 LCSP). Una técnica de relación contractual se convierte en una técnica organizativa probablemente por un puro y simple defecto de técnica normativa en la LCSP2007 y su posterior texto refundido (20). A partir de ahí empiezan a realizarse interpretaciones discutibles y a acumularse objeciones y exigencias, un control comparativo de eficiencia entre ellas, que, a la postre, han llevado al establecimiento de un régimen jurídico que poco tiene que ver con el establecido en las Directivas y, menos aún, con el previsto en normas de nuestro entorno inmediato como la LCF, LCI o la LCP (21). En España, sin embargo, «el encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato» (art. 32.1 *in fine* LCSP).

En este contexto, y antes de realizar sucinta referencia a los ahora denominados encargos de ejecución, resulta llamativo el ocaso de la gestión por administración (art. 30 LCSP). Y lo es, primero, porque es una de las pocas cuestiones que el legislador estatal no ha considerado básicas, con lo cual podrían los legisladores autonómicos regularla con otros criterios. Pero es también extraordinariamente sorprendente cómo el legislador estatal, nuevamente ignorando el origen y funcionamiento de las instituciones, ha convertido la ejecución por administración en pura y simple gestión contractual. Y ello porque el empresario colaborador ha quedado convertido ahora en contratista en sentido estricto, pues si la administración carece de medios suficientes

(19) CAAMAÑO, GIMENO, QUINTERO y SALA, 2017.

(20) Al respecto, TEJEDOR, 2013: 400-406.

(21) Art. 17 LFC, 5.A LCP y 192 y 193 LCI. Las tres, incorporando fielmente las Directivas, regulan el supuesto como adjudicación de un contrato por un poder adjudicador a otro poder adjudicador no sujeta en las condiciones en ellas establecidas. En ninguna de las tres Leyes, además, se limita en modo alguno la posibilidad de que el poder adjudicador que recibe el contrato pueda, a su vez, contratar las prestaciones que ha de ejecutar.

podrá recurrir a un empresario colaborador, ya sea mediante contrato de servicios, ya seleccionándolo conforme al art. 131 LCSP como regla general y adjudicándole un contrato típico de obras o suministro que, al parecer, podrá alcanzar la totalidad del proyecto, ya que sólo se limita al 60 por ciento del mismo en los supuestos de las letras a) y b) del apartado primero del artículo 30 LCSP (art. 30.3 y 4 LCSP). El empresario colaborador es, tras la LCSP, simplemente, un contratista más. Y lo que resulta más sorprendente es que precisamente la tradicional limitación al cincuenta por ciento del proyecto del recurso al empresario colaborador que inspiró, erróneamente a mi juicio, la limitación de contratación por parte del medio propio que recibe un encargo, ha desaparecido de la LCSP para la ejecución por administración, aunque se mantenga para el encargo de ejecución (22).

Eso sí, la obsesión por obstaculizar la actuación utilizando medios propios mediante la adjudicación de contratos de un poder adjudicador a otro, pues esto es lo que realmente regula la Directiva, luce incluso en el precepto, no básico, dedicado a la ejecución por administración, al prever en el inciso final del apartado quinto del artículo 30 LCSP que «lo dispuesto en el párrafo anterior [error técnico, ¿quería decir apartado anterior?] también resulta de aplicación a los encargos a medios propios personificados regulados en los artículos 32 y 33». Se trata de una previsión no básica que, simplemente, trata de dar continuidad al malhadado artículo 24.6 del texto refundido de 2011, de mantener el error, mezclando lo que poco o nada tenía que ver, la ejecución por administración con la exclusión de contratos adjudicados en determinadas condiciones por un poder adjudicador a otro, exclusión que ha desaparecido, por cierto, de la LCSP.

(22) Así, el art. 4.1.n) TRLCSP excluía con acierto del ámbito de la Ley «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación» previendo, de forma igualmente acertada, la sujeción de los contratos que celebren los medios propios para la realización de las prestaciones objeto del encargo. Cometido el error de ubicar la regulación del medio propio en el precepto dedicado a la «ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares», la ejecución por administración, diversos órganos y autores entendieron aplicable la limitación de recurso al empresario colaborador en obras al cincuenta por ciento del importe total del proyecto (art. 24.4 LRLCSP). La nueva Ley, que no tiene precepto equivalente al art. 4.1.n) TRLCSP porque no considera contrato el encargo, pese a los términos literales de las Directivas, además de aludir a esta cuestión, tozudamente, en el último inciso del apartado quinto del artículo 30, el equivalente al 24.1 a 5 TRLCSP, no básico, que establece el límite en el sesenta por ciento, lo fija de nuevo en el extenso artículo 32, en la letra b) del apartado séptimo, estableciendo que «el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento del a cuantía del encargo», si bien prevé igualmente diversos supuestos, de notable amplitud, en que tal limitación no resultará de aplicación.

De la gestión por administración ha de distinguirse nítidamente la tradicional gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público. En estos supuestos la sociedad mercantil pública actúa desarrollando las tareas y funciones para las que ha sido creada, de acuerdo con su norma de creación y, en su caso, estatutos. Y ha de hacerlo, ordinariamente, de acuerdo con sus programas de actuación, inversiones y financiación, contando con los recursos que genere y con las transferencias presupuestarias que le asigna la entidad pública que la crea y que la controla. No hay, propiamente, adjudicación de contrato alguno por parte del poder adjudicador que controla a la sociedad mercantil pública, poder adjudicador a su vez, en relación con la actividad directamente gestionada (23).

Las transferencias que reciba una sociedad mercantil pública que gestiona directamente, por tanto, no se incluirán en los capítulos II o VI de la entidad matriz, sino en capítulos IV o, tratándose de subvención, VII y, para una mejor gestión, debieran plurianualizarse en coherencia con el programa de actuación de la entidad financiada (24). El encargo, en este contexto, constituye una

(23) Aun cuando resulte obvio, a mi juicio, porque en estos supuestos, como he señalado, la gestión directa no se corresponde con un encargo, resulta claro que ni siquiera cuando estos tuviesen lugar a favor de una sociedad mercantil que gestione directamente un servicio público se aplicaría la limitación a la contratación de las prestaciones encargadas a esta entidad, dado que el artículo 32.7.b) LCSP, no afectado en este punto por la modificación operada mediante la disposición final cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018, prevé en su último párrafo que «no será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública». El precepto, que introduce justificadas y relevantes excepciones a la limitación cuantitativa de contratar las prestaciones encargadas a medios propios proviene del art. 8.2 TRLCSP, que establecía que «las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato [de gestión de servicios públicos] no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

(24) Resulta de gran interés, para comprender esta cuestión, la Circular 1/2018, de 22 de febrero, de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la fiscalización de transferencias a entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón. Se precisa en ella que «es fundamental tener en cuenta que estas aportaciones de fondos siempre se han de llevar a cabo porque son necesarias para el ejercicio de las competencias propias de la entidad, es decir, deben responder al ejercicio de las competencias que dichas entidades tengan específicamente atribuidas en las normas organizativas que les afecten o en su norma de creación». La Circular utiliza el término «competencias», correctamente, no en sentido jurídico-administrativo sino descriptivo, material, comprensivo de cuantas cuestiones constituyan el objeto para el cual la entidad de

forma de relación posible, pero no habitual siempre que la programación que adopte la sociedad mercantil, controlada por la administración titular, sea la adecuada (25).

El encargo de ejecución a medios propios, que la normativa española regula como técnica organizativa y no como adjudicación directa de un contrato entre poderes adjudicadores, en determinadas condiciones, según prevén las Directivas (26), es de este modo en España un instrumento de organización de los propios servicios distinto de la gestión por administración o de la gestión directa con entidades de derecho público o sociedades mercantiles (27). No existe obstáculo alguno a que una de estas entidades, que haya asumido

que se trate ha sido creada o existe. En esta línea, especialmente porque combina cooperación horizontal y vertical, resulta muy sugerente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, que declara que «no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades. No obstante, tal transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas sólo existe si se refiere a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

(25) La Circular 2/2018, de 8 de marzo de 2018, de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, en relación con los encargos de ejecución a medios propios, precisa que «por su carácter excepcional y siendo un recurso que permite la realización de una externalización al margen del principio de libre concurrencia, es preciso que el informe de necesidad justifique de forma detallada la mayor economía, eficacia o eficiencia que supone recurrir a esta forma de provisión de una obra o servicio, es decir, debe suponer una mejor ejecución de la prestación de manera que su atribución a un ente instrumental, al margen de los procedimientos de licitación y adjudicación, implica realmente un valor añadido que se pueda apreciar de manera cuantitativa o cualitativa». La configuración del encargo en esta Circular es clara, y muy precisa y acertada a mi juicio, tanto por la afirmación de su carácter excepcional, como por la consideración alternativa, para justificarlo, no sólo de criterios económicos o financieros, sino también de otros, tal cual resulta claramente de la referencia a la «economía, eficacia o eficiencia» o el valor añadido apreciable de manera «cuantitativa o cualitativa».

(26) El debate doctrinal sobre la cuestión en MOLL, 2017: 121-184, donde concluye, descartando que estemos ante un contrato o un negocio jurídico, afirma que «estamos ante un acto jurídico unilateral, que implica el ejercicio de una potestad, y que resulta obligatorio para una de las partes».

(27) De acuerdo con las Directivas se admiten ahora los encargos de ejecución inversos u horizontales con idénticos requisitos (art. 32.3 LCSP), así como los encargos a medios propios personificados de dos o más poderes adjudicadores independientes entre sí (art. 32.4 LCSP) que, en Aragón, cuenta con precedentes en la regulación de las sociedades urbanísticas desde 2009. Sobre la posición de las sociedades urbanísticas *vid.* BUESO, 2018: 9-22.

la gestión directa de un servicio, pueda, en todo caso, recibir encargos. No obstante, los requisitos básicos que establece el art. 32 LCSP son los previstos en las Directivas, bien es cierto que extraordinariamente desarrollados y notablemente ampliados, exigiéndose por tanto que exista control por parte del poder adjudicador análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (28), que la parte esencial de la actividad, el ochenta por ciento, se realice para el poder adjudicador dominante o su grupo (29) y que, tratándose de sociedades, la totalidad del capital sea público, de uno o varios poderes adjudicadores. Las Directivas han sido incorrectamente incorporadas a nuestro ordenamiento en este punto. El art. 12.2 DC establece que «el apartado 1 también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada». Resulta sorprendente, por ello, la apelación del Informe 29/2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado al considerando 32 y al artículo 12 DC para justificar encargos de ejecución amparados en el artículo 33 LCSP entre entidades del sector público con participación privada.

Nuevamente yendo mucho más allá de lo exigido en las Directivas, y de lo previsto en las normas de otros Estados miembros, se prescribe

(28) En el sentido de la letra a) del apartado segundo del artículo 32 LCSP, para los medios propios dependientes de un solo poder adjudicador, y de la letra a) del apartado cuarto del mismo artículo 32 LCSP, para los que dependan de varios. En ambos casos se prevé, además y a diferencia de la LFC, por ejemplo, la compensación de costes efectivos soportados mediante tarifas previamente aprobadas por la entidad que controla al medio propio.

(29) A este respecto, *vid.* arts. 32.2.b) y 32.4.b) LCSP, que establecen las reglas de cómputo de tal porcentaje, que ha de determinarse sobre el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. En todo caso, la previsión de que dicho porcentaje se alcance «en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo» pone de manifiesto la voluntad de que, cuando el encargo se realice a una entidad que gestione directamente un servicio público, deberá también éste computarse porque, obviamente, dicho servicio público es uno de «los cometidos que le han sido confiados». La LCSP ha eludido referirse estrictamente a los encargos, lo que podría hacer inviable su realización a favor de entidades gestoras directas de servicios públicos porque, excluida esta actividad, no alcanzarían el porcentaje establecido.

en la LCSP que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación con la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y previa verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social [art. 32.2.d) LCSP]. No deja de resultar curioso que, tratándose de un ente bajo control de otro, siendo que el ente que controla aprobará normalmente sus estatutos o normas de organización y funcionamiento y lo dotará de medios de todo tipo, se exija requisitos como éstos, puramente formales, previa conformidad de quien, a la postre, ejerce control. El formalismo exacerbado no acaba ahí. Se exige, además, lo siguiente: «Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas. En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente» [art. 32.2.d) *in fine* LCSP].

Además, la LCSP establece dos cautelas específicas en relación con los negocios jurídicos, *rectius* contratos y no subcontratos, que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido. En primer lugar, los somete a lo establecido en ella, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador conforme al régimen legal aplicable a los poderes adjudicadores que no son administración pública. En segundo lugar, limita el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros al cincuenta por ciento de la cuantía del encargo, previendo, no obstante, que dicho límite no resultará de aplicación a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios, en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública (art. 32.7 LCSP). Dejando al margen el obvio origen histórico de esta limitación, no puede ocultarse que se trata de una previsión

específicamente española (30), sin base en las Directivas ni correlato en normas de otros Estados miembros (31).

La disposición final cuadragésimo cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018 ha modificado este apartado séptimo del artículo 32, sobre encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, modulando las restricciones a la contratación por estos en el ámbito de los encargos. En concreto, la reforma, formalmente cuestionable al realizarse en la Ley de Presupuestos sin tratarse de materia presupuestaria, exime de la restricción de contratación «a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información», caso que no deja de ser concreción del anterior supuesto ya recogido, aquel en que «la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública». Aún más criticable resulta el último inciso, a mi juicio. Se prevé que «excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con este». Vaya por delante mi convicción de que, como suele demostrar la práctica, en España términos legales como «excepcional» o «sumario» acaban suponiendo

(30) Al respecto TEJEDOR, 2013: 400-408, donde se da cuenta, también, del debate suscitado entre Juntas Consultivas y Tribunal de Cuentas y órganos autonómicos de control externo sobre este tema. Recuérdese también, por ejemplo, el Informe de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana antes citado.

(31) Resulta chocante, por otra parte, que cuando se están laminando las diferencias de régimen jurídico entre poderes adjudicadores independientemente de que sean o no administración pública, pues precisamente el más laxo régimen de los segundos era una de las justificaciones esgrimidas para imponer la limitación, sea precisamente ahora cuando se incorpora a la normativa de contratación del sector público esta limitación a la relación entre un poder adjudicador y otro por él controlado, obviando el hecho de que cuando es un contratista el que recurre a la subcontratación se han suprimido los límites cuantitativos, por razones de competencia, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, *Wroclaw*. Cuando el contratista subcontrata se aplica derecho privado, no existe hoy día límite cuantitativo a la subcontratación y la autorización sólo se exige en determinadas ocasiones. No se alcanza a entender la razón de que se prevea un régimen más laxo para el subcontratista que para el medio propio que recibe un encargo.

lo contrario de lo que el legislador inicialmente ha pretendido. Pero, obviando la anécdota, que la aplicación de la limitación a la contratación por medios propios en el ámbito de los encargos dependa de «razones de seguridad», que la naturaleza de la prestación «requiera un mayor control en la ejecución de la misma» o en «razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución» es, cuando menos, contradictorio. No hay que hacer un gran esfuerzo interpretativo para sostener que las razones de seguridad pudieran justificar precisamente lo contrario, una mayor internalización de la actividad y menos contratación con terceros, que lo mismo pudiera ocurrir cuando la naturaleza de la prestación exige un mayor control de su ejecución, pues no hay mayor control que el que se ejerce con los propios medios (salvo que no se disponga de ellos) o que las razones de urgencia como justificativas de la contratación, dado el régimen al que quedan siempre sujetos los medios propios (éste sí por la fuerza de las Directivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), justificarían precisamente que se hubiese contratado directamente por el poder adjudicador que realizó el encargo, sin más.

Por lo demás, se admite ahora de forma expresa recurso especial en relación con «la formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales» [44.2.e) LCSP]. Al igual que en el caso de las modificaciones contractuales la regla resulta lógica dado el control que la normativa europea impone sobre los actos dictados en el seno de la fase de adjudicación del contrato y la posibilidad de que pudieran utilizarse encargos para tratar de eludir la normativa europea y estatal que impone, fuera de los supuestos legalmente establecidos y si se desea recurrir a medios externos, la aplicación de los procedimientos en ellas establecidos.

Alguna referencia conviene hacer también, antes de concluir este apartado dedicado a las relaciones entre organización y contratación, a la regulación en la LCSP de la gestión indirecta mediante empresa de economía mixta. Y ello, fundamentalmente, porque de nuevo nos enfrentamos a una regulación francamente restrictiva de este instrumento que, recuérdese, ha sido promovido por la propia Comisión Europea en su conocida *Comunicación interpretativa 2008/C 91/02, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, donde sienta las bases de esta figura partiendo del principio, hoy cuestionado en España, de que «en el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una CPP». Sin embargo, aun corrigiendo la situación en alguno de los anteproyectos de Ley, que ni tan siquiera contemplaba la CPPI, la LCSP ha introducido muy notables restricciones en la misma que, a la postre, la convierten en un instrumento ineficiente y poco adecuado para canalizar la colaboración público-privada con algún valor añadido relevante para el sector

público (32). Sentado que estos entes no tienen la condición de medios propios, su admisibilidad en el marco de las Directivas depende del cumplimiento, entre otros, de los criterios expresados en la citada comunicación interpretativa.

En lo que respecta a la selección de socio y adjudicación de contratos, la CPPI, tal cual estaba anteriormente regulada en la disposición adicional vigésimo novena TRLCSP y 8bis de la anterior LFCP, podían adjudicarse directamente contratos públicos y concesiones a una sociedad de economía mixta en la que concurren capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se efectuase de conformidad con las normas establecidas para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituyese su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introdujesen modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En cambio, conforme a la disposición adicional vigésimo segunda de la LCSP sólo podrán adjudicarse directamente concesiones de obras y de servicios, ya no el resto de contratos, a una sociedad de economía mixta en la que concorra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se efectúe de conformidad con las normas establecidas en la propia LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

De este modo, al impedirse la participación pública minoritaria se condiciona en extremo el modelo hasta hacerlo inútil pues, obviamente, resultará muy difícil, si no imposible, que la actuación no consolide con el sector público de la entidad pública con participación mayoritaria con lo cual, financieramente, poco aportará. Por lo demás, no podrán obviarse las mínimas exigencias en

(32) Precisamente ese valor añadido es la base esencial de la promoción de la CPPI por las instituciones europeas, en el contexto del procedimiento de déficit excesivo, vigente desde Maastricht, y que condiciona las acciones financiadas directamente con cargo a presupuestos de las entidades públicas que consolidan conforme a los criterios del Reglamento (UE) 549/2013, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea, así como las restricciones a las ayudas de Estado conforme, fundamentalmente, al Reglamento (UE) 651/2014, de 17 de junio, de la Comisión, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Al respecto, de gran interés, en el mismo sentido y desde la perspectiva financiera, pueden consultarse dos guías del European PPP Expertise Centre, en el que participan el Banco Europeo de Inversiones, la Comisión Europea, los Estados miembros, los Estados candidatos y algunos otros Estados *The Guide to Guidance. How to prepare, procure and deliver PPP projects*, 2011, y *A guide to the statistical treatment of PPPs*, 2016, en la que participó también Eurostat.

cualquier operación de CPPI en relación objeto social, estatutos, pactos de accionistas, descripción adecuada del contrato o criterios de selección del socio privado, entre otros. Subyace, en el fondo y como en tantas otras cuestiones, el principio de desconfianza que impregna la LCSP y, en parte, también la asimétrica simplificación que lo inspira, para el sector privado, pero no para el público.

IV. UNA GOBERNANZA A JUEGO. DE NUEVO EL LEGISLADOR PENDULAR

He afirmado páginas atrás que la Unión Europea no es excusa, que somos nosotros, por nosotros mismos, los que nos estamos imponiendo una sobreregulación que ahogará cualquier esfuerzo por modernizar la normativa y la práctica de la contratación del sector público en España generará elevados costes de transacción a las entidades del sector público y del sector privado e impedirá a los órganos de contratación actuar eficaz y eficientemente para lograr los objetivos sectoriales que con los contratos públicos se proponen alcanzar, para cumplir con su función constitucional de eficaz servicio a los intereses generales, en definitiva. Examinar las nuevas normas de contratación de los países de nuestro entorno resulta aleccionador a este respecto.

Magnífico ejemplo de lo anterior proporciona una de las novedades más relevantes que los glosadores de la LCSP han destacado, la relativa a la llamada nueva gobernanza de la contratación del sector público (33). Regulada ésta, merced al impulso de las instituciones de la Unión Europea, con una nueva vocación estratégica, el legislador estatal ha querido dotar a la Administración General del Estado de una potente organización que se impone, en su configuración, competencias y potestades, a los entes del sector público del resto de administraciones, autonómicas y locales. Peculiar operación, a mi juicio, cuando el legislador estatal tan solo puede esgrimir competencias para aprobar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Pero es lo que hay.

Como expresión de esa pretendida nueva gobernanza a lo ya existente [órganos de contratación, mesas, juntas consultivas estatales y autonómicas (arts. 323, 326 y 330, y 328 LCSP), tribunales de contratos (art. 45 LCSP)] se añaden nuevos órganos y organismos estatales con una más que discutible cobertura competencial y sin apenas referentes comparados semejantes. Tal es el caso del comité de cooperación en materia de contratación pública (integrado en la Junta Consultiva estatal, art. 329 LCSP); la oficina independiente estatal

(33) MORENO, 2017: 343-373.

de regulación y supervisión de la contratación, con su consejo asesor (art. 332 LCSP) y competencia sobre todo el sector público incluyendo inspección e instrucciones (art. 332.7 LCSP); de las potenciales oficinas autonómicas equivalentes a la anterior que pudieran crearse a su imagen y semejanza aunque con un estrechísimo margen competencial (art. 332.12 LCSP); y de la oficina nacional de evaluación (art. 333 LCSP), que podrá igualmente ser sustituida por las oficinas autonómicas en sus respectivos ámbitos (art. 333.3 LCSP).

La oficina independiente para la regulación y la supervisión de la contratación, vinculada a la estrategia nacional de contratación, aun introducidas durante la tramitación parlamentaria, parecen pretender erigirse en pieza clave, bajo mando estatal, para la gobernanza de la contratación en todo el sector público (34). Pretende el Estado asumir, de este modo y al amparo de su competencia para el establecimiento de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, unas funciones ejecutivas que, en la práctica, convierten al conjunto de poderes adjudicadores y órganos de contratación en poco más que tramitadores de unos procedimientos regulados hasta sus últimos detalles en la normativa estatal sedicentemente básica, que nunca ha superado un juicio global de constitucionalidad. Lejos queda la doctrina constitucional que concibe estas facultades ejecutivas, que van más allá de la mera coordinación como excepcionales. La llamada oficina independiente (art. 332 LCSP) y una política nacional (o estatal) de contratación sobre y a todos los órganos de contratación y poderes adjudicadores impuesta con la estrategia nacional de contratación (art. 334 LCSP) se erigen de este modo en instrumentos, introducidos durante la tramitación parlamentaria y dotados de un carácter formalmente básico por presunción, dada la cuestionable técnica legislativa que luce en la disposición primera de la LCSP, que repotencian la competencia básica estatal.

(34) No deja de resultar curioso que, fijada la *vacatio legis* en la disposición final séptima LCSP en cuatro meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tan sólo previese la inmediata entrada en vigor [al margen de la de los arts. 159.4.a), 32.2.d) y 150.1, párrafo tercero], de los artículos 328 a 334 y la disposición final décima, que entraron en vigor al día siguiente de dicha publicación, el 10 de noviembre de 2017. Se trata de los preceptos dedicados a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, los órganos equivalentes autonómicos, la aprobación de información por las Comunidades Autónomas, la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación, la oficina nacional de evaluación y la estrategia nacional de contratación. Parece que el legislador estatal ha considerado indispensable acelerar la gobernanza. Y ello, además, excepcionando la regla general de no incremento de gastos prevista en la disposición adicional trigésima octava, conforme a la cual «las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni retribuciones, ni de otros gastos de personal salvo los gastos derivados de las funciones atribuidas en esta Ley a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación». La gobernanza autonómica y local, en cambio, ha de implementarse gratis, sólo la estatal puede tener coste.

Resulta francamente discutible, ya conforme a la LCSP, el pretendido status de independencia de la oficina estatal de regulación y supervisión. Evidentemente, el régimen de designación de sus titulares no parece el más adecuado dado que se limita a prever que sean funcionarios de carrera pertenecientes al subgrupo A1 que cuenten, al menos, con diez años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública. Remitido a reglamento el establecimiento del nivel administrativo del titular de la presidencia y demás miembros de la oficina, lo ha regulado el Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, 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. Tras dicha norma, el art. 18.14 del Real Decreto 769/2017 establece que «la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Subsecretaría y estará integrada por un presidente con rango de subdirector general y cuatro vocales que [...] serán cada uno titular de una división, con el nivel de complemento de destino que se les asigne en la relación de puestos de trabajo». La independencia, una vez integrada la oficina en la estructura orgánica departamental, resulta más que discutible y ni tan siquiera la garantía de inamovilidad durante el periodo de su mandato permite compensarla pues, a la postre, dada la limitación de mandatos, la estabilidad es menor que la garantizada en un puesto obtenido por concurso.

Además de tan completa, y muy probablemente redundante, organización, también contempla la LCSP, como ya he señalado, otro nuevo instrumento al servicio de esa pretendida nueva gobernanza, la estrategia nacional de contratación (art. 334 LCSP). Y una vez más lo hace, amparándose en su competencia básica, atribuyendo incisivas competencias ejecutivas al Estado que le permiten establecer un instrumento regulatorio que impone políticas y criterios estatales laminando competencias y políticas autonómicas y locales, de carácter vinculante (art. 334.1 LCSP). No faltarán pues criterios interpretativos, quizá contrapuestos, para los gestores, que deberán andar atentos a esa estrategia y a las resoluciones e informes emitidos por juntas consultivas estatal y autonómicas, tribunales de contratos estatal, autonómicos, provinciales y municipales, oficinas independientes de supervisión estatal y autonómicas u oficinas nacionales y autonómicas de evaluación, todo ello sin olvidar tribunal y cámaras de cuentas, intervenciones generales o consejos de Estado y consultivos autonómicos.

La organización de la nueva gobernanza habrá de realizar ímprobos esfuerzos para atender sus funciones, por redundantes que estas resulten. La nueva LCSP establece que habrán de elaborarse multitud de informes, con periodicidad variable, diferentes objetivos y destinatarios diversos. Entre ellos,

al menos, habrá de emitirse un informe trienal de Junta Consultiva de Contratación del Estado a la Comisión Europea (art. 328.4 LCSP, que suscita dudas competenciales acerca de la posibilidad de imponer a las Comunidades Autónomas la obligación de recabar y remitir la información de las entidades locales de su territorio ex art. 331 LCSP) (35), un informe trienal de supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación para integrar en el anterior (art. 332.8 LCSP), un informe anual de supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se remitirá también a la Junta Consultiva de Contratación del Estado y Comisión Europea (art. 332.9 LCSP), un informe anual global de la Intervención General de la Administración del Estado, Intervenciones autonómicas y locales a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332.11 LCSP), un informe anual de actuaciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación para las Cortes y el Tribunal de Cuentas (art. 333.4 LCSP), un informe anual del Gobierno a las Cortes Generales sobre la contratación pública en España basado en los datos del Registro de Contratos (art. 346.8 LCSP), un informe bianual y final del Comité de Cooperación sobre la Estrategia Nacional de Contratación, elevado al Gobierno y por este a las Cortes Generales (art. 334.6 LCSP) y una memoria anual de la Oficina Nacional de Supervisión (art. 333.7 LCSP). Y eso no exime, por supuesto, de los informes generales o específicos que compete emitir a las intervenciones, los organismos de control externo, las memorias de los diversos órganos competentes para conocer de recurso especial u otros. Por informes, obviamente, tampoco será.

Todo lo anterior, a mi juicio, no dará lugar a más ni mejor gobernanza. De hecho, la acumulación de órganos, informes y procedimientos consultivos y de control puede llegar a producir lo contrario, desgobierno, como consecuencia del solapamiento e inflación de criterios que, si a la experiencia reciente hemos de atenernos, todos los órganos querrán ver reflejados en la práctica, razonables o no, y en un próximo futuro en una nueva, y recrecida, ley de contratos del sector público. Resulta imprescindible depurar una normativa estatal tan absurdamente extensa y detallada que es resultado de la combinación de

(35) El primer informe, el *Informe relativo a la contratación pública en España 2017*, fechado a abril de 2018, puede consultarse en la dirección <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (a 20 de mayo de 2018). La profusión de informes en esta llamada nueva gobernanza de la contratación se traduce en que el propio *Informe 2017* manifieste cierta preocupación por la coordinación orgánica y funcional de los múltiples órganos que aparecen en la LCSP (pp. 18-20). El anexo IV recoge, en este sentido, los «principales órganos de supervisión de la contratación pública» que integran un amplio listado de cuatro páginas.

la vetusta normativa de contratos del Estado de los años sesenta del siglo XX con Directivas de la segunda década del siglo XXI.

En este contexto habría que repensar, también, la cuestión de los controles. Es discutible que, aun antes de la LCSP, faltasen controles (36). Quizá lo sea menos que los controles existentes no estaban desplegando todo su potencial y, además, no estaban adecuadamente coordinados. La corrupción que hoy se conoce está más relacionada con el fallo de los controles que con su ausencia. En todo caso, la regulación impuesta por la LCSP resulta manifiestamente asimétrica, acentúa los controles sobre el sector público y, cuando los introduce sobre la actividad privada, como ocurre desde la perspectiva de la competencia, subordina el procedimiento contractual y el interés general subyacente a la potencial mala praxis empresarial. Los controles, también, han de racionalizarse y someterse estrictamente al principio de legalidad limitando la prospectiva o el avance doctrinal sobrevenido como argumento de control, el mismo principio de legalidad al que estén sujetos los centros gestores fiscalizados, no el renovado, ni el previsto ni el de criterios sobrevenidos al procedimiento fiscalizado o los meros indicios o improvisadas estadísticas, que no permiten alcanzar juicios de legalidad concluyentes. Los criterios de control, por ello, han de resultar tan previsibles como la actuación del centro gestor para que pueda este actuar con seguridad.

El recurso especial constituye pieza clave en el sistema de control. La LCSP no ha mejorado la planta de los órganos competentes para resolverlo y suscita dudas competenciales, como ya he señalado (arts. 46.4 y 5 LCSP). La presencia de más órganos competentes para resolver el recurso especial, pese a la llamada a la coordinación de la disposición adicional vigésimo tercera LCSP, no comportará mejor control sino una mayor dispersión de los criterios de control y, consecuentemente, mayor inseguridad para el gestor acerca de los criterios a aplicar. Desaparece la cuestión de nulidad y se amplía el ámbito del recurso especial cuantitativamente, en virtud de enmienda parlamentaria, por debajo de los umbrales, y cualitativamente, más allá de acuerdos de

(36) Frente a la imagen de que responsables políticos continúan tomando decisiones contractuales esenciales al margen de todo control es preciso. No es así. Y si así fuere algo, o todo, estaría fallando. Aun cuando los titulares de los órganos de contratación sean políticos electos o designados por la autoridad competente, sus decisiones deben limitarse a ratificar el criterio de los órganos técnicos que intervienen en los procedimientos, sin más. Y ese procedimiento, además, estará bajo control que, en función de los diferentes supuestos que pueden plantearse, corresponderá a órganos presupuestarios, la intervención a través de fiscalización previa (de pliegos, expedientes, adjudicación, contrato) o control financiero posterior, las juntas consultivas, los tribunales de contratos, los organismos de control externo como el Tribunal de Cuentas o sus equivalentes autonómicos, los órganos anticorrupción emergentes o los encuadrados, ahora, en la emergente gobernanza contractual. En este contexto afirmar que faltan controles, al menos sobre los órganos del sector público, resulta de difícil justificación.

adjudicación, a encargos y, también en virtud de enmienda parlamentaria, a acuerdos de rescate (37). La ampliación excesiva del ámbito potencial del recurso especial podría llegar a desnaturalizarlo. Por lo demás, continúa sin admitirse la acción pública, aunque sí una amplia legitimación, se incorporan los últimos criterios jurisprudenciales sobre cómputo de plazos, se mantiene y refuerza la tramitación electrónica del procedimiento de recurso y su carácter sumario y se mantiene el sistema cautelar, en línea con la normativa europea, incluido cierto desequilibrio a favor del recurrente temerario al limitarse su posible responsabilidad, aunque se eleven las sanciones.

La LCSP ha empeorado la regulación anterior de los órganos que han de conocer del recurso especial por múltiples razones. Además de la cuestión menor relativa a la existencia de órganos específicos de control en las asambleas legislativas autonómicas, y en otros órganos estatutarios, incierta atendiendo a su disposición adicional cuadragésima cuarta, se quiebra la

(37) Se desenvuelve, fundamentalmente, en la fase de adjudicación, de conformidad con lo establecido en la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal cual se desprende inequívocamente de su preámbulo y articulado (arts. 1.2, 2.1 y 2, 2bis, 2ter, 2 quater y 2quinques). No comparto en absoluto la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo*, que se realiza en la Memoria de 2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, página 8, cuando se argumenta, para explicar un posible incremento de su carga de trabajo, sobre «la extensión del ámbito objetivo a los elementos de ejecución y extinción de los contratos como consecuencia del efecto directo de las Directivas de contratación pública, tal y como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo SL* y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía». Ni la extensión del recurso especial al supuesto de la adjudicación de contratos entre poderes adjudicadores (encargos, en la tortuosa terminología española) ni el control sobre las modificaciones contractuales justifican tan gruesa afirmación pues ambas cuestiones encajan con total naturalidad en el concepto de adjudicación y, por tanto, en los objetivos y regulación de la Directiva de 21 de diciembre de 1989. De hecho, el propio Tribunal administrativo aragonés parece haber modulado su anterior afirmación en el Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo, en la Memoria 2011-2017, aprobada el 22 de diciembre de 2017, y en el Acuerdo 126/2017, de 15 de diciembre. El fallo de la Sentencia Marina, como su motivación, resultan explícitos, limitándose a imponer la admisión de recurso frente a determinados actos de trámite dictados en el curso de la fase de adjudicación, o equivalentes al acuerdo de adjudicación, a lo sumo, tal cual se explica, con acierto, en los últimos acuerdos citados del Tribunal aragonés y en la Resolución 43/2018, de 2 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Por lo demás, dado lo que establece el art. 27.1.d) LCSP, que prevé la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo respecto de «los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley», admitir que el ámbito objetivo del recurso especial incluye actos relativos a efectos y extinción comportaría, en la práctica, una sustancial alteración del orden que la LCSP ha querido restaurar en relación con las competencias jurisdiccionales.

planta actual permitiendo regular la cuestión a las Comunidades Autónomas. En defecto de regulación autonómica el órgano autonómico competente lo será también para resolver los recursos de las entidades locales de su territorio. Sin embargo, existen límites a la competencia autonómica dado que se permite, en todo caso, a los municipios de gran población y a las Diputaciones Provinciales dotarse de un órgano propio, así como, si la Diputación Provincial crea un órgano propio, que «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» (art. 46.4 LCSP). Acierta en cambio la normativa básica al mantener el anterior sistema de designación, que la práctica totalidad de Comunidades han hecho suyo como libre designación (Madrid previó concurso tras nombrar tribunal por libre designación y aún no ha aplicado ese sistema). No parecen atendibles propuestas doctrinales que, a estas alturas, plantean la adscripción parlamentaria de estos órganos, genuinamente administrativos, lo cual introduciría notable confusión e inseguridad en su funcionamiento y politizaría en extremo su régimen de designación (38). Más bien al contrario, parece más sensato que, como ha ocurrido desde que se crearon los primeros tribunales autonómicos, o las propias juntas consultivas, exigida una especialización y cualificación mínima, con efectiva experiencia en la tramitación de expedientes de contratación y en el seguimiento de la ejecución de contratos públicos, puedan los órganos sectoriales competentes proponer el nombramiento entre los aspirantes que cumplen los requisitos establecidos. Resultan esenciales, e igualmente acertadas, dos previsiones de la LCSP: la prohibición de prórroga del mandato de los miembros de estos órganos, que evita que se perpetúen en dicho órgano perdiendo la referencia de la actividad de gestión, y la exigencia de dedicación exclusiva, implícita en la exigencia de que sean funcionarios de carrera (art. 45.2 y 3 LCSP) y de que pasen a la situación administrativa de servicios especiales (art. 45.5 LCSP).

Hemos de ser conscientes de que más controles redundantes generarán más inseguridad, más incidencias y más bloqueos en la gestión. Más buro-

(38) Dado el régimen básico, y el buen resultado de la práctica consolidada en los últimos años, con libre designación, así como el reforzamiento ahora impuesto de las exigencias de cualificación, dedicación e incompatibilidades, para prevenir conflictos de intereses de los miembros del órgano, no pueden compartirse sugerencias como las que formula el Observatorio de Contratación Pública, apartado undécimo del escrito, al Anteproyecto de Ley aragonés de uso estratégico de la contratación en este punto tanto desde el expuesto punto de vista sustantivo como, obviamente, desde el competencial. El documento de alegaciones puede consultarse en http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Observaciones_al_anteproyecto_de_Ley_Uso_Estrategico_Aragon_ea8d7929%232E%23pdf/chk.df1395c175aa561c7ffb3a8a88d66695, mientras que la tramitación completa del anteproyecto está accesible en la dirección <http://transparencia.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VERLST&BASE=ITCN&DOCS=1-50&SEC=ITCNTRAL&SORT=-FECH&SEPARADOR=&OBSE-C=traal>

cracia no resolverá los problemas. Los órganos de control también han de simplificarse y, especialmente, coordinarse. No es admisible una LCSP que, sucumbiendo a cierta demagogia anticorrupción exacerbada no exenta de sus propios intereses e ideología, producto de un cierto populismo jurídico, promueva una cultura de contratación en la que los órganos de control se ubiquen frente a los gestores. Ambos responden al mismo interés general. Es preciso dotar a nuestras administraciones, y a sus gestores, de instrumentos eficaces que permitan atender los servicios públicos de forma adecuada. Es necesario simplificar la normativa que disciplina la actuación del sector público, en esta y otras materias, sobre la base de nuevos principios entre los cuales integridad y transparencia deben incorporarse con nitidez. No se trata de imponer menos control sino de lograr un mejor control. Pero ha de hacerse sin caer en delirios normativos, sin sobrerregulación, con precisión, sencillez y fines claros, construyendo, una vez concretados los objetivos de la contratación pública, un nuevo equilibrio entre interés general e interés privado, entre las partes presentes en el contrato. Procedimiento, contratación, expropiación o subvenciones son instrumentos para el mejor servicio a los ciudadanos, no fines en sí mismos. Si colapsan esos instrumentos, y ese colapso puede provocarlo el Estado con normas como la LCSP, colapsarán los servicios públicos. Y la legitimidad de nuestras administraciones públicas se resentirá. Una vez más.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M. A. (2013): «Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos», en *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de enero de 2013 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/relcategoría.121/reلمenu.3/chk.416e475a11b8f8dfca9a32da3f0f600a>, a 14 de mayo de 2018).
- BUESO GUIRAO, E. (2018): «La sociedad urbanística local como medio propio para la promoción de vivienda», *Práctica urbanística*, n.º. 151. Se cita por la edición electrónica.
- CAAMAÑO, F., GIMENO, J. M., QUINTERO, G. y SALA, P. (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit.
- COLÁS TENAS, J. (2013a): «El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte II)», en estudios y comentarios de la página web de INAP, <http://laadministraciondía.inap.es/noticia.asp?id=1109902>.
- (2013b): «El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días (parte I)», en estudios y comentarios de la página web de INAP, <http://laadministraciondía.inap.es/noticia.asp?id=1110161>.
- DEL SAZ, S. (2007) «La nueva Ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con distintas rayas?», *Revista de Administración Pública*, n.º 174.

- GIMENO FELIÚ, J. M. (2008) «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: Luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, n.º 176.
- MORENO MOLINA, J. A. (2017a) «Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, n.º 204.
- MOLL FERNÁNDEZ-FIGUERES, L. S. (2017) *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Editorial Reus, Madrid.
- RÍOS MARTÍN, E. (2016) *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de cuarta generación*, Atelier, Barcelona.
- SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M. (2007) «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad administrativa Aranzadi*, n.º 743, de 17 de enero de 2008.
- TEJEDOR BIELSA, J. C. (2013) «Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación» en el volumen colectivo *Observatorio de contratación pública 2013*, Aranzadi, Pamplona.

EL DESARROLLO AUTÓNOMICO DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS (*)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UNA COMPETENCIA COMPARTIDA: 1. La legislación básica estatal en materia de contratación administrativa y su delimitación. 2. Competencias compartidas que no quiere decir «coordinadas».– II. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Iniciativas autonómicas en materia de contratación pública y su control. 2. El régimen foral de contratación pública a debate. 3. Modalidades no contractuales: la acción concertada para la prestación de servicios a las personas.– III. EL PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN: 1. Planteamiento de la nueva norma. 2. Un ámbito de aplicación subjetivo uniforme. 3. Disposiciones sobre organización administrativa: A) Contratación del sector público autonómico. B) Mesas de contratación en el sector público autonómico. C) Entidades Locales. 4. Medidas para el fomento de la transparencia y la concurrencia: A) Régimen de publicidad de la información sobre contratos públicos. B) El caso de los contratos menores. C) Procedimiento negociado sin publicidad. 5. Especialidades procedimentales. 6. Una norma orientada hacia el uso estratégico de la contratación pública. 7. Medidas para garantizar la integridad en la contratación pública. 8. Gobernanza de la contratación pública. 9. Contratación pública electrónica y «distribuida».– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La competencia para regular la contratación pública corresponde tanto al Estado (establecer la legislación básica) como a las Comunidades Autónomas (su desarrollo). El ejercicio de la misma por uno y otras no suele estar coordinado, y adolece, desde siempre, de una conflictividad constante que no cesará con ocasión de la nueva Ley de contratos del Sector Público. En este trabajo se reflexiona sobre los límites de la competencia estatal y las oportunidades que presenta el nuevo marco normativo para el desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus políticas propias en materia de contratación pública. Este trabajo tiene además la vocación de ser el primer análisis de las disposiciones incluidas en el proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado en julio de 2018.

(*) El presente trabajo forma parte de las actividades de investigación del proyecto de investigación sobre «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» DER2015-67102-C2-1-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por el prof. J.M. Gimeno Feliú.

Palabras clave: contratación pública; comunidades autónomas; tecnología de registro distribuido; *blockchain*.

ABSTRACT: In Spain, the regulation of public procurement corresponds both to the State and to the Regions. Both competences are usually not coordinated, and suffers frequent conflicts that will not stop with the new Public Sector Contract Law. This paper reflects on the limits of the State competences and the opportunities presented by the new regulatory framework for the development by the Regions of their own policies on public procurement. This work also is the first analysis of the provisions included in the draft Law on organization and strategic use of public procurement in the Region of Aragon approved in July 2018.

Key words: public procurement; regional authorities; distributed ledger technologies; *blockchain*.

I. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UNA COMPETENCIA COMPARTIDA

1. La legislación básica estatal en materia de contratación administrativa y su delimitación

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), obedece al ejercicio por parte del Estado de varias competencias de las que tiene reconocidas en el artículo 149 de la Constitución. Es la Disposición final primera de dicha norma, relativa a los «Títulos competenciales» la que recuerda en base a cuáles se justifica la intervención normativa estatal. La práctica totalidad de los preceptos de la LCSP se justifica en virtud de las competencias estatales a que se refiere el art. 149.1.18 CE relativas a «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» (1). Sin embargo, no son los únicos títulos competenciales esgrimidos, pues algunos preceptos obedecen al ejercicio de las competencias estatales en materia de «legislación procesal», «legislación civil y mercantil» y «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», recogidas, en los apartados 6, 8 y 18 respectivamente, del mismo art. 149.1 CE.

La LCSP utiliza una fórmula general para declarar básicos la práctica totalidad de sus preceptos, con un importante impacto (en el sentido de limita-

(1) Una eventual reforma constitucional podría aprovecharse para «actualizar» la terminología, sustituyendo el adjetivo «administrativa» por el de «pública», desligando la referencia al elemento subjetivo «Administración pública». Hoy en día, y así es desde la Ley 30/2007, se habla de contratación pública, y aunque las normas de contratación siguen pivotando sobre la figura del contrato administrativo, en realidad su alcance es mucho mayor, pues se proyecta sobre la contratación de obras, servicios y suministros de los «poderes y entidades adjudicadores», conceptos de origen europeo caracterizados por una serie de notas funcionales antes que por unas cualidades formales.

ción) sobre las posibilidades de intervención regulatoria de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en esta materia en sus respectivos Estatutos de Autonomía. En este sentido, se dice que, dejando a un lado los preceptos que obedecen al ejercicio de títulos competenciales distintos, «los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas». Únicamente se exceptúan de tal calificación («No obstante, no tendrán carácter básico...») 79 disposiciones (generalmente partes de artículos) que se señalan en el apartado 3 de la Disposición final primera LCSP. Es decir, se utiliza un sistema de delimitación negativa del contenido básico de la regulación (se formula una relación de preceptos no básicos y se establece que el resto tienen carácter básico) «de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas», sin perjuicio de advertir a continuación, en el apartado 4 de la Disposición final primera LCSP que cierra el precepto, que «Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía».

Este criterio para la delimitación de lo básico en materia de contratación administrativa que utiliza la LCSP, se «arrastra» desde la primera norma postconstitucional, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, cuya disposición final primera utilizaba igualmente un sistema de lista para delimitar los preceptos no básicos. Con la simple invocación del art. 149.1.18 CE, el Estado dispone el carácter básico de la mayor parte la regulación de los contratos públicos, y lo curioso es que, hasta el momento, muy pocos han cuestionado esta forma de delimitar la legislación básica en sentido negativo. Si acudimos al Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la última LCSP, vemos que dicho órgano acepta sin mayor cuestionamiento este planteamiento: «El anteproyecto de Ley sometido a consulta respeta el reparto constitucional de competencias... La previsión contenida en la disposición final primera del anteproyecto no suscita reparo alguno toda vez que se acomoda a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde ya antiguo en numerosas sentencias (desde las Sentencias 141/1993, de 22 de abril y 331/1993, de 22 de noviembre)...» (2).

(2) Dictamen núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, pág. 47.

Nadie ha exigido a las diferentes normas estatales sobre contratación pública una delimitación de lo básico «en positivo», de modo que se justifique su conexión con los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas, tal y como estableciera el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/1993, de 22 de abril, al delimitar el alcance de lo básico en materia de contratación pública. Así, según el criterio del Tribunal Constitucional plasmado en dicha Sentencia, *«todos los preceptos que tiendan directamente, a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas, mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello»*. A la luz de la doctrina establecida por el Alto tribunal, toda la regulación que se califique como «básica» invocando las competencias estatales debe presentar una conexión incuestionable con la salvaguarda de dichos principios, de manera que respecto de aquella regulación que no presente tal conexión, no podrá predicarse tal carácter básico, quedando entonces habilitadas las Comunidades Autónomas, en función de sus competencias, para aprobar su normativa de desarrollo (3).

Como antes decíamos, esa forma de delimitar lo básico en materia de contratación, es decir, de identificar aquello a lo que se ciñe la competencia estatal en materia de contratación administrativa, dificulta el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias que hayan asumido estatutariamente sobre esa materia, ceñidas generalmente al desarrollo de la legislación básica estatal, pero que pueden edificarse también sobre la base de títulos competenciales horizontales de los que disponen las Comunidades

(3) En este punto, se hace preciso recordar la reiterada jurisprudencia del alto Tribunal existente en materia de «*legislación básica*» como un concepto material que pretende «*garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir sus peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto*» (SSTC 32/1981, 1/1982, 32/1983, 48 y 49/1988, 69/1988). En virtud de esa definición material de lo básico, corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que deba aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde al Tribunal Constitucional, en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica (SSTC 69/1988, 227/1988, 15/1989, entre otras).

Autónomas, que pueden permitir el desarrollo de políticas propias en materia de contratación pública, especialmente en los ámbitos social, medioambiental o de innovación (4).

Por tratarse de competencias «compartidas», el ejercicio de la competencia estatal calificando genéricamente la práctica totalidad de la regulación como básica puede suponer *de facto* un vaciamiento de las competencias autonómicas. Y promueve, tal y como ha sucedido hasta ahora, una alta conflictividad ante cualquier desarrollo autonómico de las normas sobre contratación, respecto de las cuales el Estado reacciona prácticamente de manera automática. En definitiva, la disposición final primera LCSP podría, tal y como está configurada, incurrir en inconstitucionalidad por cuanto declara formalmente como *básicos artículos que materialmente no lo son*. Así lo ha planteado la Comunidad Autónoma de Aragón en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra casi un centenar de disposiciones de la Ley 9/2017, en el mes de julio de 2018.

En cualquier caso, como bien ha señalado GIMENO FELIÚ (2018.a:77), esta forma de justificar la competencia estatal en materia de contratación administrativa no debe desincentivar el desarrollo competencial por las Comunidades Autónomas, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de las Comunidades Autónomas.

2. Competencias compartidas que no quiere decir «coordinadas»

El carácter «compartido» de la competencia en materia de contratación administrativa no se ha traducido en una elaboración «consensuada» de la normativa aplicable. En el caso de la Ley 9/2017, hay que recordar que no hubo representación de las Comunidades Autónomas en el grupo de trabajo constituido en 2014 para preparar un borrador de anteproyecto (5), ni hay constancia de que se aceptara alguna de las sugerencias planteadas por las Comunidades Autónomas para mejorar el anteproyecto de Ley (6).

(4) En este sentido se manifiesta A. SANMARTÍN MORA al analizar las posibilidades normativas de las Comunidades Autónomas en materia de contratación pública (2018:231).

(5) Sobre el proceso de elaboración de la norma, *vid.* GIMENO FELIÚ (2018.a: 73 y ss.).

(6) En abril de 2015 se recabó el criterio de las Comunidades Autónomas sobre el contenido del anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno el 17 de abril de 2015. Aprovecharon dicho trámite para intervenir las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, Valencia, Aragón, Canarias, Principado de Asturias, País Vasco, Islas Baleares, Andalucía, Castilla y León, Región de Murcia y Galicia, y la Ciudad Autónoma de Melilla. No son públicas las aportaciones de las mismas, ni tampoco hay constancia de si alguna de ellas fue incluida finalmente en el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno.

Por otra parte, tampoco parece que el «Comité de cooperación en materia de contratación pública», concebido como «un espacio de coordinación y cooperación en áreas de acción común con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales» y que ahora regula el art. 329 LCSP a modo de «comisión sectorial» de las previstas en el art. 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vaya a suponer un mayor consenso (7). Baste citar, como ejemplo, de (des)coordinación, la disparidad de criterios interpretativos en relación con lo dispuesto en el art. 118.3 LCSP respecto de los límites a los que se encuentran sujetos los contratos menores. A pesar de que el art. 329 LCSP recoge como función del Comité de Cooperación la de «Coordinar los criterios de interpretación seguidos por las Administraciones Públicas en relación con las normas de la contratación pública», dicho órgano no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la cuestión apuntada, siendo la función interpretativa asumida por la Junta de Contratación Pública y los órganos equivalentes autonómicos con criterios dispares y contradictorios, circunstancia que en modo alguno favorece el necesario escenario de seguridad jurídica que precisa la gestión de los contratos públicos (8).

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Iniciativas autonómicas en materia de contratación pública y su control

La normativa estatal de contratos del sector público ha sido objeto de desarrollo por parte de varias Comunidades Autónomas que tienen recogida en sus respectivos Estatutos las competencias para ello (9). Entre las iniciativas autonómicas *post-Directivas europeas*, podríamos destacar el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi o la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, de la misma Comunidad Autónoma, y el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña. En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del

(7) Dicho Comité, se constituyó el 19 de febrero de 2018, antes incluso de entrar en vigor la LCSP, y se designaron los miembros de cada una de las Secciones que lo conforman, sin que desde entonces —y hasta la fecha— se conozca actividad alguna de dicho Comité o de sus Secciones.

(8) Un completo estudio de la regulación del contrato menor en la nueva LCSP y de esos pronunciamientos de órganos consultivos a los que nos referimos puede encontrarse en esta misma obra, a cargo de G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2018).

(9) Sobre la legislación autonómica en materia de contratos públicos puede verse el completo y actualizado estudio de A. SANMARTÍN MORA (2018:213 y ss.).

sector público de Aragón, fue objeto de importantes modificaciones con ocasión de la Ley 5/2017, de 5 de julio, de integridad y ética públicas, y del Decreto ley 3/2017, de 20 de junio, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Tras la entrada en vigor de la LCSP, se han publicado ya dos normas autonómicas en materia de contratos públicos. Por una parte, el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, que introduce, como especialidad procedimental, la publicidad de la licitación de los contratos menores, regulando los efectos de la misma. Y por otra, como desarrollo autonómico más reciente, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra. Y aún debemos dar cuenta de la aprobación por parte del Gobierno de Aragón de un Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón en el mes de julio de 2018, cuyas disposiciones serán objeto de análisis a continuación.

El ejercicio de las competencias autonómicas en materia de contratación pública ha estado generalmente sometido a una estrecha «vigilancia», tal y como prueba, en primer lugar, la jurisprudencia constitucional existente hasta la fecha. Sin ánimo de exhaustividad, las posibilidades de desarrollo autonómico de las bases establecidas por el Estado han sido analizadas por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 331/1993, de 12 de noviembre (10), 162/2009, de 29 de junio (11), y más recientemente, la STC 56/2014, de 10 de abril (12), STC 84/2015, de 30 de abril (13), y 37/2015, de 19 de noviembre (14), que obedecen al planteamiento de cuestiones y recursos

(10) Recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación, contra los arts. 32.1; 148.2; 165.3; 168.3 c) y 181 a) en relación con el art. 182 y 287.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

(11) Cuestión de inconstitucionalidad Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca respecto del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

(12) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2928-2013, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el art. 44 de la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011. El Tribunal Constitucional determina la nulidad del precepto autonómico que introducía una excepción a la prohibición general de pago aplazado en la contratación del sector público.

(13) Recurso interpuesto por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

(14) Recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

de inconstitucionalidad contra normas autonómicas. Más «exóticos» resultan, sin embargo, los recursos interpuestos por las Comunidades Autónomas para controlar el ejercicio de sus competencias por parte del Estado, de la que únicamente es exponente, por el momento, la STC 141/1993, de 22 de abril, cuando el Gobierno Vasco interpuso un conflicto positivo de competencia contra el Real Decreto 2.528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación del Estado para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986. La Comunidad Autónoma de Aragón ha interpuesto en julio de 2018 recurso de inconstitucionalidad contra la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Por otra parte, como muestra de esa «vigilancia» sobre las iniciativas autonómicas en materia de contratación, debemos dar cuenta igualmente de algunos recientes «conatos» de conflicto, finalmente solventados mediante Acuerdos bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, la Delegación del Gobierno en el País Vasco y el Gobierno Vasco suscribieron en Enero de 2017 un acuerdo para poner fin, de mutuo acuerdo, al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado frente al Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el Régimen de la Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco (15).

El Estado también manifestó algunas discrepancias sobre las competencias aducidas por la Generalidad de Cataluña para aprobar el Decreto ley de la Generalitat de Cataluña 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, utilizando para ello el mecanismo establecido en el art. 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). Mediante Resolución de 14 de marzo de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con el

(15) Ambas partes manifiestan que no se cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para dictar una norma en materia de contratación pública. No obstante, se observa que el Decreto 116/2016 no puede apartarse de aquellos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público que tienen carácter básico y que, por tanto, son de aplicación general a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. En dicho Acuerdo, la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha reconocido la ilegalidad de los artículos impugnados y, en base a ese reconocimiento:

— En cuanto al art. 4.2.b) del Decreto 116/2016, ha accedido voluntariamente a suprimirlo, y

— En cuanto al art. 2 del Decreto 116/2016, se ha establecido una interpretación que, sin necesidad de modificarlo, deja claro que las entidades públicas vascas no mencionadas en el ámbito subjetivo del Decreto quedan sujetas a la legislación básica establecida por el Estado en este ámbito.

Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (16) (17).

Utilizando también el mecanismo previsto en el art. 33.2 LOTC, el Estado también planteo su inicial disconformidad con algunos preceptos de la Ley de Aragón 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas. Sin embargo, no hubo necesidad de llevar ante el Tribunal Constitucional la solución de tales diferencias. Finalmente, por Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para el estudio y propuesta de solución de discrepancias competenciales manifestadas en relación con la disposición final segunda de la Ley de Aragón 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, publicado por Resolución de 5 de abril de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial en el BOE de 10 de abril de 2018, ambas partes consideraron solventadas dichas discrepancias (18).

(16) Según el Acuerdo alcanzado, la disposición adicional cuarta del Decreto ley 3/2016 remite, en cuanto al uso de la fórmula de los conciertos, a la disposición adicional tercera, debiendo interpretarse en el sentido de que su ámbito objetivo no puede exceder del concierto social como instrumento de gestión de políticas de promoción social de naturaleza asistencial, relativas exclusivamente a los servicios de interés económico general, a que se circunscribe la disposición adicional tercera, y a los que se refieren los Considerandos 6 de la Directiva 2014/23/UE y 7 de la Directiva 2014/24/UE, y sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores.

(17) Dicha norma fue en su momento calificada como un intento de independencia de dicha Comunidad también en esta materia F. BLANCO LÓPEZ (2016) planteaba la posibilidad de que dicha norma pretendiera crear un espacio de desconexión con el legislador y el Estado español, más allá que sea evidente y palmario que el decreto ley es inconstitucional y contrario al Estatuto de Autonomía (art. 64) por no concurrir necesidad extraordinaria y urgente. Esa propia inconstitucionalidad pudiera formar parte de la apuesta. A partir de ese eventual planteamiento, «pido disculpas al lector por haberle entretenido con argumentos jurídicos cuando el debate no es en materia de regulación jurídica de la contratación pública sino en la utilización de la contratación pública para estrategias políticas».

(18) Ambas partes consideran solventadas las diferencias en los siguientes términos:

a) Apartado 3 de la DF 2.ª por el que se introducen dos nuevos apartados 3 y 4 en el artículo 4 de la Ley 3/2011. La previsión que recoge la Ley aragonesa en el nuevo apartado cuarto se establece únicamente para el supuesto que señala el propio apartado cuarto, es decir, solo para aquellos casos en que el anuncio del procedimiento negociado sin publicidad haya sido publicado en el perfil del contratante por la Administración aragonesa actuante en base a dicho precepto y haciendo constar tal circunstancia, respetando en todo caso, la regulación del procedimiento negociado sin publicidad que recoge la normativa básica estatal.

b) Apartado 7 de la DF 2.ª, el cual modifica a letra a) del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 3/2011 de Aragón. La norma aragonesa fija las cuantías que determinan la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación para los contratos de obras, suministros y servicios, en un importe inferior al señalado en la Ley estatal, dentro del ámbito competencial del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, no del estatal, de conformidad con sus potestades de auto organización, respetando en todo caso, la regulación que recoge la normativa básica estatal.

2. El régimen foral de contratación pública a debate

Dos disposiciones, que abordan el que podríamos denominar «régimen foral» de la contratación pública, llaman la atención en la nueva LCSP, porque no existían antecedentes similares en la normativa anterior, ni tampoco estaban contempladas en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, sino que fueron introducidos en el texto definitivo mediante dos enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados durante la tramitación parlamentaria. Se trata de las disposiciones finales segunda y tercera de la LCSP, que se refieren a la Comunidad Foral de Navarra y a la Comunidad Autónoma del País Vasco, respectivamente.

Respecto de la primera, se dispone que «En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra». Dicha Ley, que hace las veces de Estatuto de Autonomía, señala como competencia exclusiva de la Comunidad Foral la materia relativa a «contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia» (19). Se trata, en este caso, de una competencia exclusiva, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas que recogen la contratación administrativa como competencia compartida con el Estado, que encuentra su límite en «los principios esenciales de la legislación

c) Apartado 12 de la DF 2.ª, el cual introduce un nuevo Capítulo IV, relativo a la integración en la contratación pública, en la Ley 3/2011 de Aragón.

c.1) En relación con el apartado 4 del artículo 24, se entiende que el apartado primero del citado artículo 24, al referirse expresamente a los candidatos o licitadores, o una empresa vinculada a ellos, que haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, comprende a las empresas vinculadas en los términos de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio.

c.2) En cuanto al nuevo artículo 25, integrado en el nuevo capítulo VI, se considera que la Ley aragonesa no recoge una prohibición de contratar, cuyas causas están reservadas a la regulación estatal, sino que establece un requisito previo para participar en el procedimiento de contratación, con una eventual exclusión puntual en el concreto procedimiento, la cual, además, se configura de forma potestativa, atendiendo a las circunstancias concretas del caso (a diferencia de la declaración de la prohibición de contratar, la cual afecta a todos los procedimientos de contratación celebrados con las entidades previstas en el artículo 3 de la Ley 9/2017 y con los efectos determinados en el art. 73).

(19) Sobre la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos me remito al estudio de J.C. ALI ARANGUREN que, con ese mismo título, se incluye en la obra colectiva dirigida por él mismo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos. Ley Foral 6/2006, de 9 de junio*. Ed. Gobierno de Navarra, 2007 pp. 45-76. El autor explica, muy especialmente la pág. 48, la justificación de ese régimen foral de contratación pública, «tanto de *iure* como de *facto*», como una competencia histórica, materializada en una Norma de Contratación aprobada por el Parlamento Foral en 1981.

básica del Estado en la materia» pero no en la legislación básica en sí misma, como sucede en el resto de Comunidades Autónomas. La ausencia de referencia a la Ley de Reintegración y Amejoramiento en las normas sobre contratos públicos anteriores a la LCSP 2017 no ha provocado mayores problemas (de hecho, las sucesivas normas forales de contratos públicos de 1998, 2006 y 2018 no han sido nunca objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado), por lo que no acaba de entenderse la necesidad de su inclusión, ahora, en la LCSP de 2017. Además, la historia de cómo aparece esta Disposición adicional en la LCSP resulta un tanto «curiosa». No fue presentada como enmienda en el Congreso (cosa que la diferencia de la Disposición final tercera que analizaremos a continuación, que sí fue presentada con esa redacción como enmienda 1080 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados), sino que surge *ex novo* en el Informe de la ponencia en el Congreso, donde literalmente se dice «La Ponencia ha aprobado por mayoría un nuevo texto en relación con esta disposición en los términos del Anexo al presente Informe, como consecuencia de la aceptación de la enmienda 811 del GP Mixto-UPN-PP». Sin embargo, la enmienda 811 no guarda ninguna relación con el contenido de la Disposición final, pues se refería a una modificación del art. 196.4 del proyecto de Ley, relativa al cómputo del *dies a quo* para el pago del precio de los contratos públicos.

Por su parte, la especialidad del régimen foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco se vincula a «lo dispuesto en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico Vasco de la Comunidad Autónoma del País Vasco» (20). A diferencia de lo que sucede en el caso navarro, la justificación de esta especialidad foral resulta absolutamente incomprensible. En primer lugar, porque tal «especialidad» no aparece justificada en base a las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía del País Vasco que en materia de contratos administrativos atribuye a la Comunidad Autónoma las de «desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado», sino en base a una Ley de contenido completamente ajeno a la contratación pública, la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico Vasco. Pero es que además, sorprendente-

(20) La justificación de la enmienda de la que trae causa esta disposición (núm. 1080 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados) señala que «Esta disposición final se propone como consecuencia de lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en el apartado segundo de su disposición final tercera, así como en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

De esta manera, se deberá interpretar conforme a la normativa foral vasca especialmente lo establecido en el artículo 321,7, artículo 325, artículo 326 y artículo 327 del proyecto de Ley».

mente, esa Ley 12/2002, que aprueba el Concierto Económico Vasco que se erige en fundamento del régimen foral de contratación, no alude en absoluto, en ninguno de sus preceptos, a los contratos públicos o administrativos. La pregunta es ¿cómo debe entenderse pues la salvedad («sin perjuicio de») a que se refiere la Disposición final tercera LCSP?

Aparte de las «curiosidades» señaladas respecto de este régimen foral de la contratación pública de nuevo cuño, sorprende el «olvido» respecto de otras Comunidades Autónomas de incuestionable régimen foral, respecto de las cuales no se dispone, en igualdad de condiciones con la Comunidad Foral Navarra y la del País vasco, que la LCSP se aplicará en dichos territorios con carácter condicionado. En este sentido, no existe ningún motivo por el que dicho respeto no deba predicarse igualmente respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyos derechos históricos ampara y respeta la Constitución en su disposición adicional primera, tal y como recoge la disposición adicional tercera de su Estatuto de Autonomía. Por ende, debería haberse reconocido en las disposiciones finales de la LCSP la condición de Territorio Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el deber de respeto a sus derechos históricos y por tanto, que la aplicación de la LCSP en ese territorio se hiciese «sin perjuicio de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía».

3. Modalidades no contractuales: la acción concertada para la prestación de servicios a las personas

La nueva y más precisa regulación de la contratación pública a través de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, permite abrir nuevas posibilidades respecto de la organización de los servicios a las personas. La citada Directiva aclara, en primer lugar, que «los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva» (Considerando 6). En segundo lugar, la Directiva reconoce expresamente en relación con los servicios que se conocen como «servicios a las personas», como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, que las Administraciones públicas competentes por razón de la materia «siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación» (Considerando 114). Es decir, la propia Directiva 2014/24/UE, en el marco de las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirma expresamente que

la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. En consecuencia, no es necesario restringir las fórmulas de prestación de dichos servicios únicamente a las que derivan de la legislación de contratos del sector público.

La acción concertada es una forma de gestión de servicios con una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico. La normativa sobre sanidad, educación o servicios sociales ya la contempla como una alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios. Sin embargo, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de los conciertos no siempre ha estado claro, hasta el punto de que, en los últimos años, y quizás por la falta de claridad de la normativa de contratos públicos, se ha venido asimilando el régimen de los conciertos al propio de una determinada modalidad de contrato público.

Tras su tramitación parlamentaria, puesto que el proyecto de ley presentado por el Gobierno no hacía referencia a tal posibilidad, la LCSP reconoce la competencia legislativa autonómica para articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social. Así lo dispone expresamente en la Disposición adicional cuadragésima novena, y con ello se validan algunas iniciativas autonómicas que han regulado, antes incluso de aprobarse la LCSP, fórmulas de acción concertada para la prestación de servicios a las personas que se conciben como negocios no sometidos a la LCSP (21).

Algunas de esas iniciativas autonómicas restringen la acción concertada a las entidades sin ánimo de lucro (casos de Aragón y Valencia). Dicha opción se apoya directamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14) admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro

(21) Comenzó Aragón con su Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (Hay que recordar que esta Ley trae causa del Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario). Pero luego le siguieron Cataluña (Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo), Galicia (Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia), Comunidad valenciana (Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario), o Andalucía (Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales) entre otras (en el mes de agosto se ha aprobado el Proyecto de de servicios a las personas en el ámbito social en Baleares. Asturias también trabaja en un Anteproyecto de ley sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación a las personas de servicios de carácter social). Sobre los desarrollos autonómicos del régimen de acción concertada me remito a mi colaboración en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (2018:2865 y ss.) y a X. LAZO VITORIA (2016).

autorizada por la legislación de los Estados miembros como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas siempre que estas entidades, actuando en el marco de dichos objetivos, «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros» (párrafo 64). Por otra parte, la opción de colaboración con las entidades sin ánimo de lucro resulta plenamente coherente con lo establecido en la Ley (estatal) 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que prevé la gestión de prestaciones con estas entidades preferentemente en el marco de conciertos o convenios.

III. EL PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN

Diversas iniciativas presentadas por los grupos parlamentarios en las Cortes de Aragón han solicitado desde 2015 el desarrollo de la legislación básica en materia de contratación pública, algunas incluso antes de que ésta fuera aprobada (22).

El 28 de marzo de 2017, el Gobierno de Aragón adoptó un *Acuerdo por el que se adoptaban medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón* (23). Entre otras medidas, en dicho Acuerdo se dispuso «Encomendar al Departamento de Hacienda y Administración pública, una vez aprobada la legislación básica estatal sobre contratos públicos, la elaboración de un Proyecto de Ley de uso estratégico de la

(22) Sin ánimo de exhaustividad, PNL (Pleno) 26/16, sobre condiciones de trabajo del sector de la limpieza, de 4 de febrero de 2016; PNL (Pleno) 182/16, sobre paraísos fiscales en la contratación pública, de 19 de mayo de 2016; PNL 252/16, relativa a la modificación de la Ley de contratos del Sector público, de 29 de junio de 2016; PNL (Pleno) 76/15-X, relativa a cláusulas sociales en la contratación pública y creación de un órgano colegiado, de 1 de diciembre de 2016; Moción 16/17 (Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración pública), relativa a la política de contratación pública del Gobierno de Aragón y a la introducción en la misma de cláusulas sociales, de 22 de mayo de 2017; PNL (Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración pública) 318/17, sobre Ley de contratos públicos, de 6 de noviembre de 2017.

(23) Publicado en BOA de 26 de abril de 2017. Entre las medidas acordadas, se encuentran las relativas a la profesionalización de las funciones de contratación pública; otras encaminadas a mejorar el acceso a la información sobre contratación pública; un denominado «sistema de gobernanza de la contratación pública»; el establecimiento de reservas de determinados contratos; y medidas en relación con la utilización de determinados procedimientos de adjudicación y la tramitación de expedientes de contratación.

contratación pública en el que, en el marco de las competencias autonómicas en esta materia, incorpore las medidas incluidas en el presente Acuerdo». En cumplimiento de dicho Acuerdo, tras publicarse el 9 de noviembre la Ley 9/2017, de contratos del sector público, se inicia el procedimiento de elaboración de la norma autonómica el 13 de diciembre. Como particularidad de la elaboración del anteproyecto de Ley, cabe destacar que éste trata de recoger las sensibilidades en relación con la contratación pública de todos los partidos políticos con representación en las Cortes de Aragón, pues a través de varias reuniones —previas a la redacción del texto— entre representantes del Gobierno autonómico y los distintos grupos parlamentarios, éstos hicieron llegar al ejecutivo una serie de sugerencias e inquietudes, que fueron, en su caso, plasmadas en el anteproyecto una vez analizada su viabilidad.

El Gobierno de Aragón tomó conocimiento de un anteproyecto de Ley el 6 de marzo de 2018, inicialmente denominado «de uso estratégico de la contratación pública en Aragón» elaborado desde la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón (24). A partir de ahí se iniciaron los trámites que dispone el art. 37 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que regula la figura de los proyectos de ley. En primer lugar, se impulsa un trámite de información pública (25), y se solicita informe a las Secretarías Generales Técnicas de todos los Departamentos del Gobierno de Aragón, así como a las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón, la Cámara de Cuentas, y la Universidad de Zaragoza, al quedar dichas entidades incluidas en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley. El anteproyecto se somete igualmente a informe preceptivo de otros órganos: el del Consejo de Cooperación Comarcal (26), y del Consejo Local de Aragón (27), además de a la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias (ninguno de estos órganos remitió ninguna observación). También se solicitó informe al Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (28) y al Consejo de Transparencia de Aragón (dicho órgano no

(24) Los documentos que conforman el expediente se encuentran accesibles desde el portal de transparencia del Gobierno de Aragón.

(25) Resolución de 14 de marzo de 2018, del Director General de Contratación, Patrimonio y Organización, por la que se somete a información pública el Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón publicada en el BOA de 26 de marzo de 2018.

(26) De acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 a) del Decreto 345/2002, de 5 de noviembre, del Gobierno de Aragón por el que se crea el Consejo de Cooperación Comarcal

(27) De acuerdo con lo previsto en el artículo 168 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón

(28) Vid. Recomendación 2/2018, de 4 de mayo, del Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

emitió informe), y por último, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (29) y a la Dirección General de Servicios Jurídicos (30).

El anteproyecto cuenta con un total de cincuenta y cuatro artículos (distribuidos en nueve capítulos), cuatro disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y cinco finales. Una primera valoración cuantitativa y comparativa respecto de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, que será derogada por esta nueva disposición, muestra un crecimiento en veinticuatro preceptos que absorben una reducción de disposiciones adicionales (-6) y transitorias (-1), y un crecimiento de las finales (+1). El crecimiento «neto» en disposiciones, respecto de la norma anterior, es del 26,86% (se pasa de 49 a 67 disposiciones).

A continuación se realizará un (el) primer análisis de las principales novedades que introduce el proyecto de ley que pasó a denominarse «de organización y uso estratégico de los contratos públicos de Aragón», una vez aprobado por el Gobierno de Aragón en su reunión de 24 de julio de 2018, y remitido a las Cortes de Aragón para su tramitación (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón el 3 de agosto de 2018).

1. Planteamiento de la nueva norma

La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público en Aragón fue dictada en ejercicio de las competencias recogidas en el artículo 75.11 y 12 del Estatuto de Autonomía de Aragón, para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica establecida por el Estado en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de las Entidades Locales localizadas en su territorio (31). En dicha norma se incorporaron una serie de disposiciones con el propósito de conseguir una mayor concurrencia, igualdad, eficiencia, agilidad y simplificación en las distintas fases de los procedimientos administrativos de contratación (32).

(29) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1.a del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento. La Junta emitió en relación con el Anteproyecto de Ley su Informe 14/2018, de 13 de julio.

(30) Informe emitido el 31 de mayo de 2018.

(31) Sobre las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 puede verse A. SANMARTÍN MORA (2010).

(32) Una amplia exposición de estas medidas se encuentra en A. I. BELTRÁN GÓMEZ «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos», en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M.A. BERNAL BLAY (Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, 2010, págs. 131 y ss.

Como antes ya anticipamos, dicha norma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, focalizado en los artículos 6 y 10 de la misma (33). En aquella Sentencia, y a pesar de que el Tribunal Constitucional declaró constitucional la previsión autonómica de una tramitación simplificada del procedimiento abierto, terminó sin embargo declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones que permitían, en el marco de ese procedimiento, la sustitución por el licitador de la documentación administrativa por una declaración responsable, así como la publicidad de las licitaciones de estos procedimientos únicamente en el perfil de contratante y la reducción de los plazos de presentación de ofertas, previstos en los arts. 6.1, 10.2.c y 10.2.d de la norma, respectivamente. Respecto de la primera cuestión (declaraciones responsables), no debemos olvidar que, antes incluso de resolverse el recurso de inconstitucionalidad, fue el propio Estado el que modificó el TRLCSP por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, precisamente en el sentido de admitir «con carácter general» que la aportación inicial de la documentación administrativa fuese sustituida por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración (34). Resulta sorprendente que aquello que reprochaba a la Comunidad Autónoma dos años antes, fuese luego «importado» con carácter general, para todo tipo de procedimientos, a la legislación básica estatal.

Otro tanto cabría decir de la tramitación simplificada del procedimiento abierto que se previó en el art. 10 de la Ley 3/2011. Hay que recordar que dicho precepto fue impugnado en su totalidad y además, específicamente y de modo subsidiario, las letras c), d) y f) de su apartado segundo. Pues bien, paradójicamente, una de las grandes novedades que incorpora la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es precisamente la existencia de un «procedimiento» (sic.) abierto simplificado, que tras la tramitación parlamentaria cuenta con una tramitación «ordinaria» y otra «sumaria», «abreviada» o «supersimplificada» (cfr. 159.6 LCSP) (35).

(33) Recurso de inconstitucionalidad n.º 6720-2011, resuelto por Sentencia 237/2015, de 19 de noviembre de 2015.

(34) En el preámbulo de esta Ley expresamente se señala que «para reducir las cargas administrativas que tienen que soportar las empresas en los procedimientos de contratación administrativa, se prevé que los licitadores puedan aportar una declaración responsable indicando que cumple las condiciones legalmente establecidas para contratar con la Administración. Así, solo el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá presentar toda la documentación que acredite que cumple las mencionadas condiciones».

(35) En el preámbulo de la Ley 9/2017 se justifica tal previsión de la siguiente manera: «En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato

Como vemos, la legislación básica sobre contratos del sector público ha incorporado en 2017 algunas de las novedades procedimentales más importantes previstas por el legislador aragonés en 2011, motivo por el cual era preciso abordar una reforma de la Ley 3/2011 para eliminar de dicha norma tales previsiones. Por otra parte, hay que recordar también que la ley 3/2011 ha sido ya objeto de varias modificaciones: dos en 2012 (36), otras dos en 2017 (37), y otras dos más en 2018 (38), incorporando nuevas disposiciones que conviene «refundir» en un único texto por razones de seguridad jurídica. El nuevo Proyecto de Ley mantiene buena parte de la regulación establecida en 2011 y en sus modificaciones posteriores a la vez que revisa algunas de sus disposiciones, y plantea nuevas incorporaciones y cambios con la pretensión de avanzar en el objetivo de facilitar y simplificar la gestión desde la perspectiva del uso estratégico de la contratación, que implica una utilización de los recursos públicos más eficiente y objetiva. En definitiva, esta norma legal busca constituirse en una ley sencilla, pero a la vez útil y eficaz.

2. Un ámbito de aplicación subjetivo uniforme

El Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón establece un ámbito de aplicación uniforme para todas las entidades que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poderes adjudicadores, si bien distingue algunas disposiciones, de naturaleza organizativa o a efectos de recurso especial en materia de contratación, que serán de aplicación bien a los poderes adjudicadores vinculados a la Administración de la Comunidad Autónoma, o bien a los de la Administración Local. En este punto hay que recordar el cambio que supone respecto de lo previsto

estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. Sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional; resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores; y la fiscalización del compromiso del gasto se realizará en un solo momento, antes de la adjudicación».

(36) Cfr. artículo 33 de la Ley 3/2012, 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón y artículo 29 de Ley 10/2012, 27 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(37) Cfr. disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 junio, de Integridad y Ética Públicas y Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

(38) Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, y art. 2 del Decreto-Ley 3/2018, de 13 de julio, del Gobierno de Aragón, sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto dependientes de financiación externa.

originariamente en la Ley 3/2011, donde era una disposición adicional (la octava) la que disponía la aplicación parcial de la misma a la contratación de las entidades locales y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes «hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público».

Por otra parte, la Universidad de Zaragoza (la única «Universidad Pública integrada en el Sistema Universitario de Aragón»), aunque sujeta a las disposiciones del Proyecto de Ley, está autorizada para determinar en sus normas de organización la composición de las mesas de contratación (disposición adicional segunda). Y los órganos competentes de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón continuarán, en su caso, su contratación a las normas establecidas para las Administraciones Públicas (disposición adicional primera).

Por otra parte, en el Proyecto de Ley se advierte que las disposiciones de la ley no resultarán de aplicación a las fórmulas y técnicas de naturaleza organizativa, tales como las decisiones para articular la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos, los encargos de ejecución a medios propios, o los acuerdos de acción concertada.

3. Disposiciones sobre organización administrativa

A) Contratación del sector público autonómico

El Capítulo II del Proyecto de Ley se refiere a la organización de la contratación del sector público autonómico. Dejando aparte la regulación de la composición y funcionamiento de las mesas de contratación, que por su importancia analizaremos específicamente a continuación, las novedades en este punto pueden considerarse tanto sistemáticas como sustantivas.

En el plano sistemático, la identificación de los órganos de contratación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y las entidades de su sector público, así como los supuestos en los que será preciso recabar la autorización de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón se incluye ahora en el articulado, y no en disposiciones adicionales, como se hacía en la Ley 3/2011.

Ya en el plano sustantivo, se establece la necesidad de contar con la autorización previa del Gobierno de Aragón para la licitación (también para las modificaciones, cuando de manera aislada o en su conjunto se supere el 20 por ciento del importe de adjudicación, o para su resolución) de determinados contratos o negocios jurídicos «asimilables». Se trata de los expedientes de contratación y encargos de ejecución cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, así como de aquellos expedientes de contratación cuyo valor

estimado sea indeterminado. Como medida para agilizar la tramitación de tales expedientes, la autorización de expedientes de contratación deberá tramitarse simultáneamente con los expedientes de gestión presupuestaria que pudieran resultar precisos para completar el de contratación, como el de aprobación del crédito plurianual, en su caso.

No incluye el Proyecto de Ley una disposición similar a la incluida en la reforma operada en la Ley 3/2011 por el artículo segundo del Decreto-Ley 3/2018, de 13 de julio, del Gobierno de Aragón, sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto dependientes de financiación externa. En virtud de la misma se ha añadido una nueva disposición adicional en la Ley 3/2011 (la décima), del siguiente tenor:

«Disposición Adicional Décima Tramitación anticipada

Se podrán tramitar anticipadamente los siguientes contratos:

a) Aquellos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente.

b) Aquellos cuya ejecución se deba iniciar en el mismo ejercicio cuando su financiación dependa de una transferencia o de una subvención de otra entidad pública. Estos contratos no podrán adjudicarse hasta que se produzca la efectiva consolidación de los recursos que han de financiarlos»

Dicha disposición no se encuentra recogida en el Proyecto de Ley por adoptarse apenas quince días antes de que el Gobierno lo aprobara, aunque es probable que sea incorporada vía enmienda durante la tramitación del mismo en las Cortes de Aragón.

Por otro lado, como parte de la organización administrativa se regula también la figura del responsable del contrato a la que alude el art. 62 LCSP. En este sentido, la norma aragonesa, en su redacción final, establece que, sin perjuicio de otras facultades que le pueda atribuir el órgano de contratación, al responsable del contrato corresponderá, como mínimo, verificar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y el resto de compromisos derivados del contrato o de la oferta del contratista; informar al órgano de contratación sobre la conveniencia de modificar el contrato o de prorrogar su duración; y proponer al órgano de contratación la imposición de penalidades por incumplimiento del contrato que procedan o, en su caso, la resolución del mismo. Para el ejercicio de dichas tareas, el responsable del contrato podrá supervisar su ejecución y emitir informes, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada.

Se han aceptado en este punto las recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que había mostrado su parecer contrario a que, en los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato pudiesen atribuirse bien al director facultativo de las mismas o bien a otra persona («las facultades del responsable del contrato podrán atribuirse al director facultativo de las mismas o a otra persona» indicaba el anteproyecto), si así lo aconse-

jabán razones organizativas o lo requiriese una mejor gestión. La propuesta confería una mayor libertad en la organización de las funciones reservadas a dicha figura para controlar la ejecución del contrato. Sin embargo, advierte la Junta, «tal previsión choca con la regla establecida, con carácter básico, en art. 62.2 LCSP, en el que se determina de forma imperativa para los contratos de obras que las facultades del responsable del contrato «serán ejercidas por el Director Facultativo». Se trata no obstante, y a nuestro juicio, de un exceso del legislador estatal en la determinación del carácter básico de dicho precepto. Sorprende que la regulación de esta figura, netamente ligada a las cuestiones organizativas, haya sido calificada como «básica» en la LCSP, y más cuando la regulación de la composición de las mesas de contratación en el art. 326 no tiene tal carácter, precisamente porque se trata de una cuestión sobre las que pueden existir otras soluciones organizativas diferentes a la que adopta la Administración General del Estado pensando en «su» organización.

B) Mesas de contratación en el sector público autonómico

El precepto dedicado a la composición de las mesas de contratación incluye importantes novedades. Dicho precepto ya fue objeto de una pequeña reforma con ocasión de la Ley 5/2017, de integridad y ética públicas, que estableció que «los cargos electos, los titulares de los órganos de contratación y el personal eventual no podrán formar parte de las Mesas de contratación ni de los Comités de expertos que hayan de valorar criterios de adjudicación cuya valoración dependa de un juicio de valor» (art. 8.2 Ley 3/2011). Debe llamarse la atención sobre la inequivalencia de algunos conceptos que utiliza este precepto respecto de los que recoge el art. 326 LCSP. Así, en el apartado 5 del art. 326 LCSP se indica que

«En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda».

Como puede observarse, el precepto autonómico se refiere a los «cargos electos», concepto definido en la normativa sobre régimen electoral general, mientras el art. 326.5 LCSP alude al de «cargo público representativo», concepto que no está definido jurídicamente (39).

(39) Del artículo 108 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se deduce que la condición de «electo» se adquiere con la expedición de

Por otra parte, el precepto autonómico es mucho más flexible en la composición de las mesas de contratación por cuanto, a diferencia del precepto estatal, no veta la participación en las mesas de contratación de funcionarios interinos ni establece incompatibilidad para el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato. El fundamento de dicha incompatibilidad, según señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, reside en «favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa» (40). No obstante, es la propia Junta estatal la que propone «restringir» su alcance (41). En lugar de prohibir su participación, la norma aragonesa apuesta por admitir expresamente su participación al afirmar que «La participación en la elaboración de la documentación técnica del contrato no impedirá por sí misma formar parte de la Mesa de contratación». Lógicamente, habría que salvaguardar la posibilidad de que en tales caso pueda existir un conflicto de intereses, para lo cual habrá de utilizarse las declaraciones a que se refiere el 37.3 del Proyecto de Ley (42). En cualquier caso, insistimos, la previsión autonómica desplazaría las limitaciones previstas en la norma estatal.

la credencial de su proclamación por la Junta Electoral. Cuestión diferente es la adquisición de la plena condición del cargo, algo para lo que el mismo art. 108.8 LOREG exige un acto de «toma de posesión». Sobre ambos conceptos, aplicados en el ámbito local respecto de los concejales, *vid.* el Informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(40) En su Informe 3/2018, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que «...del precepto que hemos analizado se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de en un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa...»,

(41) Indica la Junta en el Informe antes señalado que «...es el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción del pliego el que genera la prohibición de formar parte de la mesa. Si la finalidad de la norma es evitar el conflicto de intereses potencialmente concurrente en el redactor de las condiciones técnicas, la prohibición no puede alcanzar a quien no haya participado en la redacción de la regla técnica del contrato, ni tampoco a quien simplemente la haya visto o incluso visado, que no aprobado, puesto que la aprobación de los pliegos es una competencia del órgano de contratación según establece el artículo 124 de la Ley...».

(42) Según dicho precepto, «En el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación que realicen todas las personas que participan en este de que no concurre en ellas ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del

Es sin duda en el apartado de la composición donde la regulación autonómica proyectada prevé incluir más novedades. Así, partiendo de que la mesa de contratación puede no ser preceptiva en algunos procedimientos (como es el caso del procedimiento abierto simplificado en su modalidad «abreviada» a la que alude el art. 159.6 LCSP, los procedimientos negociados sin publicidad o los contratos menores), la norma aragonesa contempla como novedad la posibilidad de que, en determinados procedimientos en los que sí resulta obligatoria su constitución, no formen parte de la misma los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General. Así lo contempla el art. 7.3 del Proyecto de Ley para el «procedimiento abierto simplificado, cuando no haya criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor cuya ponderación supere el 25% del total». Tal medida se justifica por el automatismo en la valoración de los criterios de adjudicación, así como por el hecho de que, con posterioridad, todo el expediente de contratación será objeto de fiscalización por parte de la Intervención.

Las novedades no quedarían ahí. Aun suponiendo que la constitución de la mesa de contratación sea obligatoria, y que en la misma hubieran de participar necesariamente los representantes de de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General, la norma proyectada propone además que los miembros de la mesa puedan realizar algunas actuaciones en ausencia de esos representantes de de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General. La presencia de los mismos únicamente será necesaria para la adopción de los actos más «cualificados», podríamos decir, a saber —los señala de manera exhaustiva la norma-: las sesiones de la Mesa de contratación en las que deban valorarse los criterios cuya valoración depende un juicio de valor, analizarse las ofertas anormalmente bajas, formularse la propuesta de adjudicación, o examinarse la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario. En el resto de sesiones bastará con la asistencia, presencial o a distancia (43), del Presidente, el Secretario y la de la mitad, al menos, de los miembros de la mesa. Esa presencia «dispensable» de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General no impide que las sesiones en las que no estén presentes

órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución. Los miembros de las Mesas de contratación u otros órganos de asistencia harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones. Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud».

(43) La norma aragonesa, en el art. 7.6, incorpora expresamente la posibilidad de constitución «a distancia» de la mesa de contratación, inspirándose para ello en lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que admite con carácter general posibilidad para la constitución de los órganos colegiados.

puedan ser suspendidas, cuando el resto de miembros apreciase la necesidad de su pronunciamiento respecto de las incidencias que pudieran acaecer en el desarrollo de las mismas.

Las especialidades anteriores únicamente aplicarían respecto de las entidades que tuvieran la consideración de administraciones públicas a efectos de la Ley de contratos, y dependiesen de la Comunidad Autónoma de Aragón. Cuando se trate de contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, la participación de un representante de la Intervención General (no de la Dirección General de Servicios Jurídicos, puesto que dichas entidades tienen régimen diferente en cuanto al asesoramiento jurídico) será obligatoria para la adjudicación de contratos de obras o concesiones cuyo valor estimado sea igual o superior a 2.000.000 de euros, o a 500.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios. En el resto de contratos no será necesaria la presencia del representante de la Intervención General. También se prevé que la Universidad de Zaragoza, incluida en el ámbito de aplicación de la norma, pueda definir la composición de sus mesas de contratación en sus normas de organización interna (disposición adicional segunda del proyecto).

C) Entidades Locales

La competencia estatutaria de la Comunidad Autónoma de Aragón para el desarrollo de las bases del Estado previstas en el artículo 149.1.18.º de la Constitución para las Administraciones Públicas aragonesas, «incluidas las Entidades Locales» (art. 75. 12 del Estatuto de Autonomía), es la que justifica que también se establezcan en la normativa autonómica sobre contratación algunas disposiciones relacionadas con aspectos organizativos de las entidades Locales, si bien la exhaustividad con que las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera LCSP abordan la «contratación local» impiden un desarrollo mayor.

En el plano sistemático, y a diferencia de la LCSP, que relega las disposiciones sobre contratación de las Administraciones Locales a las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, el proyecto de Ley aragonés integra las disposiciones aplicables a la administración local en el articulado, localizándolas en dos Capítulos concretos y perfectamente identificables, el Capítulo III, dedicado a la Contratación de las entidades locales, y la subsección segunda del Capítulo IX, que se refiere a los «órganos de recurso especial en el ámbito local», integrada dentro del capítulo dedicado a «Gobernanza de la contratación pública». Las novedades que incorpora la regulación de éstos últimos serán abordadas en el apartado correspondiente a la Gobernanza de la contratación pública.

Y entre las especialidades organizativas que se prevén, podemos destacar la previsión de un supuesto de abstención respecto de la decisión de adjudicación del contrato para la adjudicación de contratos menores en las Entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes, que sustituiría la prohibición de contratar por incompatibilidad que concurre en los cargos electos en virtud de lo dispuesto en el art. 71.1.g LCSP, relativo a

«Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero» (44).

Esta remisión, en el ámbito de las entidades locales, debe entenderse realizada, respecto a los concejales, al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante LOREG), al declarar que son incompatibles con dicha actividad «los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes».

La medida introducida en el Proyecto de Ley no es original. Se recupera en este punto la misma redacción que recogía en el Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón, que no llegó a aprobarse en las Cortes de Aragón al caducar la iniciativa como

(44) A las prohibiciones para contratar aplicables a miembros de las corporaciones locales se ha referido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma, entre otros, en sus Informes 10/2010, de 15 de septiembre; 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013, de 10 de abril; 7/2013, de 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero; 11/2015, de 30 de septiembre; 12/2015, de 30 de septiembre; 7/2016, de 20 de abril; y 10/2016, de 18 de mayo, que resultan ejemplificativos de la problemática que suscita la aplicación del supuesto de prohibición de contratar ahora recogido en el art. 71.1.g LCSP.

consecuencia del agotamiento de la VII Legislatura. La medida responde a la necesidad de resolver algunos problemas de abastecimiento (generalmente de suministros y servicios) en municipios de pequeña población que son los que predominan en la Comunidad Autónoma de Aragón (del total de municipios aragoneses, más de la mitad se verían favorecidos por esta medida). A juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «la restricción del alcance de la medida a las Entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes y a los procedimientos de adjudicación de contrato menor, permite pensar que no se alterará la competencia entre operadores económicos ni existirá afección a la garantía de unidad de mercado». En cualquier caso, como se indica en el precepto, esa posibilidad de abstención podría aplicarse cuando los cargos electos no perciban retribuciones de la entidad contratante, y siempre y cuando quede garantizada la objetividad, la transparencia y la eficiencia de la decisión, extremos que se acreditarán mediante informe del Secretario de la Corporación.

4. Medidas para el fomento de la transparencia y la concurrencia

La norma proyectada plantea dedicar uno de sus Capítulos (el IV) al fomento de la transparencia y la concurrencia, en el convencimiento de que una mejor publicidad de la información relativa a la contratación pública generará una mayor concurrencia y, de manera consecuente, mejores ofertas para la entidad contratante.

A) Régimen de publicidad de la información sobre contratos públicos

En este sentido, se apuesta por el perfil de contratante como instrumento centralizado de publicidad de la información sobre los contratos públicos, reforzado por la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea cuando, en atención al valor estimado del contrato, sea necesaria la publicidad en dicho medio. En consecuencia, no será necesario publicar los anuncios de licitación en el Boletín Oficial del Estado ni en el Boletín Oficial de Aragón. Hay que recordar que el arts. 135 LCSP, que regula la publicidad de los anuncios de licitación, únicamente dispone la publicación de los anuncios en el Boletín Oficial del Estado «en los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas» (45). Por su parte, el Decreto 16/2012, de 24

(45) El mismo ámbito de aplicación subjetivo se incluye en el art. 154 LCSP respecto de la publicación de los anuncios de formalización de los contratos.

de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el «Boletín Oficial de Aragón» dispone la publicación de los anuncios relativos a contratación procedentes de los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales aragonesas, «cuando lo determinen las disposiciones vigentes». La futura Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública dispensará de tal obligación, puesto que, como decimos, únicamente dispone la necesidad de publicación de los anuncios de licitación en el perfil de contratante y, en su caso, en el DOUE.

Hay que recordar que, con la entrada en vigor de la LCSP el 9 de marzo, el perfil de contratante de los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón ha pasado a ubicarse en la Plataforma de Contratos del Sector Público a que se refiere el art. 347 LCSP. La Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero, regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público de Aragón a través de Internet, y justifica tal decisión en los siguientes términos: «se ha decidido la incorporación de los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público autonómico de la Comunidad Autónoma de Aragón en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de ámbito estatal mediante la integración de la herramienta utilizada hasta la fecha para la publicación de anuncios de licitación en el Gobierno de Aragón. Con esta previsión, se pretende ofrecer un único punto de acceso a los mismos por parte de los operadores económicos y agentes interesados, además de posibilitar a los órganos de contratación la utilización de diferentes funcionalidades que ofrecen ambas Plataformas para gestionar la información publicada en el mismo y en los diarios oficiales. Asimismo, la publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, de ámbito estatal permitirá a los órganos de contratación la utilización de otros servicios asociados a la contratación pública que ofrece la Administración General del Estado como, por ejemplo, la gestión unificada de la publicación de anuncios en los diarios oficiales o la utilización de la herramienta de licitaciones electrónicas». No obstante, el Gobierno de Aragón apuesta por mantener en la sede electrónica autonómica una herramienta de introducción de datos de los anuncios vinculados a las licitaciones públicas (el antiguo perfil de contratante), de forma que se facilite el trabajo de los órganos de contratación y las labores de supervisión y análisis de la actividad contractual de la organización.

En el perfil de contratante se publicarán los anuncios de licitación, de adjudicación, de modificación y de ejecución de los contratos. Fue en la reforma operada en la Ley 3/2011 a través de la Ley 5/2017, de integridad y ética públicas, donde ya se estableció el contenido de dichos anuncios, que ahora en esencia se mantiene, buscando con ello una mayor transparencia de la información en materia de contratación pública.

El contenido de los anuncios de adjudicación está inspirado en el art. 84 de la Directiva 2014/24/UE, y recoge también los contenidos que exige el art. 151 LCSP. Tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 20/2015, al incorporar los datos del informe del artículo 84 de la Directiva al anuncio de adjudicación, además de ser una posibilidad prevista expresamente, se convierte en un importante instrumento de transparencia que permitirá cumplir con las previsiones del artículo 16 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, en lo que se refiere a la información generada hasta el momento de la adjudicación del contrato.

En relación con la publicidad de la modificación de los contratos, introducida en la Ley 3/2011 ya en una reforma de la misma en 2012 (Ley 3/2012, 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), la principal novedad que se introduce es la obligación de hacerla en el plazo de 5 días naturales desde su aprobación. Hay que recordar que, frente a las «dudas» existentes conforme a la legislación anterior, la LCSP 2017 reconoce expresamente la posibilidad de plantear recurso especial en materia de contratación pública contra «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» (art. 44.2.d LCSP). Sin duda facilitará la posibilidad de interponer ese recurso el tener que hacerse públicas las alegaciones del contratista y 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.

Un aspecto novedoso —por cuanto no se contempla en la LCSP— son los «anuncios de ejecución», regulados en el art. 12 *quinquies* de la Ley 3/2011 e introducidos con ocasión de la reforma operada por la Ley de integridad y ética públicas, que se mantienen también en el articulado del proyecto de Ley de uso estratégico de los contratos públicos de Aragón. Se trata de auténticos anuncios «de rendición de cuentas», que permitirán valorar la eficiencia de la contratación pública al ofrecer información pública sobre el coste total y los plazos finales de ejecución del contrato, incluyendo sus modificaciones, prórrogas y ampliaciones, el cumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato o las medidas o los procedimientos iniciados en el supuesto de incumplimientos o ejecución defectuosa del contrato.

B) El caso de los contratos menores

La regulación de la adjudicación de los contratos menores fue objeto de otra intervención legislativa tras la publicación del anteproyecto de ley de

uso estratégico de la contratación pública en Aragón. El Gobierno de Aragón aprobó el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía que regula, como especialidad procedimental, la posibilidad de introducir un trámite de publicidad en la adjudicación de los contratos menores.

Las disposiciones contenidas en este Decreto-ley desarrollan las que se recogen en el artículo 118 de la Ley 9/2017, en relación con la tramitación de los expedientes de contratos menores. Lo que se hace es regular una tramitación con publicidad del procedimiento de contrato menor, con pleno respeto a los elementos definidores de dicho procedimiento, tales como la cuantía máxima de los contratos que pueden adjudicarse con arreglo al mismo, o los documentos que deben constar en el expediente. Siguiendo la lógica que manifestaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de que la incompatibilidad a la que se refiere el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, únicamente debe operar en los supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad o concurrencia, este Decreto-ley, concretando las especialidades que en la tramitación del contrato menor produce la existencia de publicidad y concurrencia, incluye entre ellas la posible adjudicación sucesiva de contratos menores al mismo contratista cuando la licitación del contrato menor sea objeto de publicidad en el perfil de contratante. Con esa publicidad de la licitación que caracterizará la tramitación de estos procedimientos de contrato menor quedan asegurados los principios de concurrencia, competencia, igualdad de trato a los licitadores y eficiencia en la utilización de los fondos públicos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley básica estatal en mucha mayor medida que con la posibilidad de adjudicación directa que permite el artículo 131.3 de la misma «a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación».

La opción diseñada por el Decreto-Ley parte de la idea de que la aplicación de la prohibición a que se refiere el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, en los supuestos en los que hay publicidad de la licitación y cualquier interesado puede concurrir a la misma, y en los que el contrato se adjudica a la mejor oferta, carecería de todo sentido y sería contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores. Podría suponer *de facto* una prohibición de contratar para quien presenta la mejor oferta en respuesta a un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el marco de un contrato de pequeña cuantía. Y sería absolutamente incoherente, si lo comparamos con el resto de procedimientos, abiertos o restringidos, caracterizados por esa misma publicidad que ahora se regula en relación con el procedimiento de contrato menor, y en los que no se dispone prohibición de contratar futura para quien resulte adjudicatario de los mismos.

Contrariamente a como algunos comentaristas han señalado, el Decreto-ley no crea un nuevo procedimiento de adjudicación para los contratos menores sino una especialidad en el marco de dicho procedimiento que regula la legislación básica estatal. La innovación autonómica sobre formas y procedimientos de adjudicación de los contratos ha sido descartada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 162/2009 y 237/2015, referidas precisamente sobre leyes aragonesas. Ahora bien, en esas mismas Sentencias, el Tribunal ya precisó que el legislador autonómico puede llevar a cabo «desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento», o establecer desarrollos normativos que prevean especialidades en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2015, FJ. 7). Y esa es justamente la labor que desempeña el desarrollo autonómico del procedimiento de adjudicación del contrato menor. En este sentido, el Decreto-ley añade un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para admitir expresamente que:

«...La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

Esta disposición del Decreto-ley, que obviamente se incorpora al proyecto de Ley, supone superar la novedad que se había introducido en fase de anteproyecto, donde se mantenía la obligación de promocionar la concurrencia solicitando tres ofertas para la adjudicación de contratos menores cuando éstos superasen una determinada cuantía, pero como novedad se había previsto la posibilidad de que dicha petición de ofertas fuese sustituida por la publicación de un anuncio de licitación en el perfil de contratante.

Tras la introducción de esta previsión, la adjudicación de los contratos menores presenta las siguientes posibilidades y efectos:

Contrato menor	Publicidad		Incompatibilidad 118.3 LCSP
Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación	NO	Sin promoción de concurrencia	Sí
	Sí, en perfil de contratante publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público		NO

C) Procedimiento negociado sin publicidad

El proyecto mantiene un precepto dedicado al procedimiento negociado sin publicidad. Este precepto es idéntico al apartado 4 del artículo 4 de la Ley 3/2011, introducido con ocasión de la modificación de la misma por la Ley 5/2017, de integridad y ética pública, gracias a la aceptación de una enmienda durante la tramitación parlamentaria presentada por el grupo parlamentario popular en las Cortes de Aragón.

«1. En los supuestos en que resulte aplicable el procedimiento negociado sin publicidad, podrá publicarse en el perfil del contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores.

2. Las ofertas que presenten los licitadores que no hayan sido invitados no podrán rechazarse exclusivamente por dicha circunstancia».

Hay que recordar que la principal novedad en relación con este procedimiento en la LCSP es la supresión del supuesto que habilitaba la utilización del mismo en función de la cuantía del mismo. Los supuestos en los que puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad aparecen recogidos ahora en el artículo 168 LCSP. A pesar de que en tales supuestos no es necesario publicar la licitación de los contratos, la norma aragonesa admite expresamente la posibilidad (no es obligatorio) de que se publique en el perfil de contratante un anuncio para fomentar la concurrencia. La publicación de dicho anuncio puede ser especialmente conveniente cuando se recurra al procedimiento negociado sin publicidad por que no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos (art. 168.a.2º LCSP). Debe tenerse en cuenta que, en tal supuesto, la LCSP indica que la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial, solo podrá alegarse para utilizar el procedimiento negociado sin publicidad 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. Esa falta de alternativa o sustituto razonable deberá

justificarse en el expediente de contratación y, en tal caso, la publicación de ese anuncio de licitación podría ratificar esa falta de competencia en caso de que nadie responda a ese anuncio o cuando las ofertas que se presenten no resulten satisfactorias.

En cambio, ese anuncio quizás pierda su sentido en otros supuestos. Por ejemplo, cuando se recurra al procedimiento negociado sin publicidad por no haberse presentado ofertas o solicitudes de participación en procedimientos abiertos o restringidos anteriores (donde ya hubo publicidad) (art. 168.a.1º LCSP), o cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado (art. 168.a.3º LCSP), en los casos de imperiosa urgencia (art. 168.b.1º LCSP), cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes (art. 168.c.2º LCSP), en los contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista (art. 168.e LCSP), o en los contratos de servicios, además, en el supuesto de que el contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso de proyectos y, con arreglo a las normas aplicables deba adjudicarse al ganador (art. 168.d LCSP).

Por otra parte, la admisibilidad de las ofertas que se presenten por licitadores no invitados a participar en dicho procedimientos «sin publicidad» refleja un criterio comúnmente aceptado desde que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 33/09, de 1 de febrero de 2010, estableció que la invitación a los licitadores «se trata de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a éste para que la licitación pueda ser conocida por los interesados». En consecuencia, si por parte de licitadores no invitados se presentaran ofertas, el órgano de contratación debe aceptarlas. Obviamente, esas solicitudes de participación u ofertas deberán llegar a conocimiento del órgano de contratación antes de que finalice el plazo conferido para la presentación de las mismas a los licitadores invitados.

5. Especialidades procedimentales

El proyecto de ley de uso estratégico de los contratos públicos recoge una serie de especialidades procedimentales a tener en cuenta en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos.

En la preparación de los contratos se dispone un contenido mínimo para los pliegos de cláusulas administrativas particulares, poniendo especial atención al diseño de la fase de ejecución del contrato, ya que los pliegos deberán incluir necesariamente tanto un cuadro de incumplimientos que den lugar a la imposición de penalidades leves, graves y muy graves, adaptado a los requerimientos de la ejecución del contrato, como las penalidades que correspondan a dichos incumplimientos y las que resulten de aplicación para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los compromisos adquiridos por la aplicación de los criterios de adjudicación que hayan sido objeto de valoración. También resulta novedosa la previsión de unas penalidades que resultarán de aplicación subsidiaria, para el caso de que el pliego no haya previsto ninguna, con las siguientes cuantías:

- a) Por cada incumplimiento muy grave: hasta el 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.
- b) Por cada incumplimiento grave: hasta el 6 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.
- c) Por cada incumplimiento leve: hasta el 3 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.

Otra importante novedad es la que, en la fase de adjudicación, se prevé en relación con los contratos de servicios a las personas a los que, en parte, se refiere el Anexo IV LCSP. La Directiva 2014/24/UE, en su versión definitiva, enuncia *ex novo* el concepto de «servicios a las personas» en su Considerando 114, pero dicho concepto no tiene traslado luego al articulado. Cuando los artículos 74 y siguientes aluden a un régimen específico para estos contratos se refieren a ellos como de «Servicios sociales y otros servicios específicos». Además, la concreta determinación de los contratos de servicios a los que se aplican los arts. 74 y siguientes de la Directiva requiere la consulta del Anexo número XIV. Es en dicho Anexo donde se enumeran cuáles han de ser esos servicios, entre los cuales aparecen mezclados servicios sociales, otros servicios a las personas como educativos y sanitarios, pero también otras tipologías de contratos de servicios que no tienen como destinatarios a las personas. Los «servicios a las personas» presentan características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias

administrativas, organizativas y culturales. Por lo tanto, se consideró que los Estados miembros debían disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios sociales y de salud (46).

La norma proyectada habilita expresamente a los órganos de contratación que deban adjudicar contratos de servicios a las personas para que puedan establecer un sistema de valoración de las proposiciones que no tome en consideración el precio, de manera que para la adjudicación se valoren criterios distintos del mismo (47). Además, en ningún caso podrá adjudicarse contratos de servicios a las personas tomando en consideración el precio como único criterio de adjudicación.

En el Proyecto de Ley se ha mantenido una regulación propia de los criterios que hayan de tenerse en cuenta en casos de empate de las valoraciones. Dichos criterios ya estaban presentes en la Ley 3/2011, por eso llama la atención que la regulación que ha introducido *ex novo* la LCSP sobre este aspecto se haya considerado básica (48). La propuesta autonómica se separa

(46) Sobre la regulación de este tipo de contratos puede verse mi colaboración «La contratación de los servicios a las personas» (2018).

(47) MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2018:1554) se manifiesta contraria a la competencia autonómica para regular el procedimiento para la adjudicación de contratos de servicios a las personas: «la materia es básica, dado que se refiere a los procedimientos de contratación, a lo que se suma que la LCSP 2017 no los excluye realmente de su ámbito de aplicación. Es decir, aunque las Comunidades Autónomas tengan competencia en materia de servicios sociales, ello no les ampara para hacer una regulación distinta en cuanto a la tipología y los procedimientos a los que se refiere la normativa de contratos del sector público». Una opinión diferente es la que sostiene GIMENO FELLÚ (2016), para quien «...el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se puedan excepcionar de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de sea colaboración. En todo caso esta posibilidad, con los límites descritos, exige una norma legal (dentro del marco competencial español, de las Comunidades Autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos «perversos»». Polémicas aparte, la regulación que proyecta la Ley de uso estratégico no se refiere a tipologías contractuales o procedimientos, sino únicamente a la cuestión de los criterios de adjudicación, con los que las posibles dudas competenciales quedan completamente despejadas.

(48) TEJEDOR BIELSA (2018.a) se ha mostrado muy crítico con tal opción. Así, en relación con lo que ahora dispone el art. 147 LCSP manifiesta dicho autor que «Lo que este precepto expresa con meridiana claridad son los excesos derivados de la sobrerregulación en que incurre la LCSP. Así ocurre al menos desde tres puntos de vista. Lo hace, en primer lugar, al ponerse de manifiesto el exceso competencial que hace que el legislador estatal pretenda empoderar a los órganos de contratación por encima de lo que pudieran establecer los legisladores autonómicos con competencias de desarrollo legislativo y ejecución (como hizo en su día el legislador aragonés al regular los criterios de desempate en el artículo 12 de

del art. 147 LCSP por ser la determinación de qué comportamientos primar en caso de empate de ofertas una decisión vinculada a las políticas propias que la Comunidad Autónoma quiera promover y que no afecta, en modo alguno, a los principios generales de la contratación pública que son (su conexión con ellos) los que determinan el carácter materialmente básico de una disposición.

En este sentido, los criterios de desempate que resultarán de aplicación serán, en primer lugar, los que se hubieran previsto en el pliego. Para el caso en que no se hubieran previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados el empate persistiera, este se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un mayor porcentaje de empleo femenino; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100 o, en última instancia, a través de un sorteo. La novedad en este punto reside en una mejor definición del criterio de desempate relativo a «buenas prácticas en materia de igualdad de género» que aparece en la Ley 3/2011, sustituyéndolo por el más concreto de «porcentaje de empleo femenino», adelantando además su consideración por delante del criterio de temporalidad del empleo.

Los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición son una técnica de racionalización de la contratación pública de uso extendido en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los que pueden adherirse también las Entidades Locales que lo deseen. Para una mayor eficiencia procedimental de los contratos derivados de esos acuerdos marco y sistemas dinámico de adquisición se regulan una serie de especialidades procedimentales aplicables a los mismos, consistentes en la innecesidad de su formalización, de manera que queden perfeccionados con la adjudicación («salvo que el pliego de cláusulas administrativas establezca la necesidad de dicho trámite, o previsiones específicas sobre la forma de dejar constancia de la voluntad de las partes»), así como la publicación agrupada de su adjudicación en el perfil de contratante con carácter trimestral para garantizar la transparencia de estos procedimientos.

la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). No contento con tal exclusión de cualquier margen de desarrollo al legislador autonómico, el legislador estatal acota estrechamente el margen de maniobra que otorga a los órganos de contratación, de cualquier poder adjudicador, propio o ajeno. Y finalmente, para cerrar el círculo y negar cualquier virtualidad a la legislación autonómica, establece la norma supletoria de los pliegos cuando los órganos de contratación no establezcan en ellos los criterios de desempate. El legislador autonómico, por muy competente que sea, queda así en la más absoluta irrelevancia».

Por cuanto respecta a la fase de ejecución del contrato, se admite de manera directa, sin necesidad de que lo prevea el pliego de cláusulas administrativas particulares, la posibilidad de constitución de la garantía definitiva de los contratos mediante la fórmula de retención en el precio, contemplando asimismo una opción mixta, que combine la constitución de una parte de la garantía mediante las fórmulas tradicionales, y otra parte, mediante esta retención del precio. De esta manera se espera reducir los costes asociados a la constitución de garantías que soportan los contratistas. En cuanto a la forma de constituir esas garantías mediante la fórmula de retención en el precio, la norma explica cómo debe operarse: el órgano de contratación retendrá en el momento del primer pago las cantidades necesarias para la constitución de la garantía definitiva o, de no ser posible por ser su importe insuficiente, de los sucesivos hasta completarla. No obstante, se permite que el pliego especifique otras condiciones en cuanto a la retención, por ejemplo, disponiendo una retención equivalente al 5 por ciento del precio (o el porcentaje que corresponda) en cada uno de los pagos periódicos que deban realizarse al contratista, de modo que la garantía definitiva se vaya constituyendo de manera sucesiva.

Finalmente, el Proyecto de Ley contempla la posibilidad de acumulación de procedimientos de resolución de contratos e imposición de prohibiciones de contratar, cuando la misma pueda deducirse de la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato. Esta acumulación de trámites permitirá una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos de prohibición de contratar, especialmente en los supuestos a los que se refiere el art. 61.2 c y d LCSP, relativos a «haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios» y «haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato...», respectivamente. Además, se prevé la consecuencia que tendrá esa acumulación en el supuesto de que el procedimiento de resolución del contrato se simultanee con la licitación de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto. En tal caso, la adjudicación de éste quedará condicionada a la previa resolución de aquél, desplegando sus efectos sobre la nueva adjudicación la prohibición de contratar que se hubiese declarado en el procedimiento de resolución anterior.

6. Una norma orientada hacia el uso estratégico de la contratación pública

Las últimas reformas legislativas en materia de contratación pública, tanto a escala europea como nacional, tienen como objetivos los de incrementar la eficiencia del gasto público en la contratación pública y el de permitir que las entidades contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. La normativa autonómica aragonesa no puede ser ajena a dichos objetivos y consideraciones, y debe alinearse con los mismos, para utilizar los contratos públicos de forma estratégica y también eficiente, y orientarlos hacia los objetivos mencionados.

Es precisamente por ello que el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón, además de incorporar esa visión estratégica en el propio título de la norma, manifiesta expresamente que «los contratos públicos deberán ser utilizados de forma estratégica para la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, así como para promover la innovación empresarial». Se parte pues de una concepción instrumental de la contratación pública que se entiende ya asentada en la práctica, y para la que legislación de contratos estatal y autonómica contribuye con diversos instrumentos.

En este punto, el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón no sustituye sino que complementa y desarrolla las disposiciones incluidas en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. Tal y como recoge la Exposición de Motivos, «la legislación básica estatal constituye el suelo sobre el que edificar el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de contratación pública». Y por eso las medidas previstas en el Capítulo VI del Proyecto de Ley, dedicado al uso estratégico de la contratación pública, se superponen y amplían el alcance de las previstas en la LCSP para la protección de los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos públicos, la reserva de contratos, así como al fomento de la participación y protección de las pequeñas y medianas empresas.

Así, en primer lugar, se establece una protección especial para los trabajadores de las empresas adjudicatarias y subcontratistas debido al establecimiento de una cláusula «de indemnidad salarial», de aplicación general, según la cual, mientras dure la ejecución del contrato y sus eventuales prórrogas, se mantendrán las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, especialmente en cuanto a salario y duración de la jornada (con respeto al convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la adjudicación del contrato), de modo y manera que no puedan empeorar. La idea que inspira esta medida es muy sencilla: los costes laborales son un elemento expresamente contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas. Pues bien, lo que se pretende es asegurar que esos costes

no se disminuyan mediante el empeoramiento de las condiciones laborales, una vez que el licitador resulta adjudicatario del contrato. La medida prevé expresamente que esa «indemnidad» habrá de mantenerse incluso cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la adjudicación del contrato pierda su vigencia en el período de ejecución del contrato y en tanto no entre en vigor uno nuevo que lo sustituya. El mismo compromiso de mantenimiento de las condiciones de trabajo deberán aportar las empresas subcontratistas, siendo responsabilidad del contratista principal asegurar su cumplimiento frente al poder adjudicador. El incumplimiento de dicha obligación habilitará a la entidad contratante para la imposición de penalidades o incluso para la resolución del contrato o subcontrato. Además, se habilita a los órganos de contratación para controlar el pago efectivo de los salarios a los trabajadores, de la misma manera que la LCSP prevé la posibilidad de controlar los pagos a subcontratistas y proveedores.

En relación con las reservas sociales de contratos, materia en la que fue pionera la Ley 3/2011 en su momento, la norma aragonesa se alinea con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de contratos del sector público en lo que se refiere a ámbito subjetivo, porcentaje de reservas y base para el cálculo de las mismas. En este sentido, podrán resultar beneficiarios de las reservas, con independencia de la cuantía del contrato, los centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción regulados, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. El porcentaje de las reservas de contratos se calculará, siguiendo en este punto también lo dispuesto en Ley 9/2017, de contratos del sector público, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la citada Ley 9/2017 celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva. No obstante, las reservas podrán proyectarse sobre suministros y servicios de objeto diferente a los que se recogen en el anexo VI LCSP, al igual que sobre contratos de obras, y podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo, desapareciendo los límites que contemplaba la Ley 3/2011.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón y de los poderes adjudicadores vinculados a la misma, el porcentaje mínimo de reserva ya no quedará deferido a lo que disponga anualmente la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que queda establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley en el 7 por ciento para 2018 y 2019, que se incrementará un punto porcentual cada año, hasta alcanzar un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley.

Por otra parte, se arbitran importantes medidas para promover la participación de las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos, habida cuenta del potencial de las mismas para la creación de empleo, el crecimiento o la vertebración del territorio. En este sentido, se arbitran dos importantes medidas. En primer lugar, y teniendo en cuenta que la mayor parte de las PYMES y autónomos acceden a la contratación pública generalmente —aunque no exclusivamente— como subcontratistas o proveedores, la norma proyectada prevé la posibilidad de pago directo por las entidades contratantes a los subcontratistas y proveedores del contratista principal, siempre y cuando cuenten con el consentimiento de éste. La admisión de tal posibilidad de pago directo desde la Ley convertirá en innecesaria la previsión de la posibilidad de pago directo en los pliegos como condición para su admisibilidad, tal y como dispone la Disposición adicional quincuagésima primera LCSP. El requisito que establece la norma aragonesa de contar con el consentimiento del contratista principal no supone en modo alguno limitar esta posibilidad de pago directo a subcontratistas y proveedores, pues para incentivar la prestación de dicho consentimiento los órganos de contratación pueden configurarlo en la licitación bien como criterio de adjudicación, bien como condición especial de ejecución. Para articular esta medida, la norma prevé un desarrollo reglamentario en el que se establezcan tanto el procedimiento que haya de seguirse como la documentación que deba aportarse a la entidad contratante para hacer efectivo el pago directo al subcontratista o proveedor.

Por otro lado, como medida específica orientada a facilitar el acceso de PYMES y trabajadores autónomos a los contratos públicos superando la condición de subcontratistas, el art. 35 del Proyecto de Ley regula la expedición de los certificados de correcta ejecución que se utilizan posteriormente como indicador de solvencia técnica en los contratos de obras, suministros y servicios (arts. 88.1.a, 89.1.a y 90.1.a LCSP). Las novedades de la norma autonómica residen, en primer lugar, en otorgar esos certificados de correcta ejecución no solo al contratista principal, como sucede ahora, sino también a los subcontratistas o proveedores del mismo, en relación con las tareas que hayan asumido respecto del objeto del contrato. Así, los subcontratistas y proveedores podrán solicitar del contratista principal un certificado que refleje el alcance técnico y económico de su participación en un contrato de obras, servicios y suministros, o en una concesión y presentarlo para su validación a la Administración contratante, de cara a utilizarlo posteriormente para acreditar la solvencia técnica en los procedimientos de adjudicación en los que participe dicho subcontratista o proveedor. Pero además, en segundo lugar, los certificados de correcta ejecución que se expidan al contratista principal por parte de los órganos de contratación recogerán el porcentaje de subcontratación efectuada en la ejecución del contrato al que se refieran, porcentaje que deberá declarar responsablemente el contratista en su solicitud de certificado.

7. Medidas para garantizar la integridad en la contratación pública

El Proyecto de Ley mantiene las disposiciones sobre integridad de la contratación pública y causas de exclusión que fueron introducidas con ocasión de la reforma operada en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público con ocasión de la Ley 5/2017, de integridad y ética públicas. Aparecen ahora recogidas en los capítulos VII y VIII las disposiciones relativas a conflictos de intereses, protocolos de legalidad para los licitadores, la regulación de los procedimientos de declaración de prohibición de contratar o las medidas de cumplimiento voluntario que permitirían a un licitador superar una situación de prohibición de contratar en la que, eventualmente, pudiera encontrarse.

8. Gobernanza de la contratación pública

El último Capítulo del Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón se dedica a la Gobernanza de la contratación pública, de manera idéntica a lo que sucede en la Directiva 2014/14/UE (49). El sistema de gobernanza de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón ha experimentado en la última legislatura algunos cambios de calado hasta conformar un entramado institucional conformado por un órgano de naturaleza consultiva, la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, un órgano con funciones de supervisión, que serán asumidas, cuando se constituya, por la Agencia de Integridad y Ética Públicas creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, aunque de manera transitoria, la aprobación del informe de supervisión de la contratación pública será asumida por la Junta de Contratación Pública, y unos órganos de control, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón así como otros órganos de recurso especial que pueden crearse —por así haberlo decidido el legislador estatal— en las Diputaciones Provinciales y en los municipios de gran población de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón fue creada en el año 2006. A lo largo de estos casi 12 años han pasado por ella destacados profesionales en representación de los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales, la Universidad de Zaragoza, los Servicios Jurídicos y la Intervención General de la Comunidad Autónoma, así como de las asociaciones empre-

(49) Para un mayor detalle, ver en esta misma obra el trabajo de SALDAÑA TORRES (2018). Una descripción del sistema de gobernanza diseñado por la LCSP la encontramos en el trabajo, también en esta obra, de TEJEDOR BIELSA (2018.b).

sariales más representativas. Con unos mandatos previstos en el Decreto 81/2006, de 4 de abril, de cuatro años, lo cierto es que hasta esta legislación, ha habido una rotación muy limitada entre sus miembros, algunos de los cuales han llegado a permanecer en la misma hasta 11 años seguidos. En esta legislatura se ha renovado a todos los miembros de la Junta, dando oportunidad a otros profesionales de continuar con el legado intelectual de las Juntas anteriores, tan respetado y considerado en el resto de España. Ese «rejuvenecimiento» de la Junta forma parte de una estrategia para que, en el futuro, con la experiencia que van adquiriendo los miembros de la Junta, existan profesionales que cumplan con los requisitos que se exigen para formar parte de otros órganos que completan el sistema de gobernanza de la contratación pública, y en particular, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACPA) (50).

Las novedades que introduce el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón en relación con este órgano de asesoramiento y coordinación son principalmente dos. La primera es el reconocimiento a nivel legal de la existencia de este órgano (artículo 43 del Proyecto de ley) cuando, hasta ahora, su engarce en el sistema organizativo partía de su regulación en el Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó su Reglamento de organización y funcionamiento. La segunda afecta a su denominación, que cambia por la de «Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón» en la línea con el experimentado por su homóloga estatal, que ahora se denomina «Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado» de conformidad con el art. 328 LCSP. Este cambio de denominación tendrá también consecuencias inmediatas que bien apuntaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma en su informe 14/2018, de 13 de junio, sobre el anteproyecto de Ley: «sus competencias se ceñirán únicamente a los contratos públicos de obras, servicios y suministros, esto es, la «contratación pública», concepto similar aunque no coincidente con el de «contratación administrativa» y que excluye del ámbito competencial de la Junta, entre otras cosas, la contratación patrimonial, que es administrativa en el sentido de realizarse por administraciones públicas, pero no «pública» en el sentido de «sometida a la legislación de contratos del sector público».

Sobre el TACPA, creado en 2011, se trata de un órgano colegiado especializado que goza de plena independencia funcional en el ejercicio de

(50) La Junta Consultiva ha sido una excelente cantera de especialistas en materia de contratación pública. De hecho, los primeros vocales del TACPA fueron seleccionados interinamente de entre los miembros de la Junta Consultiva, y desempeñaron sus cargos en régimen de compatibilidad con los puestos que ocupaban en el Gobierno de Aragón y en otras Administraciones aragonesas hasta 2018.

sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación (51). La situación derivada de la aprobación de la Ley 5/2017, de Integridad y Ética Pública (se bajaron los umbrales de los contratos sujetos al recurso especial para establecerse en los 100.000 euros en el caso de contratos de obras y en los 60.000 euros en los contratos de servicios y suministros) motivó que los miembros del TACPA pasaran a un régimen de dedicación exclusiva, y para ello hubo de modificarse la Ley 3/2011, a través del Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

La principal novedad que incorpora el Proyecto de Ley en relación con los órganos de recurso es la regulación de órganos de recurso especial en el ámbito local. Tal posibilidad se admite expresamente ahora en el art. 46.4 LCSP para 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 cuyo territorio forme parte de la Comunidad Autónoma de Aragón (52). La regulación de estos órganos de recurso especial en el ámbito local persigue el mantenimiento de las mismas garantías de colegialidad, independencia y especialización que se predicán del órgano autonómico, cuya jurisdicción alcanzará al resto de entidades locales (art. 50.2). No obstante, en tanto los municipios de gran población y de las Diputaciones provinciales de Aragón no hayan constituido sus propios órganos de recurso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón será el competente para conocer de los recursos especiales en materia de contratación en relación con los contratos de dichas entidades.

El sistema de gobernanza se completará en el futuro con la atribución de las funciones de supervisión de la contratación pública que están previstas en las Directivas europeas y en la normativa estatal y autonómica en la materia. En el Proyecto de ley de organización y uso estratégico de la contratación

(51) Un documento que recopila la doctrina establecida por el TACPA en el período 2011-2017 se encuentra accesibles desde http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_home/Memoria_TACPA_Balance_2011_2017.pdf.

(52) Tal posibilidad trae causa de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo Mixto en el Congreso durante la tramitación de la LCSP. La doctrina ha «arremetido» duramente contra dicha opción. Según J.M. GIMENO FELLÚ (2018.b:289) «la proliferación de “tribunales administrativos” quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con “auctoritas”»; M.J. SANTIAGO FERNÁNDEZ (2018:869) cuestión que enarbolando la bandera de la autonomía local puedan orillarse las garantías de independencia y especialización que exige la Directiva de recursos, y también en esta misma obra, E. RÍOS MARÍN participa de dichas críticas por la posibilidad de merma de la independencia de los miembros de dichos órganos en este ámbito local. La complejidad del precepto que prevé la creación de estos órganos de recurso locales ha llevado a J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS a solicitar su supresión al legislador «a la primera oportunidad que tenga» (2018:637).

pública se ha previsto que esas funciones de supervisión de la contratación las realice la Agencia de Integridad y Ética Pública, creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, una vez que estas Cortes de Aragón tomen la decisión de constituirla, de modo que sea un órgano absolutamente independiente el que ejerza esa supervisión sobre la actuación contractual del Gobierno de Aragón. De manera transitoria (Cfr. Disposición transitoria cuarta del Proyecto de Ley), la aprobación del informe de supervisión de la contratación pública será asumida por la Junta de Contratación Pública, mientras que la elaboración de dicho informe es tarea que corresponde a la Oficina de Contratación Pública dependiente de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.d del Decreto 311/2015, de 1 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, tras su modificación por el Decreto 90/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón. En efecto, dicho precepto atribuye a la Oficina «la elaboración del Informe de supervisión a que se refiere la normativa sobre contratación pública». Y una vez elaborado, será remitido a la Junta de Contratación Pública para su aprobación.

Junto a la estructura descrita, el sistema de gobernanza de la contratación ha de tener en cuenta también a los propios órganos de contratación, que son los establecidos en la Ley autonómica de contratos públicos, la normativa sobre régimen local, y en las normas de creación de las entidades dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón y de las Entidades Locales que, a efectos de su contratación, tengan la consideración de poderes adjudicadores. En la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, el sistema de gobernanza parte, como decimos, de las competencias que se reconocen a los órganos de contratación, y se completa, en un primer nivel, con las atribuidas a la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización del Departamento de Hacienda, que las ejerce auxiliado de la Oficina de Contratación Pública, operativa desde principios de 2018, y el Servicio de Contratación Centralizada, encargado de racionalizar las adquisiciones que obedecen a necesidades comunes a toda la estructura de la Comunidad Autónoma (53). Junto a esos órganos, en febrero de 2017, se creó el Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, un órgano de naturaleza participativa y composición plural que ya se ha constituido y empezado a trabajar. De hecho,

(53) Desde estos órganos se proporciona orientación a los órganos de contratación sobre la aplicación de la normativa en materia de contratación, se acompaña a los órganos de contratación en el proceso de transformación digital para hacer realidad la contratación pública electrónica. El trabajo de estos órganos ha sido reconocido a nivel nacional, por ejemplo, con la concesión del premio a la mejor iniciativa en compra pública de innovación en el Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos del año 2017.

ya ha emitido sus primeras Recomendaciones dirigidas al Gobierno de Aragón, y sus consideraciones se han tenido en cuenta para elaborar el Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón.

Por último, como parte del sistema de gobernanza aunque elevado a la categoría de «principio general», hay que mencionar también el decidido reconocimiento al fundamental papel de los licitadores en los contratos públicos, y la necesidad de ayudarles a participar en los procedimientos de adjudicación. En efecto, el apartado tercero del artículo tres del proyecto de Ley señala que «Las entidades contratantes proporcionarán orientación y ayuda a los licitadores que lo precisen para la participación en los procedimientos de adjudicación que promuevan», previsión que engarza con una disposición europea (cuya transposición omite la LCSP) recogida en el art. 83.4.a de la Directiva 2014/24/UE. En aplicación de las citadas disposiciones, autonómica y europea, las entidades contratantes de Aragón deberán orientar a los licitadores/operadores económicos, en especial las PYME, sobre la interpretación y aplicación de la legislación en materia de contratación pública para facilitar en la medida de lo posible, y sin quiebra del principio de igualdad de trato, su participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

9. Contratación pública electrónica y «distribuida»

El contenido de la disposición adicional cuarta, titulada «Utilización de registros distribuidos» también merece un análisis detallado. A través de la misma se valida la utilización en el ámbito de la contratación pública de los sistemas electrónicos de registro distribuido, definidos en la propia disposición (apartado 3) como «aquellos que permitan el almacenamiento de la información, o su representación digital mediante huella electrónica, de manera permanente, simultánea y sucesiva en una base de datos distribuida, de manera que quede garantizada la inmutabilidad de dicha información y se permita la auditoría de su integridad».

Los sistemas de registro distribuido, siendo *blockchain* uno de ellos, se encuentran en plena fase desarrollo. Nacidos al calor del registro de las transacciones de criptomonedas, en la actualidad se están analizando casos de uso en el ámbito de la actuación administrativa, siendo la contratación pública un espacio en el que ya pueden encontrarse algunas pruebas de concepto. Así, EJE, la sociedad informática del País Vasco, licitó en el mes de octubre de 2017 la construcción de una aplicación para la consulta de los datos de su Registro de Contratistas utilizando tecnología *blockchain* (54). Y también

(54) Para más información, consultar el pliego de la licitación en http://www.ejie.eus/y79-contgen/es/contenidos/anuncio_contratacion/exp74j28258/es_doc/es_arch_expx74j28258.html

el Gobierno de Aragón, a través de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, ultima la licitación de un servicio de registro distribuido de ofertas para contratos públicos que permita *a posteriori* su evaluación automatizada (55). Dicho sistema se utilizaría inicialmente en la tipología de procedimiento a que se refiere el artículo 159.6 LCSP (Procedimiento abierto simplificado, modalidad «abreviada»), caracterizado esencialmente por las siguientes circunstancias:

- La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
- La valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.
- Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas.

La «idea base» sobre la que articular el servicio de registro distribuido de ofertas es la siguiente: En el marco de un procedimiento abierto simplificado de los que se refiere el art. 159.6 LCSP (modalidad «abreviada»), se solicitaría a los licitadores la confección de su oferta en formato electrónico siguiendo un modelo normalizado y facilitado junto al pliego de cláusulas administrativas particulares que haya de regir la licitación. El licitador se identificará en el sistema que, a través de un servicio web, calculará la huella electrónica (*hash*) de la oferta del licitador (56), la presentará al sistema antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas (57), y la enviará para su registro en una red de registro distribuido. Una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, los licitadores deberán enviar su oferta en formato electrónico. El sistema, tras volver a calcular la huella electrónica de la oferta, comprobará su coincidencia con la registrada previamente en la red de registro distribuido.

(55) En marzo de 2018 se publicó un anuncio de información previa con la intención de anticipar al mercado la idea y dar a los licitadores tiempo suficiente para prepararse para la licitación. El anuncio de información previa se encuentra disponible desde https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=vHxN5hiTzakQK2TEfXGy%2BA%3D%3D

(56) Se entiende por «huella electrónica de la oferta» el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de ésta garantizando su integridad.

(57) Dicha opción resulta jurídicamente viable al amparo de lo dispuesto en la Disposición adicional decimosexta LCSP (apartado 1.h).

En caso de darse esa coincidencia, la oferta sería admitida a la licitación y se procedería a su valoración. Posteriormente, las actuaciones administrativas consistentes en la valoración de las ofertas (puesto que en el procedimiento previsto en el art. 159.6 LCSP se utilizan únicamente criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas) y el enunciado de la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, podrían realizarse de manera automatizada (a través de *smart contracts*) (58).

Las experiencias descritas tienen suficiente cobertura jurídica en la LCSP y en la normativa sobre régimen jurídico del sector público. Sin embargo, otros posibles casos de uso de la tecnología de registro distribuido en general, y de *blockchain* en particular, en el ámbito de la contratación pública, requieren de un reconocimiento más explícito. Esa insuficiencia es la que pretende colmarse al reconocerse expresamente en la disposición adicional cuarta del proyecto de ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón, al habilitar con carácter general la posibilidad de utilizar estas tecnologías incipientes «en cualquier expediente, procedimiento o registro de contratación pública de cualquier clase» (apartado uno) y reconocer la validez legal de los trámites o procesos que, utilizando los llamados *smart contracts* o *code chains*, se lleven a cabo de manera automatizada en el seno de procedimientos de contratación pública de cualquier clase (apartado dos). Con ello se abriría la puerta a explorar otros casos de uso de la tecnología *blockchain* en el ámbito de la contratación pública, tales como la acreditación de la solvencia (sería un atributo de la identidad digital del empresario), la automatización de los pagos a los contratistas o el mejor control de la ejecución de los contratos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN GÓMEZ, Ana Isabel (2010): «Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos», en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M.A. BERNAL BLAY (Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, págs. 131 y ss.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2018): «La contratación de los servicios a las personas» en GAMERO CASADO, E. y GALLEGRO CÓRCOLES, I. (Dirs.): *Tratado de Contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2841-2874.

(58) Por «actuación administrativa automatizada» se entiende, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

- BLANCO LÓPEZ, F. (2016): «Cataluña se independiza en contratación pública», publicado en Tribuna del Observatorio de Contratación Pública el 27.06.2016, y accesible desde <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.248/relcategoria.208/chk.534497dc10040f482254493c27a3c2d4>
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2018): «¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores» en J.C. TEJEDOR BIELSA y M.A. BERNAL BLAY (Dir.), *La Ley de contratos del sector público*, Monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2016): «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable: mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», publicado en la Tribuna del Observatorio de la contratación pública (www.obcp.es) el 9 de febrero de 2016, y accesible desde <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.c14cc17589109ad49de2f2c7b93b1146>.
- (2018.a): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pp. 47-132.
 - (2018.b): «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 240-318.
- LAZO VITORIA, X. (2016): «La figura del «concierto social» tras las Directivas europeas de contratación pública», publicado en Tribuna del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es) el 7.11.2016, y accesible desde <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/chk.8a6aff1570d54bca8a49d120e58dc58c>.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2018): «El contrato de servicios», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pp. 1537-1564.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José (2018): «El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pp. 599-638.
- RÍOS MARÍN, E. (2018): «Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la Ley de contratos del Sector Público», en J.C. TEJEDOR BIELSA y M.A. BERNAL BLAY (Dir.), *La Ley de contratos del sector público*, Monográfico de esta REVISTA, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza.

- SALDAÑA TORRES, M. (2018): «El sistema de gobernanza de la contratación pública en Aragón», en J.C. TEJEDOR BIELSA y M.A. BERNAL BLAY (Dir.), *La Ley de contratos del sector público*, Monográfico de esta REVISTA, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza.
- SANMARTÍN MORA A. (2010): «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en *Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: Políticas Públicas ante el nuevo marco estatutario*, Gobierno de Aragón, pp. 405-428.
- (2018): «Estructura sistemática y distribución competencial», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, pp. 203-232.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José (2018): «Recurso especial en materia de contratación», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.), *Tratado de Contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 835-895.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2018.a): «Criterios de desempate... por si se produce un empate... entre dos o más ofertas... ¿Europa como excusa?», publicado en el blog de espublico (www.administracionpublica.com) el 10 de enero de 2018, accesible desde <https://www.administracionpublica.com/criterios-de-desempate-por-si-se-produce-un-empate-entre-dos-o-mas-ofertas-europa-como-excusa/>.
- (2018.b): «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva ley de contratos del sector público», en J.C. TEJEDOR BIELSA y M.A. BERNAL BLAY (Dir.), *La Ley de contratos del sector público*, Monográfico de esta REVISTA, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza.

LA DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS ANTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

FRANCISCO BLANCO LÓPEZ

SUMARIO: I LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA DIRECTIVA 24/2014.– II LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE.– III CONSIDERACIONES LABORALES SOBRE LAS PERSONAS QUE EJECUTARÁN EL CONTRATO PÚBLICO: 1. Definición interna del presupuesto base de licitación. 2 Selección de la mejor oferta. 3. Condiciones de ejecución del contrato.– IV. DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS: 1. Doctrina general. 2. La doctrina de los tribunales en materia de adecuación del presupuesto base de licitación a los costes laborales. 3. La doctrina de los tribunales en materia de vinculación de la contratación pública con los convenios laborales. 4. La doctrina de los tribunales en materia de consideraciones relativas a la estabilidad laboral. 5. La doctrina de los tribunales en materia de criterio de adjudicación de oferta de contratación de personas en paro o situación de exclusión social. 6. La doctrina de los tribunales en materia de criterios de adjudicación sobre mejora de las retribuciones salariales de las personas que ejecutan el contrato público. 7. La doctrina de los tribunales en materia de cláusulas sociales como condiciones de ejecución.– V CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Esta colaboración analiza la necesidad de una nueva doctrina de los tribunales administrativos de recursos ante la nueva ley 9/2017 de contratos públicos que impulsa la compra pública sostenible y la selección de la empresa contratista que acredite responsabilidad social.

Palabras clave: Tribunales administrativos de recursos y contratación pública estratégica; criterios sociales.

Abstract: This collaboration analyzes the need for a new doctrine of the administrative appeals tribunals before the new law 9/2017 of public contracts that promotes the sustainable public purchase and the selection of the contractor company with measures of social responsibility.

Key words: Tribunales administrativos de recursos y contratación pública estratégica; criterios sociales.

I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA DIRECTIVA 24/2014

La directiva 24/2014 de contratación pública es una herramienta instrumental en la consecución y funcionamiento del mercado único europeo. Así lo afirma el propio considerando 1 al recordar que cualquier contrato público en un Estado miembro, sea cual fuere su valor económico, debe respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

La existencia y razón de ser del mercado único europeo debe contextualizarse en el marco del sistema económico mundial a partir de la segunda guerra mundial que ha visto la consolidación de los Estados Unidos y, posteriormente, de China como dos centros mundiales de poder económico que establecen condiciones dominantes en las relaciones económicas de producción y distribución. El mercado europeo intenta denodadamente destacar signos de diferenciación que le permitan encontrar un espacio comercial propio y en ese significado deben destacarse determinadas orientaciones internas como, ya a punto de agotar su espacio temporal de regulación, la «Comunicación de la Comisión «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Aprobada tras la crisis sufrida a partir de 2008 en el sistema económico y financiero occidental, en la Comunicación se llama a reimpulsar el Mercado Único como un sistema de economía inteligente, sostenible e integradora con altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social.

Esta orientación general se materializa en la actividad de la contratación pública en el artículo 18.2 (1) y anexo X de la directiva 24/2014 de contratación pública que exigen a los operadores económicos el cumplimiento del ordenamiento vigente, nacional e internacional, en materia social. El artículo 57.4.a) de la directiva declara que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 es causa de exclusión de un licitador. El artículo 69.3 determina que una oferta anormalmente baja podrá ser rechazada si incumple lo establecido en este artículo 18.2.

(1) El apartado 2 del artículo 18 reza así: «Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X». Efectivamente, dicho anexo X detalla diferentes convenios de la Organización Internacional del Trabajo reguladores de actividades laborales y sociales. Los considerandos 37 a 40 de la directiva 24/2014 explicitan con mayor detalle el objetivo del artículo 18.2 y hacen mención expresa al cumplimiento de los convenios laborales de aplicación en el lugar de ejecución del contrato público (considerando 39).

A partir de ese mínimo de exigencia de cumplimiento de la normativa internacional y nacional en materia social, la directiva 24/2014 habilita la incorporación de otras consideraciones sociales en todo el ciclo contractual: se potencia la contratación reservada a empresas sociales ampliando sus posibilidades en el campo de determinados servicios sanitarios, sociales y culturales (artículo 77), se prevén las etiquetas sociales (artículo 43.1), se admiten los criterios sociales de selección de la mejor oferta (artículo 67.2.a), se establece la posibilidad de configurar la óptica de la mejor relación calidad-precio a partir del cálculo del coste de ciclo de vida que incluye el impacto social, ambiental y de innovación (artículo 67.2), se consideran las condiciones sociales de ejecución del contrato (artículo 70) (2).

Se materializa así la «contratación estratégica» así denominada en el considerando 123 de la directiva 24/2014 de contratación pública.

Desde el punto de vista de la normativa comunitaria, la directiva 24/2014 de contratación pública debe ser entendida como una norma de armonización de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que tienen ordenamientos, culturas y planteamientos jurídicos propios y dispares entre sí, de forma que el espacio regulatorio de la directiva, a partir del principio de subsidiariedad (protocolo nº 2 TFUE), se fija en una regulación de mínimos estableciendo unos objetivos básicos cuya consecución cada ordenamiento jurídico estatal deberá garantizar en su propia y específica regulación atendiendo el conjunto de su ordenamiento jurídico propio. Esa prudencia en la regulación material de las consideraciones sociales, ambientales y de innovación que se denota en la directiva se deriva también de la heterogeneidad de los diferentes mercados lo que se refiere en el considerando 95 de la directiva con estas palabras: «Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio».

(2) La necesidad de incorporar consideraciones sociales en la contratación pública europea ya se destacaba en las Comunicaciones de la Comisión Europea de 22 de setiembre de 1989, COM 89 (400) final, «Contratación pública: aspectos regionales y sociales» y en la «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, en que se afirmaba: «En lo que respecta a los contratos que no entran en el ámbito de aplicación de las Directivas, los compradores públicos pueden libremente perseguir objetivos sociales a la hora de celebrar sus contratos, siempre que se atengan a las normas y los principios generales del Tratado CE. Corresponde a los Estados miembros determinar si los poderes adjudicadores pueden, o incluso deben, perseguir tales objetivos a través de los contratos públicos». Es un proceso que amplía lentamente, muy lentamente, la «conciencia social» en la compra pública de forma que las regulaciones legales se quedan retrasadas ante la propia realidad social en momento de fuerte crisis de la cohesión social europea, especialmente en la Europa del sur.

En ese planteamiento, las regulaciones expresas comunitarias se concentran en establecer que para ser contratista y, por tanto, para licitar, el operador económico debe cumplir la normativa laboral establecida en las normas internacionales (que menciona en el anexo IV), nacionales y los convenios laborales del lugar de ejecución del contrato. Ello no obsta que la directiva (considerando 37) deje claro que ese obligado cumplimiento de las normas legales y convencionales, «...no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores».

La contratación pública estratégica, las consideraciones sociales, no pueden afectar negativamente al mercado único y a la competencia (3). Los principios de libre circulación de capitales, servicios y de personas garantizan la prevalencia de los intereses económicos de las grandes empresas transnacionales europeas que necesitan un mercado europeo y también en el ámbito de la contratación pública europea. Los datos de participación de empresas provenientes de un Estado miembro en las licitaciones públicas de otro Estado miembro son ridículos por insignificantes y no justifican la severidad de la interpretación del principio de competencia que llevan a cabo el TJUE y todo el aparato judicial de los diferentes Estados que hacen extensivas a cualquier contrato público, sea cual fuere su valor económico, un principio de la competencia que invocando un principio de igualdad de trato en realidad cierra posibilidades comerciales a las pequeñas y medianas empresas, empresas sociales, artesanos y profesionales (4).

(3) El principio comunitario de competencia lleva a la Resolución del TACRC nº 391/2016, de 20 de mayo, a negar la viabilidad de un criterio de adjudicación que otorgaba hasta un 1% de la puntuación total a la licitadora que ofreciera mayor porcentaje de horas de trabajo en territorio español, criterio «Fabricación en España», en contrato de suministro y mantenimiento integral de trenes de alta velocidad. El tribunal descalifica la consideración de este criterio como «cláusula social» porque no se refiere a ningún colectivo de personas discapacitadas o no se evidencia su significación social.

(4) Estos principios configuradores del mercado único no pueden considerarse de derecho natural inmanente. Tienen su razón de ser en una concepción económica determinada que la gran empresa europea ha impuesto desde la primera Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 1.951, favoreciendo las condiciones para contar con un mercado que supere las fronteras estatales sin aduanas ni limitaciones para su mejor desarrollo y beneficio. El principio de competencia ha habilitado que las directivas de contratación pública no se hayan abierto (incluyendo las de 2014) más que a la reserva de contratos públicos en favor de empresas sociales quebrando, solo en este caso, el principio de igualdad de trato. Sin embargo, está por concebir un mercado único europeo y una contratación pública europea que permitan una discriminación positiva a favor de las pequeñas y medianas empresas y los proveedores locales que aseguran el tejido productivo y el empleo de un territorio determinado. Estados Unidos practica un concepto de compra pública que reserva compras públicas Federales a la pequeña y mediana empresa, empresas que sean propiedad de mujeres, etc. <https://es.sba.gov/categoria/estructura-de-navegacion/contratacion>.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE

La ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ha establecido que en el objeto del contrato público, además del propio aprovisionamiento de obras, bienes o servicios, debe incluirse la consecución de objetivos sociales, ambientales y de innovación vinculados o relacionados con su objeto, recepcionando el concepto de contratación pública estratégica.

El apartado V de la Exposición de motivos destaca las principales novedades de la ley y, entre otras, se refiere a que se incorporan en los contratos públicos criterios sociales, ambientales y de innovación y de desarrollo. Se precisa que se podrán incluir como criterios de adjudicación de carácter cualitativo para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución, siempre relacionadas con el objeto del contrato.

El trascendental apartado 3 (5) del artículo 1 LCSP («Objeto y finalidad»), que no tiene precedente en ninguna norma anterior desde 1995, proclama:

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

Así, la ley pretende la aplicación general en la contratación pública de políticas públicas de sostenibilidad (6) («En toda contratación pública» y la

(5) La redacción de este nuevo apartado tiene origen en las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de Esquerra Republicana (número 205), del Partido Socialista Obrero Español (número 437), del Grupo Parlamentario Mixto-Sr. Francesc Homs (número 819) y Vasco/EAJ-PNV (número 1.041). Con finalidad parecida, pero con otra redacción, la enmienda 21 del grupo confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Esta redacción fue propuesta y trasladada a los grupos parlamentarios por la organización «REAS – Red de Redes de Economía Alternativa y Solidaria» en documento de noviembre de 2016 de propuesta de enmiendas al proyecto LCSP. https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/propuestas_ley_contratos_ReasRdR.pdf.

(6) La referencia a las consideraciones sociales, ambientales y de innovación la vamos a concentrar con la expresión «contratación pública sostenible» siguiendo la Resolución adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en reunión de su plenario celebrado los días 25 al 27 de setiembre de 2015, titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», que en su objetivo 12, «Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles», contiene la medida 7 referida a «Promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales». El decreto de la Alcaldía, S1/D/2017-1271, de 24 de abril, de contratación pública sostenible del Ayuntamiento de Barcelona, se inicia con referencia a esta Resolución: <http://>

forma verbal imperativa «...se incorporarán...»). Esta directriz legal se vincula a la eficacia («...proporciona una mejor relación calidad-precio...») y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, lo que supone un cambio en la orientación dominante que ha sostenido que la reducción del precio del contrato era la manifestación de una óptima gestión del Presupuesto público y objetivo preferente en la compra pública. El apartado 2 del artículo 28, «Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación», repite innecesariamente las mismas consideraciones que el artículo 1.3 que comprometen a todos los órganos de contratación del sector público.

A partir de ese mandato, la LCSP disemina en todas las regulaciones del ciclo contractual las consideraciones de compra pública sostenible (7) concretando en su articulado medidas concretas lo que nunca se había realizado desde la primera ley de contratos de las administraciones públicas de 1995.

Las consideraciones sociales y, en general, las referidas a la contratación pública sostenible, deben tener relación o vinculación con el objeto del contrato. Así se exige en el apartado 3 del artículo 1 y se reitera en numerosos preceptos. Según establece el artículo 145.6, esa vinculación se cumple si la consideración de compra pública sostenible conecta con cualquier aspecto, material o no, del ciclo de vida de la obra, suministro o servicio. El ciclo de vida abarca (artículo 48) todos los aspectos del proceso de creación, comercialización, destrucción, reciclaje, impacto ecológico o ambiental o impacto social del producto o actividad.

La exigencia que las consideraciones de sostenibilidad tengan una vinculación con el objeto del contrato público tienen como perímetro excluyente el supuesto de que se traten de condiciones ajenas al ciclo de vida de la obra, servicio o suministro.

La ley 9/2017 ha recepcionado los objetivos de la directiva 24/2014 y, tras la estela abierta por la directiva, la ley ha establecido criterios de actuación no citados expresamente en la misma. La contratación pública española debe respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/sites/default/files/decret_dalcaldia_s1d2017-1271_de_24_dabril_de_contractacio_0.pdf.

La «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, ya utilizaba el término de contratación pública sostenible.

(7) De acuerdo con el artículo 319, la ejecución de los contratos adjudicados por poderes adjudicadores que no sean considerados Administración pública, se rige por el derecho privado, pero la empresa contratista debe aplicar las regulaciones del artículo 201 que le obligan al cumplimiento de las obligaciones legales o convencionales en materia medioambiental, social o laboral y las regulaciones del artículo 202 en materia de condiciones especiales de ejecución del contrato.

Ciertamente, la ley española ha previsto consideraciones sociales que no están citadas expresamente en la directiva: la incorporación de los costes salariales en la determinación del presupuesto base y también del precio ofertado; la inclusión de criterios sociales de selección de la mejor oferta con mención expresa de la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, el fomento de la contratación femenina, la mejora de las condiciones laborales y salariales; condiciones especiales de ejecución como la mayor participación de la mujer en el mercado laboral, medidas para combatir el paro...

A mi juicio es acertada la regulación de la LCSP. Es la reacción legislativa a una situación de enorme crisis social en nuestro país como efecto de la devastadora crisis financiera internacional. Los poderes públicos tienen el reto de impulsar políticas y acciones para proteger los sectores sociales que han sufrido mayor impacto negativo desde 2.008 como efecto de la disolución de miles de empresas y la reducción del Estado social y, entre ellas, se encuentran la protección de los trabajadores que han visto precarizar sus condiciones de trabajo con salarios que no les permiten cubrir sus gastos personales y familiares ni afrontar proyectos de vida y con contratos laborales ilegales de carácter interino y temporal aunque desarrollan en las empresas que los contratan trabajos estables con carácter permanente.

Las Administraciones locales son las que más directamente atienden a las personas en situación de exclusión social o peligro de estarlo y ello las sensibiliza especialmente viéndose comprometidas a aplicar medidas paliativas y de protección social e impulsar modelos de vida ciudadana que puedan ofrecer espacios de convivencia alternativos al generado por el sistema económico que tiene el dinero, el beneficio y el poder como criterios de relación personal y vital.

Ciertamente, el municipalismo español ha impulsado con energía, perseverancia y decisión una orientación de su compra pública que colabore, junto con otras medidas, a disminuir el número de parados, insertar en la ocupación laboral a personas en situación de exclusión social, mejorar las condiciones laborales y salariales de las personas que ejecutan las contrataciones así como la de las personas empleadas por las empresas subcontratistas, favorecer la igualdad entre el hombre y la mujer también la salarial, etc. El movimiento no ha sido coordinado de forma que en los últimos años centenares de Ayuntamientos han aprobado con contenidos similares guías, instrucciones, decretos u ordenanzas impulsando la contratación pública sostenible, la contratación social, etc. Multitud de jornadas, seminarios, talleres han acompañado este proceso en toda la geografía española. Las entidades sociales han animado y acompañado este proceso con propuestas específicas.

Este marco atomizado de actuación debería ser superado a partir de las actividades del Comité de Cooperación en materia de contratación pública y

de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación previstos, respectivamente, en los artículos 329 y 332 de la ley 9/2017. La Estrategia Nacional de Contratación Pública que se prevé en el artículo 334, se diseñará para establecer, entre otras medidas las de utilizar las posibilidades de la contratación pública sostenible [apartado 2, letra e]] (8).

Así, las Administraciones locales han sido las más activas en aplicar realmente en las licitaciones públicas criterios sociales con el propósito que las empresas seleccionadas garanticen las mejores condiciones salariales y laborales de las personas que han de ejecutar las contrataciones. Entre tantos ejemplos que se podrían mencionar en todo el territorio español, cito el decreto de 19 de enero de 2016 que aprueba la Instrucción nº 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid (modificado por Decreto de 20 de mayo de 2016) y el decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Barcelona de 24 de abril de 2017 de contratación pública sostenible.

Algunas contrataciones públicas, especialmente de servicios, emplean gran cantidad de mano de obra. Las Administraciones públicas en su calidad de empleadoras de «segundo nivel» reciben críticas por las condiciones salariales y laborales leoninas en que están empleadas las personas que ejecutan el contrato público lo que desemboca, en no pocas ocasiones, en la interrupción del contrato por huelgas o protestas o la pérdida de la calidad pretendida. La situación debe considerarse en el marco laboral general en que numerosas empresas se descuelgan de los convenios sectoriales fijando salarios propios mucho más bajos que los establecidos en los convenios sectoriales lo que les permite licitar en los contratos públicos con ofertas de precio bajo que constituyen un auténtico dumping social.

III. CONSIDERACIONES LABORALES SOBRE LAS PERSONAS QUE EJECUTARÁN EL CONTRATO PÚBLICO

1. Definición interna del presupuesto base de licitación

Siguiendo la división clásica del ciclo contractual, en la fase de la definición interna del expediente de contratación, el artículo 100, «Presupuesto

(8) No albergo esperanzas en las actuaciones inmediatas de estos órganos por su fuerte vinculación con la dirección política de la Administración pública estatal. La inestabilidad política que afecta tanto al gobierno de España como a la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas no es la mejor situación para impulsar a medio plazo la colaboración interadministrativa. La primera medida para ocupar poder político ha sido la adoptada por el gobierno del PSOE nombrando, por libre designación, mediante Resolución de 10 de julio de 2018, publicada en BOE del 12 de julio, a la presidenta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, nombramiento que ha recaído en la presidenta del Tribunal de recursos de Andalucía.

base de licitación», establece que éste deberá desglosarse indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y que los costes salariales de las personas empleadas para la ejecución del contrato deberán indicarse de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional a partir del convenio laboral de referencia (9).

No hay un antecedente de esta obligación legal desde la primera ley de contratos de 1995 más allá del requisito clásico del desglose del coste del precio de las unidades de obra que debe contener el proyecto técnico de la obra y el cómputo de costos directos e indirectos» (10). En el derogado texto refundido de la LCSP, aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), el art. 87.1 llamaba a que el órgano de contratación calculara el presupuesto según los costes de mercado pero no se exigía el desglose expreso de costes, incluyendo los salariales cuando los hubiere. En la práctica se ha considerado el precepto del TRLCSF como una orientación que no requería justificación en el expediente al menos en los contratos de menor envergadura que podríamos situar en los no sujetos a regulación armonizada y los costes salariales no siempre eran desglosados.

La estricta aplicación del nuevo artículo 100, que tiene carácter básico para todo el sector público, obliga al órgano de contratación para licitar un contrato a conocer el convenio laborales que considera de aplicación o que utiliza como de referencia para sus cálculos y verificar sus previsiones salariales para las diferentes categorías profesionales.

El nuevo requisito del artículo 100 ha creado inquietud en el conjunto de las Administraciones Públicas (11): unas, por su escasa o nula dotación de

(9) La redacción del precepto trae causa de la enmienda nº 88 presentada por el grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. La justificación se expresa en estos términos: «El correcto cálculo del presupuesto base de licitación y su desglose y expresión en el pliego de cláusulas administrativas es el primer paso para asegurar que el mercado provisor formulará precios que contemplen los costos salariales sin presionar a la baja de los mismos con infracción de los convenios sectoriales. La modificación es una expresión de la contratación pública socialmente responsable y garantía de ofertas sostenibles con freno a la temeridad y a la determinación de un precio de mercado que contemple los derechos salariales de las personas que ejecutan el trabajo».

(10) Artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

(11) En nota de 17 de agosto de 2018 publicada en la página en internet de la Federación Española de Municipios y Provincias se dice: «El Presidente de la FEMP ha informado que en el transcurso de la CNAL se ha logrado el compromiso de la Ministra de Política Territorial, Meritxell Batet, de someter a estudio la Ley de Contratos, por las «inmensas dificultades» que está produciendo su aplicación en pequeños y medianos Ayuntamientos. Caballero señaló que la situación es «límite» para muchos de ellos en estos momentos, por los problemas que se generan en la tramitación de sus expedientes y de sus inversiones con la nueva Ley de Contratos, «que es un buena Ley pero que requiere de un proceso de adaptación».

personal técnico para llevar a cabo esos cálculos; otras, por su falta de datos previos en los contratos recurrentes licitados anteriormente sin esos datos y, en fin, la ausencia de criterios concretos para abordar esta novedosa actuación. La entrada en vigor de la LCSP ha desconcertado a las Administraciones Públicas que han visto que la ley les planteaba una nueva forma de contratar sin contar quizás con la orientación suficiente para llevarlo a cabo (12).

Creo que se ha regulado de forma excesivamente universal, incondicionada, la exigencia de determinación del presupuesto base de licitación indicando necesariamente el desglose del cálculo en costes directos e indirectos y con detalle de la imputación de los costes salariales. La intención es buena ya que se pretende que el cálculo del presupuesto base de licitación sea una primera aproximación al precio de mercado, al coste real de la ejecución contractual. Se llama la atención a todos los órganos de contratación para que entiendan que el presupuesto base de licitación no es una cuantía económica que se fije sin especial rigor ni cálculo previo actualizados al momento que se licita. No cabe licitar estimando un presupuesto expresamente «holgado», sin mayor justificación, a la espera que sea el mercado el que en concurrencia competitiva establezca el precio justo (13). La nueva ley de contratos cierra este enfoque y reclama que el presupuesto base de licitación se fije con un análisis riguroso de costes y se haga público en el proceso de licitación para que las empresas interesadas comprueben los cálculos del órgano de contratación y se remitan a esos cálculos para fijar su oferta que queda acotada ya inicialmente en un escenario que, en términos generales, no podrá ser anormalmente mucho más bajo que el presupuesto base.

Ciertamente, si el cálculo del presupuesto de licitación ya es ajustado al precio de mercado, puede derivarse que toda rebaja excesiva del mismo tensiona peligrosamente la realidad de los costes de ejecución ya previamente calculados por la Administración contratante. La ponderación del criterio de

(12) El o los reglamentos de desarrollo de la ley de contratos públicos se deberían aprobar y publicar inmediatamente después de la fecha de publicación de la ley, con una *vacatio legis* muy breve. Además, se deberían facilitar otros criterios de actuación complementarios, elaborados participadamente por el conjunto de las Administraciones públicas, mediante instrucciones, circulares y guías explicativas. Ello permitiría superar muchas dificultades de aplicación de la norma legal debidas, con frecuencia, a la «aversión al cambio», propia de organizaciones, como son las Administraciones Públicas, que encuentran confort en los procedimientos asimilados y practicados de la misma forma durante tiempo.

(13) Si el presupuesto base de licitación se cuantifica al alza sin correspondencia con un precio aproximado al de mercado, el precio contractual definitivo, obtenido después de la licitación, supone en ocasiones una rebaja porcentual extraordinaria. Ese sobredimensionamiento del presupuesto base y la situación de crisis económica que propicia ofertas anormalmente bajas generan a veces imágenes distorsionadas del mercado, de las rebajas de precios y de sus causas. Como se comprenderá, en este escenario, es difícil practicar un análisis estadístico de los datos de las licitaciones que tenga un cierto valor.

adjudicación del precio no tendrá sentido que sea elevada porque el presupuesto máximo ya es un cálculo ajustado y justificado de los costes de ejecución y sería un contrasentido incitar mediante una puntuación alta que los costos sean reducidos significativamente seguramente en detrimento de la calidad de la prestación y de las consideraciones de compra pública sostenible y, especialmente, de las condiciones salariales y laborales (14). Los criterios de anormalidad de ofertas que se fijen en los pliegos deberán tener en cuenta unos márgenes cortos de separación del presupuesto base.

Sin embargo, como he afirmado anteriormente, el requerimiento indiscriminado de que el presupuesto de licitación en todo tipo de contrato público se fije con una desagregación de costes no es acertado porque obliga al órgano de contratación a una precisión que en algunos contratos no le es posible efectuar. La desagregación de los costes de ejecución ya debe efectuarse por concreta prescripción legal en las concesiones (art. 248.2 y 285.2) y en los contratos de obras (art. 233.d). En los contratos de suministro, el proceso de fabricación de los bienes integra una serie de costes parciales de gran diversidad, desde la adquisición de las materias primas, costos de transformación, comercialización y costes indirectos que son de muy difícil o imposible determinación por la Administración contratante, atendiendo además que la fabricación puede haberse efectuado en cualquier país del mundo.

Seguramente, el requerimiento del artículo 100 de desagregación de costes se debería haber exigido exclusivamente en los contratos de servicios en los que, en términos generales, la Administración retribuye una actividad que la empresa realiza especialmente para la Administración y esta obligación se hubiera debido excepcionar en los contratos de suministro, más allá del desglose de costos que exige el art. 298 en supuesto de arrendamiento.

Alternativamente a todo lo manifestado una regulación complementaria hubiera podido ser que, cuando el órgano de contratación invocara la imposibilidad de realizar el desglose del presupuesto, se justificara en el expediente dicha dificultad o imposibilidad lo que obligaría a un control jurídico de la suficiente motivación.

La imputación de los costos salariales con especificación de las personas intervinientes en su ejecución, precisando su número y las categorías profesionales y el convenio de referencia, no es una tarea fácil para la Administración contratante. Esta obligación debiera haberse establecido en los contratos de servicios incluyendo los que no tengan obligación de subrogación del personal y siempre que tengan un valor superior a 100.000 euros (cuantía fijada en art. 159.1.a) como límite para la utilización del procedimiento abierto simplificado)

(14) En coherencia con ese planteamiento, el artículo 145.4 reclama que los criterios de adjudicación han de permitir la obtención de obras, servicios o suministros de «gran calidad».

y cuando los costes salariales representen una proporción superior a la tercera parte del presupuesto base.

Finalmente, la precisión que los costes laborales se especifiquen con desagregación de género no parece, en general, viable en la fase del ciclo contractual en la que el sector público fija el presupuesto máximo o base de licitación puesto que no se conocen aún, concretamente, las personas que han de ejecutar el contrato.

Sin embargo, es el precio ofertado por las empresas licitadoras el que debería tener siempre, en todo caso, un desglose de costes que justifique el precio final ofertado, incluyendo los costes salariales si existen y con desagregación de género y especificando las retribuciones por categorías profesionales. Sin embargo, la LCSP no lo ha establecido de forma clara y obligatoria excepto para el supuesto de justificación por el licitador de una oferta calificada como anormalmente baja (art. 149.4). Podría entenderse que el art. 102, «Precio», de forma indirecta y parcial (sólo en los servicios en que el coste económico principal sean los costes laborales), exige que en las ofertas se desglosen los salarios imputados, atendiendo que el apartado 3 reclama que deben considerarse en el precio (hay que entender, por tanto, en la oferta) los términos económicos de los convenios sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

Cabe destacar, que los criterios legales que estamos destacando para el cálculo del presupuesto base de licitación y los exigidos para el cálculo del valor estimado no son homogéneos. El artículo 101, «Valor estimado» establece que éste se fija teniendo en cuenta los costes «laborales» derivados del convenio «sectorial» de aplicación solo en los contratos de servicios y de concesión de servicios y solo «en los que sea relevante la mano de obra». Es manifiesto el diferente enfoque con respecto a lo que exige el artículo 100 para el presupuesto base de licitación, lo que evidencia las asistemáticas, lamentablemente recurrentes, que como sedimento han quedado después de la precipitada elaboración de la LCSP (15).

(15) Se ha destacado que el texto de la ley 9/2017 es el resultado de un enorme trabajo y debate en Comisión parlamentaria (Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas) ya que el proyecto presentado por el gobierno del Partido Popular (PP) fue objeto de 1.180 enmiendas. Ese proceso se ha realizado con premura urgido por el gobierno preocupado en presentar resultados ante la opinión pública y amenazado por las autoridades Comunitarias por tardía transposición de las directivas comunitarias de 2014. La tramitación parlamentaria se realizó mediante procedimiento de urgencia y el plazo de enmiendas que inicialmente se otorgó tras la publicación del proyecto, el día 2 de diciembre de 2016 en el Diario del Congreso de los Diputados, fue de 8 días hábiles, hasta el 14 de diciembre de 2016. Dicho plazo fue prorrogándose hasta el día 3 de marzo de 2017. Después de las negociaciones y transacciones efectuadas por los representantes de los grupos parlamentarios, los letrados de las Cortes no realizaron (en el ejercicio de la función de asesoramiento jurídico que les

2. Selección de la mejor oferta

En la fase del ciclo contractual correspondiente a la selección de la mejor oferta, la LCSP también realiza regulaciones que animan a la introducción de consideraciones sociales. El artículo 145.2.1º considera que las características sociales del contrato pueden constituir criterios cualitativos para la selección de la mejor oferta y, concretamente, cita, entre otros, los siguientes:

- la mejora de las condiciones laborales y salariales
- el fomento de la contratación femenina (16)
- la estabilidad en el empleo
- la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato

Estos ejemplos de criterios de selección de la mejor oferta a partir de características sociales (también ambientales que no abordo en esta colaboración) se pueden leer en dos extensos párrafos del artículo 145.2.1.º que no figuraban en el proyecto presentado por el gobierno del PP (17). Son aportados

corresponde, de acuerdo con el artículo 45 del Reglamento del Congreso de los Diputados) un trabajo final, de carácter técnico-jurídico, suficientemente «reposado», de depuración de incoherencias o errores en las regulaciones concretas del conjunto del articulado. Esta función técnica respeta los acuerdos políticos adoptados por los grupos parlamentarios y elimina o reduce las contradicciones que se generan en la redacción de los artículos tras el proceso de admisión, rechazo y/o transacción de enmiendas. Efectivamente, esta ausencia de un detenido trabajo final de visión de conjunto del articulado ha dejado en la ley abundantes contradicciones internas.

(16) El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, anula un criterio de adjudicación que valora con el 25% de la puntuación total la «presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos». El tribunal dirá: «... el objeto del contrato es la asistencia técnica para la gestión de los huertos ecológicos en Sarriguren, tal y como figura en el acuerdo de aprobación del expediente y en el anuncio de licitación, aunque en su reclamación la entidad local alegue que el objeto del contrato es para la gestión de los huertos ecológicos urbanos con criterios sociales y así figure en el título del pliego. Así mismo, debe señalarse que no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora en la prestación del servicio, ni su incidencia en el objeto del contrato, cuando es un criterio que supone 25 puntos sobre un total de 100. El hecho de que se alegue que dicho criterio se debe a la infrarrepresentación de mujeres en el sector en el que se encuadra el contrato es de 0,47, no justifica el establecimiento de un criterio de adjudicación que no está relacionado con el objeto del contrato y que no comporta una ventaja, directa o indirecta, en la prestación del servicio».

(17) Para la fase de selección de la mejor oferta, el PP concentró los ejemplos de consideraciones sociales como criterios de desempate de ofertas que quedarán con igual puntuación tras haber efectuado la aplicación de los criterios de adjudicación, en la línea de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había considerado «criterio adicional» en sentencia de 21 de setiembre de 1988, asunto 31/87, sentencia de Gebroeders Beentjes y de 26 de setiembre de 2000, asunto C-225/98, Comisión contra República Francesa.

en enmiendas de diferentes grupos parlamentarios que, a su vez, se han hecho eco de las peticiones del Tercer sector. Ciertamente, el artículo 145 relativo a los criterios de adjudicación del contrato es el que más atención reclamó por parte de los grupos parlamentarios siendo el artículo del proyecto de ley que tuvo mayor número de enmiendas, exactamente 52. El único grupo que no planteó ninguna enmienda fue el del Partido Popular.

Los criterios de adjudicación de carácter social referidos a la mejora de las condiciones laborales y salariales y a la contratación de un mayor número de personas, se proponen a los grupos parlamentarios en el documento de REAS mencionado en la nota nº 3. La mejora de las condiciones laborales y salariales es propuesta como criterio social de adjudicación de los contratos públicos en enmienda 118 del grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; enmienda 261 del grupo Esquerra Republicana; enmienda 366 del grupo Ciudadanos y enmienda 1.066 del grupo Vasco (EAJ-PNV) (18). El fomento de la contratación femenina y la estabilidad en el empleo se citan como ejemplos de criterios de adjudicación de tipo social, exclusivamente en la enmienda 118 del grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem— En Marea. La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato se propone en las enmiendas 118, 261, 366 y 1.066 antes referidas.

La propuesta concreta de criterios de adjudicación de carácter social ha permitido descender de las ideas abstractas, de los principios jurídicos, a las medidas concretas.

Considero un acierto la configuración en el artículo 145 de las mejoras salariales y laborales como criterio de adjudicación lo que significa que tienen carácter voluntario para las empresas licitadoras, que podrán atenderlo o no y, si la puntuación que merece ese criterio de selección de la mejor oferta es proporcionado, no puede ser imputado como lesivo para la concurrencia. La mejora salarial se referenciará respecto a un convenio que se considera de referencia pero sin imponer su aplicación, sirve para cualificar la mejora. Su utilización debe motivarse en el expediente de contratación argumentando la conveniencia de la medida y las razones para su incorporación. Si la LCSP lo hubiera configurado como condición de ejecución sería una obligación que comportaría que, al menos en la contratación pública, se sustituiría a la negociación colectiva y configuraría a un pliego de cláusulas administrativas en materia de contratación pública, como norma obligatoria de retribución

(18) El grupo Vasco justifica su enmienda afirmando: «Reiteramos la imperiosa necesidad de que la Ley de Contratos Públicos sea absolutamente clara, despeje de una vez por todas cualquier objeción jurídica injustificada, explicita la posibilidad de incorporar criterios de adjudicación de carácter social y posibilite su aplicación a través de una regulación expresa y un listado ejemplificativo».

salarial determinada en una materia asignada a la negociación colectiva, lo que es evidente que no sería adecuado ni procedente.

Una prevención que contiene la directiva 24/2014 es la correcta aplicación de la directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, según la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y, concretamente, en la cuestión del pago de salarios mínimos. Como es sabido, el TJUE ha abordado la cuestión de la imposición por un Estado miembro en las licitaciones públicas y como condición de ejecución contractual del pago de un salario mínimo. El TJUE ha afirmado que no contraviene el TFUE una disposición legal de un Estado miembro, cuando tenga carácter de norma imperativa de protección mínima, que establece como condición de ejecución en los contratos públicos el pago de un salario mínimo lo que compromete a cualquier empresa licitadora y contratista de otro Estado miembro (STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, Regio Post), mientras que si lo que se pretendiera y exigiera por un Estado miembro en norma legal fuera el pago de un salario establecido en un convenio laboral aplicable en el lugar de ejecución, pero que no tuviera el carácter de convenio general en un sector de actividad, ello no se ajustaría a la directiva 96/71 y supondría una medida que limitaría la libre prestación de servicios dentro de la Unión (19).

3. Condiciones de ejecución del contrato

En la fase del ciclo contractual relativa a su ejecución, el artículo 201 establece la obligación de la empresa contratista del cumplimiento de las normas legales o convencionales en materia social, ambiental y de innovación, sin añadir ninguna otra exigencia cuando, en coherencia con lo previsto en el art 145, cabría hacer también una referencia a las obligaciones sociales y laborales derivadas del cumplimiento de la propia oferta presentada por la empresa licitadora ganadora que podrá haber incluido compromisos que superen los mínimos legales o convencionales.

El tercer párrafo del artículo 201, previene la imposición por el órgano de contratación de penalidades a la empresa contratista en el supuesto de incumplimientos o retrasos reiterados en el pago de los salarios de las personas que ejecutan el contrato. También prevé la imposición de penalidades en el supuesto de aplicación por la empresa contratista, de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos, cuando ese comportamiento sea grave y doloso.

(19) STJUE de 3 de abril de 2008, asunto 346/06, Dirk Rüffert.

El artículo 211.1.i) contempla como causa de resolución contractual el impago por la empresa contratista de los salarios o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos: no quedan bien delimitados los requisitos que deben concurrir para la imposición de penalidades o para la resolución del contrato, atendiendo que la resolución es o puede ser alternativa a la imposición de penalidades como refiere el artículo 192.2. Es más, la regulación de penalidades en el supuesto que el contratista pague salarios inferiores a los establecidos en convenio, se condiciona a que el comportamiento sea grave y doloso mientras que ninguna condición se contempla para proceder a la resolución por este mismo motivo.

El artículo 202 tiene el título de «Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden» y el apartado 2 ejemplifica condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo social y, concretamente, menciona favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables.

Es llamativa la exigencia de este artículo 202, apartado 1, al establecer que es obligatorio establecer en todas las licitaciones públicas, sin salvedad alguna, al menos una condición de las enumeradas en el siguiente apartado (20). No parece la vía imperativa la mejor forma de impulsar la contratación pública sostenible. No puede descartarse que en algún contrato público la característica de la prestación no permita la inclusión de ninguna consideración social, ambiental o de innovación o, alternativamente, que se incluya alguna que no sea de las citadas en el apartado 2 del artículo 202 (21).

La exigencia del cumplimiento por la empresa contratista en la ejecución del contrato público de los convenios colectivos sectoriales, aflora las discrepancias políticas de un sector amplio del arco parlamentario acerca de la

(20) Esa obligación ha sido ya invocada, con amparo en la ley 9/2017, en un recurso especial que ha resuelto el Tribunal de Recursos de Aragón (acuerdo 67/2018, de 26 de julio). El tribunal desestima el recurso considerando que en la licitación sí se contenía una condición especial de ejecución atendiendo que se requería una de carácter social (referida a la certificación del personal que ejecuta el contrato de no tener condenas por delitos en relación con la protección de los menores) y otra de carácter ambiental sobre la calidad del agua. No se considera por el tribunal si esas condiciones se corresponden con algunas de las mencionadas en apartado 2 y a cuál de ellas concretamente.

(21) El propio origen de la prescripción legal es llamativo. Ninguna enmienda parlamentaria planteó esa idea pero en el fragor del debate «nace» como resultado de la «transacción» de las enmiendas 142 del GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; 667, 668, 669, 670 y 671 del GP Socialista; 384 del GP Ciudadanos; 293 del GP de Esquerra Republicana y 912 del GP Mixto-PDeCAT. Ver Informe de la Ponencia, http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-4.PDF#page=1.

reforma laboral incorporada por el PP en el Estatuto de los Trabajadores (ET) mediante el Real decreto-ley 3/2012, de 12 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que estableció la prioridad del convenio de empresa sobre el sectorial (nueva redacción del artículo 84.2 ET mediante apartado 3 del artículo 14 del Real decreto ley) y la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo en vigor (nuevo apartado 3 del artículo 82 ET mediante apartado 1 del artículo 14 del Real decreto-ley).

La reforma laboral del 2012 produjo en las organizaciones sindicales gran insatisfacción al reducir la negociación de las condiciones salariales y laborales al ámbito de la empresa con un consecuente debilitamiento de la fuerza negociadora de los trabajadores y al habilitar el descuelgue de los convenios sectoriales si concurren determinadas condiciones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Como decimos, en el debate parlamentario del proyecto de la LCSP, en una situación parlamentaria de ausencia de mayoría absoluta del partido gobernante (mayoría que hasta el momento había propiciado el abuso de aprobación de leyes a partir de la figura del Real decreto ley con invocación generosa de la causa de extraordinaria y urgente necesidad y con fuerte limitación del debate parlamentario), se propició por varios grupos parlamentarios (22) que la exigencia del cumplimiento por las empresas licitadoras y contratista de los convenios se refiriera expresa y únicamente a los convenios «sectoriales» con omisión de toda referencia a los convenios de empresa. En el trámite parlamentario en el Senado, el grupo parlamentario del PP presentó enmiendas (23) para eliminar la referencia exclusiva a los convenios sectoriales pero no fueron aprobadas.

Se ha llegado a afirmar que la reforma laboral del PP ha sido derogada a partir de la aprobación de la LCSP. Me parece impropia esta afirmación y la pretensión de derogar una ley que regula la negociación colectiva entre trabajadores y empresarios, el Estatuto de los trabajadores, en una ley especial en materia de contratación pública. No tiene sentido. Los principios de seguridad jurídica y de especialidad normativa deben ser respetados de forma que sólo una modificación legal del Estatuto de los Trabajadores o la aprobación de una norma legal en materia social es la forma oportuna para proceder a la eliminación, si así se desea, de la reforma laboral de 2012. La cuestión será dilucidar si en el ámbito de la contratación pública sí que son vinculantes las referencias a los convenios sectoriales allí donde la LCSP los menciona en

(22) Los grupos parlamentarios Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana, Socialista, Mixto-Sr. Francesc Homs, Vasco (EAJ_PNV), se refirieron a los convenios sectoriales en todas sus enmiendas en que se hacía referencia a los mismos.

(23) Enmiendas números 253, 254 y 255.

exclusiva. Ciertamente se ha creado una situación compleja pero creo que el planteamiento y la voluntad expresa de la LCSP no puede ser más que aplicado.

IV. DOCTRINA SOCIAL DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS

Llegados a este punto procede efectuar un análisis de la doctrina «social» emitida hasta el momento por los tribunales de recursos previstos en el derogado artículo 41 del Real decreto legislativo 3/2011 y ahora en los artículos 45 y 46 de la ley 9/2017.

Los tribunales de recursos han tenido que ocuparse de numerosos recursos especiales interpuestos por asociaciones empresariales y/o por empresas licitadoras o interesadas en licitar disconformes con criterios o consideraciones sociales incluidas en los pliegos reguladores de las licitaciones de las Administraciones públicas, especialmente de la Administración local.

1. Doctrina general

La contratación de los servicios de limpieza de edificios y de seguridad y vigilancia de instalaciones y edificios han sido las licitaciones que, atendiendo a la intensidad de la mano de obra que se requiere para su ejecución, más frecuentemente incorporan cláusulas sociales referidas a las condiciones de trabajo y salariales, que asimismo más activamente han sido recurridas por asociaciones empresariales de esos sectores de actividad.

Sin referencia aún a la nueva ley 9/2017, el TACRC en sus reflexiones más recientes sobre la posibilidad de incluir cláusulas sociales en la contratación pública (destacadas en las memorias de 2016 y 2017 del TACRC) dirá (Resolución 355/2017, de 21 de abril reproduciendo consideraciones vertidas en su Resolución 210/2016, de 18 de marzo) que«... no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea».

En la resolución del 2017 citada se dirá, a partir de la consideración negativa sobre la inclusión de criterios de adjudicación sobre la mejora de las condiciones laborales de los «operarios» que, «...es criterio constante en la contratación administrativa el de la inconveniencia de la introducción en el pliego de contratación de obligaciones que afecten a la esfera laboral especial o aquéllas cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración Pública contratante ni a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino a órganos de la Jurisdicción Social (así se ha puesto de manifiesto

por ejemplo entre otras en la Resolución TACRC 156/2013 y en la Resolución TACRC 969/2015)». El TACRC afirma que no encuentra citadas en la directiva 24/2014 las consideraciones sociales referidas a incrementos salariales o mejoras de condiciones laborales por lo que las «condiciones laborales» no se ajustan a los parámetros del concepto de «cláusulas sociales» previsto en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE». En el FJ 6º de la resolución 160/2016, de 19 de febrero, ya se había afirmado que ésa es la doctrina general que mantiene el TACRC.

2. La doctrina de los tribunales en materia de adecuación del presupuesto base de licitación a los costes laborales

Los tribunales de recursos anulan las licitaciones en que el presupuesto base no se ajusta a los costes de ejecución. Cuando se trata de verificar la adecuación del presupuesto base de licitación a los costes salariales la respuesta es más condicionada excepto si es obligatoria la subrogación de plantilla en donde esa correspondencia es más evidente.

Hay una consideración uniforme de los tribunales de recursos en la tesis siguiente cuando hay subrogación convencional: «...si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato. En este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente» (24).

3. La doctrina de los tribunales en materia de vinculación de la contratación pública con los convenios laborales

El tribunal estatal es especialmente contundente en el rechazo a cualquier vinculación del órgano de contratación con respecto a un convenio laboral determinado en el proceso de aplicación de criterios de adjudicación, de selección de la mejor oferta. En Resolución 44/2017, de 20 de enero, con referencia a resoluciones propias anteriores, abunda en la imposibilidad de

(24) Son consideraciones del informe 4/2001, de 22 de febrero, de la Junta Consultiva de Les Illes Balears reproducidas en Resolución 24/2016 del Tribunal de recursos de la Comunidad de Madrid. En idéntico sentido, la doctrina del TACRC puede ejemplificarse en la resolución nº 89/2016, de 15 de febrero, con cita de otra anterior nº 351/2013.

atender a las retribuciones salariales o cualquier otra condición especificada en un convenio lo que no le corresponde y es ajeno para el órgano de contratación con fundamento añadido a la problemática de los convenios de empresa como aplicación de la viabilidad de descuelgue de convenios sectoriales.

Hay que recordar que ciertamente las nuevas prescripciones contenidas en la LCSP comportarán que en los expedientes de contratación pública se haga referencia a un convenio laboral concreto cuya aplicación no se impondrá pero que se habrá utilizado como referencia para el cálculo de costes salariales en la determinación del presupuesto de licitación, para la valoración de una oferta anormalmente baja, o como marco de referencia para valorar el incremento de retribuciones salariales. El Tribunal de Recursos de la Comunidad de Madrid, anticipándose a este escenario, ha entrado en dirimir la correspondencia o no de una prestación determinada con el objeto de un convenio laboral determinado en Resoluciones 127/2015, de 30 de junio y 209/2015, de 9 de diciembre.

En materia de valoración de una oferta anormalmente baja en relación con los costes laborales fijados en un convenio el Tribunal catalán de recursos no admite esa posible consideración en Resolución 91/2017, de 23 de junio. (25) El TACRC en resolución nº 754/2017, de 5 de setiembre, en una licitación en que dirime si el precio se ajusta a costes laborales afirma que, «En todo caso, como ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y, en concreto, los efectos derivados del convenio colectivo aplicable, de lo que deriva la discrepancia del recurso».

El TACRC en resolución nº 30/2018, de 12 de enero, declara contrario a derecho una previsión en licitación de servicios de vigilancia que establece que los trabajadores no podrán realizar más horas anuales que las fijadas en el convenio sectorial estatal: la razón de la anulación le resulta al tribunal tan evidente que con cita de resoluciones anteriores y en estilo tipográfico de cursiva y negrita remacha que, «El TRLCSP no establece que la designación del convenio colectivo aplicable deba formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato. Además, una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa». La prescripción se consideraba condición de

(25) El Tribunal publica sus resoluciones en internet exclusivamente en catalán cuando otros contenidos de contratación pública elaborados por otras unidades administrativas se publican también en castellano. Se dificulta el conocimiento de las resoluciones y se perjudican los derechos de defensa de las empresas.

ejecución para garantizar la aplicación de la previsión del convenio estatal de servicios de vigilancia pero el tribunal mantiene sus reflexiones consolidadas en resoluciones anteriores sin hacer una reflexión actualizada sobre las orientaciones de exigencia del cumplimiento de los convenios que establece la directiva 24/2014 y la LCSP pese a que la resolución se dicta tres meses antes de su entrada en vigor y, con posición mayestática, dirá seguidamente: «...no existe razón alguna (sic) para que el órgano de contratación fije un número máximo anual de horas por vigilante conforme a un convenio nacional de empresa de seguridad. Ello no es procedente, especialmente si tenemos presente que es ajeno a la normativa de contratación la concreción del convenio que resulte aplicable teniendo presente que resulta posible que el convenio aplicable al personal de las licitadoras y de la adjudicataria sea otro distinto».

4. La doctrina de los tribunales en materia de consideraciones relativas a la estabilidad laboral

La resolución del TACRC 355/2017, de 21 de abril, es recensionada en la memoria del año 2017 como doctrina destacable. Desarrollamos su objeto.

Se interpone por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI) recurso especial contra la licitación de un contrato de servicios de vigilancia que licita la Diputación de Lugo. El recurso invoca la nulidad de un criterio de adjudicación mediante juicio de valor con ponderación de 20 puntos de valoración de las ofertas en cuanto a la «Calidad en el empleo», de forma que se dice textualmente, «Se valorará hasta un máximo de 20 puntos las ofertas de las empresas licitadoras que impliquen un avance en las condiciones laborales y salariales respecto a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad en vigor, y que dichos avances se apliquen a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato. Estos avances laborales y salariales podrán incluir además de aspectos retributivos otros referidos a la jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar, avances en la prevención de riesgos laborales, avances complementarios, las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc.».

El criterio de adjudicación detalla determinados subcriterios que se ponderan así: «a) Avances de naturaleza salarial: hasta un máximo de 10 puntos; b) Avances en jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar: hasta un máximo de 6 puntos; Avances complementarios a las prestaciones de la Seguridad Social, tales como Seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc., hasta un máximo de 3 puntos; c) Avances en la prevención de riesgos laborales: hasta un máximo de 1 punto».

El tribunal realiza una reflexión general sobre la evolución de la admisibilidad de las cláusulas sociales en la contratación pública incluyendo reflexiones derivadas del efecto directo de la directiva 24/2014. La resolución no considera admisible el criterio de adjudicación referido con fundamento jurídico, debe destacarse, en la propia directiva 24/2014 y en el proyecto de LCSP que había presentado el gobierno del PP. Anula el criterio de adjudicación porque,

- se entromete en las relaciones laborales entre empresa y trabajador (26).
- el criterio fundamental de adjudicación en el TRLCSP es el de la oferta económicamente más ventajosa (27).
- falta de proporcionalidad por ser la ponderación de 20 puntos muy alta en relación a otros criterios de adjudicación.

Dicha resolución no considera ajustada a derecho, ni conciliable con la directiva 24/2014, ni susceptible de ser calificada como cláusula social.

El Tribunal de Recursos de Aragón en acuerdo nº 15/2018, de 27 de marzo, considera adecuado al TRLCSP y la directiva 24/2014, un criterio automático de adjudicación acerca del compromiso de la empresa licitadora de que los trabajadores que han de realizar el servicio de mantenimiento de jardinería en la ciudad de Zaragoza tengan contrato indefinido. El tribunal dirá que, «... la estabilidad laboral aumenta el compromiso y vinculación de los trabajadores con la empresa, en la salud de los trabajadores y en su talento, redundando todo ello en una mejor calidad en el servicio que se contrata, dado que estamos ante la contratación de unas prestaciones en las que el componente de la mano de obra es fundamental. Este Tribunal es partícipe de

(26) Dice la resolución: «En primer término, nos hemos de cuestionar si las mejoras en las condiciones laborales de los operarios de las empresas son auténticas cláusulas sociales, pues, en todo caso, se escapan del área funcional y competencial de los órganos de contratación, dado que, de este modo, con su introducción desde una materia como es la contratación administrativa se está influyendo sobre las relaciones jurídico laborales tramadas entre empresas y trabajadores, que han de ser ajenas a las propias del órgano de contratación. Pues bien, es criterio constante en la contratación administrativa el de la inconveniencia de la introducción en el pliego de contratación de obligaciones que afecten a la esfera laboral especial o aquéllas cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración Pública contratante ni a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino a órganos de la Jurisdicción Social (así se ha puesto de manifiesto por ejemplo entre otras en la Resolución TACRC 156/201310 y en la Resolución TACRC 969/201511)».

(27) «Por otro lado, no cualquier cláusula «social» en el amplio sentido del término puede considerarse amparada por la legislación comunitaria entre las autorizadas como criterios de adjudicación o condiciones de ejecución,.../..., sin que el mero aumento de las retribuciones o la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la adjudicataria tengan fácil encaje dentro de las contempladas en la normativa comunitaria transcrita, sobre todo teniendo en cuenta siempre que el criterio fundamental de ejecución de todos los contratos públicos sigue siendo el de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración y que, a su vez, todos los criterios deben estar vinculados al objeto del contrato».

este parecer, considerando que las condiciones laborales, como se ha señalado ya en el Fundamento Octavo de este acuerdo, repercuten en la calidad con que se presta el servicio...».

5. La doctrina de los tribunales en materia de criterio de adjudicación de oferta de contratación de personas en paro o situación de exclusión social

La ya referida resolución TACRC 355/2017, confirma la conclusión del informe 53/2008 de la Junta consultiva estatal en el sentido que el criterio de adjudicación consistente en la valoración del porcentaje que la empresa licitadora se compromete a contratar de personas en situación de paro no tiene vinculación directa con el objeto del contrato de forma que, «... la inclusión en los PCAP de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible en Derecho (negrita en el propio texto de la resolución)». El informe dirá que sería admisible como condición de ejecución del contrato.

Sin embargo, esta opinión negativa se contradice (28) con la expresada en resolución TACRC 210/2016, de 18 de marzo (29), que con fundamento en la directiva 24/2014, estima un criterio de adjudicación sobre contratación de personas en situación de paro o exclusión social y ponderación de 5 puntos sobre 100 puntos en total. Se trata de una licitación del Ayuntamiento de Xàtiva de servicios de limpieza con el siguiente tenor: *«Se valorará hasta un máximo de 5 puntos aquellas empresas que para la ejecución del contrato se comprometan a incorporar a su plantilla, bien para cubrir las necesidades de personal eventual que requiera el contrato, bien para las nuevas contrataciones que resulten necesarias, el siguiente personal:*

(28) El TACRC informa en sus memorias que, en julio de 2012, la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas y la Abogacía General del Estado suscribieron un protocolo de acuerdo mediante el cual los abogados integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. En la memoria del año 2014 se concreta que, «Casi los 2/3 de los recursos presentados en 2014 (740 recursos sobre un total de 1.117) se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado». Creo que ese protocolo debiera modificar la estructura del TACRC transparentando la figura de la «Ponencia» de la Resolución concreta. Se debería informar en el propio texto de la resolución correspondiente de la persona que ha sido ponente y su adscripción orgánica. Ello permitiría, además, valorar eventuales discrepancias o matices en la doctrina del TACRC pero también podría alcanzar eventualmente la figura de la recusación o conflicto de intereses.

(29) La licitación ya había sido recurrida con anterioridad por la misma empresa y anulada en Resolución 644/2015 si bien el criterio de adjudicación de carácter social no se había entonces incluido.

— *Personal en situación y/o riesgo de exclusión del mercado laboral (tal condición será la que devenga de la regulación que en cada momento dicte la normativa aplicable relativa a: personas perceptoras de rentas activas de inserción, personas perceptoras del salario social, jóvenes menores de 25 años sin enseñanza secundaria obligatoria, mujeres víctimas de violencia, personas inmigrantes o cualquier otra que, en todo caso, venga acreditada por los Servicios Municipales de Bienestar Social).*

— *Personas con discapacidad, de acuerdo con la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de minusválidos».*

El TACRC considera que este criterio no es discriminatorio y atendiendo que la puntuación que se le otorga no es relevante.

La voluntad de utilizar la contratación pública para reducción del paro en el ámbito territorial de la Administración contratante incorporando en el pliego el requisito que las personas se encuentren inscritas en oficina de empleo de la localidad fue considerada no ajustada a derecho en Resolución TACRC 130/2015, de 30 de enero, por resultar discriminatoria.

6. La doctrina de los tribunales en materia de criterios de adjudicación sobre mejora de las retribuciones salariales de las personas que ejecutan el contrato público

El TACRC conoce en Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre, un recurso especial interpuesto por la asociación empresarial ACOSEPRI contra la licitación de un acuerdo marco de servicios de vigilancia y seguridad que licita la Comunidad de La Rioja. El pliego de cláusulas administrativas incluye un criterio de adjudicación evaluable de forma automática que valora con 15 puntos de los 100 totales el compromiso de la empresa de mantener durante toda la vigencia del acuerdo marco las retribuciones que, como mínimo, figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad.

La resolución del TACRC considera que a partir de su resolución 210/2016 puede entenderse que se cierra una época de pronunciamientos contradictorios sobre la posibilidad de admitir criterios de adjudicación de carácter social entendiendo que pueden admitirse siempre que tengan vinculación con el objeto del contrato y sean proporcionales. En el caso que se enjuicia en la licitación de La Rioja del acuerdo marco de servicios vigilancia se considera nula la previsión del criterio de adjudicación por los motivos que seguidamente se comentan,

— Primer criterio del TACRC: no se corresponde ni es análoga con ninguna de las medidas que como criterio de adjudicación se mencionan en el considerando 99 de la directiva 24/2014.

El TACRC realiza una interpretación de la viabilidad jurídica del criterio de adjudicación referido, sin analizar el articulado de la directiva, sino exclusivamente a partir de la correspondencia de dicho criterio de adjudicación con un considerando concreto. Interpreta el considerando 99 de la directiva como canon exclusivo y único de validación de forma que al no corresponderse el criterio de adjudicación objeto de recurso con ninguno de los ámbitos de actuación citados en el considerando 99 lo declara nulo (30).

Es importante reclamar atención a este razonamiento jurídico puesto que en la medida que se constituye como doctrina interpretativa de la validación de los criterios de adjudicación de carácter social con la directiva 24/2014 puede condicionar la futura interpretación de la ley 9/2017. En este sentido, sorprende la lectura tan sesgada del conjunto de la directiva que efectúa el TACRC: debe resaltarse que es el considerando 97 y no exclusivamente el considerando 99, como afirma el TACRC, el que se configura como el marco general de actuación en materia de previsión de cláusulas sociales en la contratación pública, sin que pueda derivarse de su lectura que exista una lista cerrada de los criterios de adjudicación de carácter social. Por el contrario, la interpretación gramatical del considerando 99 pone en evidencia que se refieren a título de ejemplo determinadas consideraciones sociales (31) sin que en este considerando se citen, por ejemplo, las condiciones sociales de producción y el comercio justo o las consideraciones salariales o laborales, o los derechos humanos. El artículo 43 de la directiva se refiere a las etiquetas sociales como eventual consideración social, también como criterio de adjudicación y en él no se hace ninguna limitación concreta a los aspectos sociales a los que puede referirse dicha etiqueta.

La validación de los criterios de adjudicación sociales que hubo de efectuar el TACRC en la resolución de referencia (aún no aprobada la que hoy ya es la ley 9/2017) y que correspondería efectuar también hoy es fundamentalmente con base en el artículo 67 de la directiva 24/2014, que regula los criterios de adjudicación y en él no se establece una lista cerrada de criterios de adjudicación sino que se fijan los principios generales de actuación: esencialmente, que el objetivo de los criterios de adjudicación es la selección de

(30) El considerando 99 se refiere a «...Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate».

(31) El considerando 92 de la directiva 24/2014 dice: «En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades».

la oferta económicamente más ventajosa que podrá incluir la mejor relación calidad-precio con inclusión de criterios sociales, ambientales y que tengan vinculación con el objeto del contrato; que los criterios de adjudicación no pueden conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y que han de garantizar una competencia efectiva.

— Segundo criterio de declaración de nulidad utilizado por el TACRC: se violenta la selección de la oferta económicamente más ventajosa puesto que aceptar la aplicación del convenio estatal encarece el coste y por tanto el precio lo que se contradice, según el TACRC, con la finalidad del TRLCSP que es la obtención del precio más bajo.

La resolución del TACRC tiene fecha de diciembre de 2016 y se podría haber introducido ya una reflexión sobre el concepto comunitario de oferta económicamente más ventajosa que ya se refería a la mejor relación calidad-precio. El 1 de marzo de 2016 los tribunales administrativos de contratación pública (incluyendo el TACRC) ya habían aprobado un documento sobre los efectos jurídicos de las directivas declarando que el artículo 67 de la directiva 24/2014 referido a los criterios de adjudicación tenía efecto directo.

— Tercer criterio de declaración de nulidad: eventual efecto discriminatorio respecto a las empresas que se hubieran descolgado del convenio sectorial.

Este argumento como se ha argumentado anteriormente hoy no tendría cabida aplicando la ley 9/2017.

— Cuarto argumento para la declaración de nulidad: la medida no tiene relación con la prestación. Se afirma que la mejor retribución salarial no repercute en la mejora del servicio o que el servicio no se ve beneficiado por esta medida.

El TACRC no motiva este argumento. Se convierte en una afirmación sin necesidad de prueba. Sin embargo, hay que afirmar que es una preocupación de las Instituciones comunitarias favorecer desde la contratación pública que las empresas contratistas paguen salarios dignos y practiquen contrataciones laborales de calidad (32). Favorece la calidad de la prestación contratada el incentivar la mejor retribución salarial de las personas que la ejecuten en un contrato de servicios de vigilancia, sector de actividad caracterizado por unas retribuciones salariales muy bajas.

La resolución del Tribunal catalán de recursos 124/2017, de 25 de octubre, anuló una licitación del Ayuntamiento de Gavá con objeto de «Servicio de asistencia a domicilio» que valoraba las mejores salariales con el 10% de

(32) La Guía de la Comisión Europea para practicar consideraciones sociales en la contratación pública, de octubre de 2010, llama a la inclusión de la consideración de los salarios dignos como factor social a tener en cuenta en los objetivos de la contratación pública social.

la puntuación total (33). En resolución 86/2018, de 16 de mayo, reitera su posición ante una licitación del Ayuntamiento de Barcelona que otorga hasta el 10% de la puntuación total en función de las mejoras de la retribución salarial. El tribunal en nota 21 a pie de página de su resolución reconoce que la ley 9/2017 (que no es de aplicación en el litigio) sí que considera las mejoras salariales como criterio de adjudicación pero no realiza ninguna consideración jurídica complementaria.

La asociación empresarial ACOSEPRI había recurrido también una licitación del distrito de Chamartín del Ayuntamiento de Madrid de servicios de vigilancia en la que los criterios sociales tenían una ponderación de 35 puntos sobre un total de 100 y uno de esos criterios sociales era, como el caso conocido unos meses después por el TACRC y antes recensionado, el compromiso de mantenimiento de las retribuciones establecidas en el convenio estatal con una ponderación de 15 puntos. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid mediante Resolución n° 16/2016, de 3 de febrero, considera ajustada a derecho dicho criterio de adjudicación. Destaca dicha resolución la voluntariedad para las empresas de ofrecer esa mejor retribución salarial que pese a propiciar el beneficio de la puntuación correspondiente puede verse, eventualmente, descompensada por la puntuación destinada al precio ofertado en la medida que la empresa que ofrece mejores salarios difícilmente podrá superar en la oferta de precio a las empresas que renuncien a hacerlo o lo hagan en menor cuantía. Consideró el tribunal que el criterio de adjudicación no distorsionaba la competencia y no era desproporcionada. (34) Este criterio se ha mantenido en las Resoluciones 84, 85 y 86/2016, de 5 de mayo y 107/2016, de 1 de junio.

(33) En página 19 de la resolución se dice (traducido del catalán): «La mejora propuesta por el órgano de contratación en la presente licitación es muy loable en los tiempos de crisis que atravesamos y en el sector objeto del servicio que se contrata, pero tiene que aunar las necesidades de la contratación con las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera marcadas por la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, y el total respecto de los principios básicos de la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, entre los cuales figuran, especialmente en este sentido, los de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una utilización eficiente de los fondos públicos destinados a la contratación de este servicio, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

(34) La consideración de la mejor retribución salarial como criterio de adjudicación y su ponderación no determinante para la selección de la mejor oferta, atribuyen a esta medida social dos características positivas: la voluntariedad, ya que no se impone la obligación de una retribución salarial relativa a un convenio determinado sino que a los efectos de homogeneizar la comparativa de las ofertas se establece un convenio de referencia que puede servir para establecer el mayor nivel salarial sea cual sea el origen de la empresa y que no es una obligación para las empresas pagar un salario determinado fijado por el órgano de contratación, de forma que puede darse la situación que ninguna empresa licitadora ofrezca

7. La doctrina de los tribunales en materia de cláusulas sociales como condiciones de ejecución

La regulación de las condiciones sociales de ejecución es abordada por los tribunales de recursos con mayor tolerancia atendiendo que no afectan al proceso de selección de la oferta más ventajosa en donde priman los principios formales de igualdad de trato y de competencia. Sin embargo en referencias anteriores se han dejado constancia de la declaración de inadmisibilidad de condiciones de ejecución como la resolución del TACRC nº 30/2018, de 12 de enero mencionadas en el punto IV.3

El Acuerdo 72/2016, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, declaró ajustado a derecho, considerando las regulaciones de la directiva 24/2014, una licitación con la obligación del contratista de respetar durante todo el tiempo de ejecución del contrato las retribuciones establecidas en el Convenio colectivo de aplicación. El acuerdo coincide con los planteamientos de la resolución 16/2016 de del Tribunal de la Comunidad de Madrid.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El concepto y las finalidades de la contratación pública han variado. La necesidad de reforzar el mercado único europeo como un espacio económico y comercial diferenciado, con señas de identidad propias, ante los bloques económicos internacionales de Estados Unidos y China, propicia que las directivas en materia de contratación pública del 2014, relancen el concepto de contratación pública estratégica que incorpora e impulsa políticas públicas comunes en materia de derechos sociales, ambientales y de innovación.

La ley 9/2017 de Contratos del Sector Público que transpone las directivas incorpora sus objetivos y los amplía en un contexto político y social en el Estado español que reclama la adopción de medidas de superación de la enorme devastación social y económica producida por la crisis financiera internacional de 2008.

El movimiento municipalista incorpora de forma generalizada consideraciones sociales en las licitaciones públicas para aprovechar que se seleccionen las mejores empresas contratistas que paguen salarios dignos, practiquen con-

incrementar los salarios respecto el convenio laboral de referencia (sería obligatorio para las empresas si la retribución mínima, el salario mínimo, se configurara como condición de ejecución contractual) y la no afectación a la concurrencia en la condición que la ponderación no sea determinante para la adjudicación sino combinada con el conjunto de criterios para la selección de la mejor oferta.

tratación laboral de calidad, implementen planes de conciliación del tiempo y de igualdad de género, ejecuten los contratos dinamizando objetivos de reducción del paro, facilitando la participando las empresas sociales.

La ley de contratos públicos introduce medidas de selección de la mejor oferta que suponen discriminación positiva a favor de las empresas que tengan mejores prácticas de responsabilidad social mediante criterios de adjudicación que no obligan a las empresas pero que ciertamente discriminan, o dan menos valor, a aquellas que no destinan sus beneficios a garantizar la calidad social en el seno de su propia empresa.

Los Tribunales de recursos han de generar una nueva interpretación de una nueva norma. Su función revisora del caso concreto debe garantizar que se lleve a cabo la contratación pública estratégica en el sentido expresado en la nueva ley 9/2017 y que hemos querido resaltar en esta colaboración. Las argumentaciones generadas en la época más álgida del «austericismo» considerando la eficiencia del gasto público y ahorro del gasto presupuestario como ejes de actuación ya no se constituyen en el fundamento de la compra pública.

La argumentación de los tribunales debe enriquecerse en cada caso concreto abandonando la técnica de la reiteración ritual de referencias de resoluciones anteriores y abrirse a la nueva época y las nuevas prácticas que se derivan de una ley de contratos que por primera vez desde 1995 y en el contexto social de un país en fuerte crisis económica y social, reclama nuevas actuaciones en favor de las empresas con responsabilidad social y que ha tenido reflejo por voluntad parlamentaria en la ley 9/2017.

Se tratará que los acuerdos y resoluciones de los tribunales administrativos de recursos abandonen el formalismo jurídico y la abstracción argumental para reforzar la ponderación razonada y motivada no siendo suficiente declaraciones de nulidad con invocación ritual de principios jurídicos (35) sino reforzando

(35) Esa argumentación formalista hasta ahora dominante puede sintetizarse en estas resoluciones:

En resolución del TACRC n° 391/2016, de 20 de mayo se establecieron las condiciones para admitir cláusulas sociales: «c) En relación con las llamadas «cláusulas de tipo social», la doctrina de este Tribunal ha señalado su admisibilidad siempre que se cumpla las exigencias establecidas en la jurisprudencia europea, en esencia: i) que de las mismas no se derive una discriminación, directa o indirecta, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros o terceros países; ii) no afecten a la competencia, entendiéndose que no afectan a la competencia aquellas que se limiten a exigir a los licitadores el cumplimiento de normas de general observancia en el territorio y iii) respeten la autonomía de la voluntad de las partes (resolución n° 160/2016). d) En el caso de la introducción de cláusulas dirigidas a luchas contra el desempleo son en todo caso inadmisibles cuando las mismas se limitan a la lucha contra el desempleo existente en un determinado lugar geográfico (resolución n° 103/2015)»

En Acuerdo del Tribunal de Aragón n° 80/2016, de 30 de agosto, se considera que, «En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen»

la adecuación de las licitaciones y sus pliegos a los principios y las medidas concretas que impulsa la nueva ley 9/2017 que, sin forzar la autonomía de las empresas y su libertad, habilita que se introduzcan nuevos valores para considerar la mejor oferta y la mejor empresa contratista.

Considero muy acertada la previsión del artículo 46.4 LCSP (36) que 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 puedan constituir tribunales de recursos en su ámbito territorial. Si las normas españolas de contratación pública han sido tradicionalmente insensibles a las singularidades de la Administración local también los tribunales administrativos estatal y autonómicos se han configurado como un núcleo ciertamente muy reducido de interpretes jurídicos que no beneficia la mejor y mas rica interpretación de la norma atendiendo la concurrencia ponderada de valores. La resistencia (37) a ampliar la planta judicial de tribunales administrativos de recursos desconsidera la capacidad de la Administración local, en la que desempeñan su función especialistas capacitados, que previa selección según mérito y capacidad y con independencia en el ejercicio de sus funciones, puedan enjuiciar las licitaciones públicas con una interpretación de la norma más rica, rectificándose sus eventuales errores en el sistema ordinario de recursos como así se procede ante los actuales tribunales.

la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15».

(36) La previsión proviene de la enmienda nº 842 presentada por el Sr Francesc Homs del grupo parlamentario Mixto.

(37) El punto 1.4 de la propuesta de modificaciones de la LCSP elaborado en fecha de 30 enero de 2017 por una Comisión del Observatorio de Contratación Pública manifestaba que, «Debe diseñarse una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). La extensión al ámbito local debe ser eliminada porque genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo».

PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y DE GESTIÓN ECONÓMICA: DOS CAMINOS PARALELOS QUE HAY QUE TRANSITAR

ANA GÓMEZ BARRIONUEVO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN ECONÓMICA DEL CRÉDITO.– II. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN: 1. Inicio del expediente, comprobación de la existencia de crédito. 2. Aprobación del gasto. 3. Compromiso de gasto o disposición. 4. Reconocimiento de la obligación. 5. Ordenación de Pago.– III. SUPUESTOS ESPECIALES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN: 1. Tramitación de emergencia 2. Contratos que se extienden a lo largo de varios ejercicios: A) Principio de anualidad presupuestaria y gastos plurianuales. B) Los reajustes de anualidades 3. La tramitación anticipada de contratos. 4. Los acuerdos marco. 5. Desistimiento de la celebración de un contrato por falta de crédito.– V. ALGUNAS NOVEDADES DE LA LCSP QUE AFECTAN A LOS PROCEDIMIENTOS DE GASTO: 1. El procedimiento electrónico. 2. El procedimiento simplificado del artículo 159. El contrato menor. 4.-Especial referencia a los contratos menores pagados mediante anticipos de caja fija. 5. El procedimiento de asociación para la innovación.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La tramitación del expediente de contratación exige el cumplimiento de unos requisitos no sólo administrativos, sino también presupuestarios. Se trata de dos sendas imprescindibles para culminar el expediente con éxito.

El primer camino, el del expediente administrativo, nos conduce a la adjudicación y ejecución de un contrato a través de sus correspondientes trámites, resoluciones y recursos. El expediente de contratación se rige por la normativa en materia de contratos y, supletoriamente, por la Ley de Procedimiento Administrativo.

El camino paralelo es el de la gestión económica del gasto, cuya normativa está constituida en nuestra Comunidad Autónoma, casi de manera única, por Ley de la Hacienda, que exige dar cumplimiento a los trámites y actuaciones típicamente presupuestarias que han de integrarse en el expediente administrativo.

Partiendo de que en la práctica ambos tipos de trámites se refunden en un solo expediente de contratación, en este trabajo se analiza el proceso que comienza cuando el órgano de contratación decide iniciar el expediente y que finaliza con la liquidación de la deuda que se contrae con el adjudicatario.

En el recorrido, se pretende resaltar la importancia que tiene la gestión económica en la tramitación del expediente de contratación así como advertir algunos de los efectos que la nueva normativa en materia de contratación administrativa, 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 puede tener sobre el procedimiento de gasto.

Palabras clave: contratación pública; gestión económica; procedimiento de gasto.

ABSTRACT: The processing of the contract file requires compliance with requirements not only administrative, but also budgetary, it is two essential paths to complete the file successfully.

The first path, which of the administrative file, it leads us to the award and execution of a contract through its corresponding procedures, resolutions and resources. The contracting file is governed by the regulations on contracts and, additionally, by the Law of Administrative Procedure.

The parallel path is the economic management of expenditure, whose regulations are constituted in our Autonomous Community, almost uniquely, by the Treasury Law, which requires compliance with the procedures and typical budgetary actions that must be integrated into the file administrative. Because of in practice both types of procedures are consolidated in a single procurement file, this paper analyzes the process that begins when the contracting authority decides to initiate the file and ends with the settlement of the debt contracted with the successful bidder.

In the tour, the author intends to highlight the importance of economic management in the processing of the contracting file as well as to warn of some of the effects that the new regulations on administrative contracting can have on the spending procedure

Key words: public procurement; economic management; spending procedure.

I. INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN ECONÓMICA DEL CRÉDITO

El principio de legalidad financiera se consagró en el artículo 133.4 de la CE, de acuerdo con el cual «*las Administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes*». La aplicación de este principio a los gastos públicos no se concreta únicamente en la necesaria disposición del crédito que las leyes de presupuestos autorizan con carácter anual, sino que exige, además, que las normas establezcan el procedimiento mediante el cual la administración pueda realizar los gastos públicos.

En Aragón, esta norma es la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio) en cuyo Capítulo III «Ejecución y liquidación», del Título II «El Presupuesto», define el procedimiento de ejecución del gasto como el cauce a través del cual la administración va a aplicar sus recursos económicos para lograr satisfacer las necesidades públicas. Para ello, el artículo 50 de la Ley establece que la gestión económica de los créditos consignados en los estados de gastos del presupuesto se concretará en las siguientes fases:

- a) De «autorización» de gasto.
- b) De «disposición».
- c) De «reconocimiento de la obligación».
- d) De «pago ordenado».

Las tres primeras son las que finalizan con el reconocimiento de una obligación a cargo de la Hacienda Pública, ya que la última de ellas se ocupa únicamente de las actuaciones mediante las que se produce la salida de fondos de la Tesorería de la Comunidad Autónoma con el fin de saldar las obligaciones previamente adquiridas. Por ello, son las tres primeras fases las que centran la gestión económica del expediente de contratación administrativa.

Además de las fases citadas, que no tienen otro cometido que establecer el formalismo de la ejecución del gasto, el expediente económico también contiene otras actuaciones, como son las del control de legalidad y las de contabilidad que tienen otras finalidades diferentes: garantizar la adecuación del expediente a la normativa aplicable, así como registrar la ejecución del gasto en el presupuesto.

El sometimiento de los actos con contenido económico al control y a la contabilidad está recogido en el artículo 65 de la Ley de Hacienda de Aragón que establece que *«todos los actos, documentos y expedientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, serán intervenidos y contabilizados con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley y en sus disposiciones complementarias»*.

La intervención es una actividad supervisora de control que tienen como finalidad emitir un juicio sobre la legalidad de las actuaciones administrativas y financieras realizadas por los órganos gestores.

Por último, la contabilidad es el registro de todos los actos que integran el procedimiento de ejecución del gasto en el sistema de información contable de modo que se ponen en relación con el crédito presupuestario.

II. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, obliga a la tramitación de un expediente para la celebración de los contratos del Sector Público, expediente que se regula en diversos artículos de la ley con un carácter formalista que se ha ido engrosando a medida que se han elaborado las sucesivas normas legales reguladoras de esta materia.

En este apartado se expone cómo se adapta la formación del expediente de contratación a las sucesivas fases de ejecución del presupuesto que se han mencionado previamente, de modo que, sin perjuicio de que se describan los

principales trámites administrativos, se tratará de incidir, en mayor medida, en los aspectos financieros de los gastos contractuales.

1. Inicio del expediente de contratación: la trascendencia de la existencia de crédito

El artículo 116 de la LCSP, referido al expediente de contratación, concreta la documentación que ha de integrar su contenido, indicando que deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación.

Por lo tanto, es una exigencia legal que, al iniciar el expediente, se compruebe la existencia de crédito adecuado y suficiente en el sentido de disponer apropiada financiación para la ejecución del contrato. Prueba de que se ha realizado esta verificación es la obligación de incorporar un certificado que acredite su existencia.

En nuestra Comunidad Autónoma, el método para acreditar dicho extremo es el registro del documento contable RC «Retención de crédito» que, sin formar parte del proceso de ejecución del gasto público estrictamente, es una reserva de la cuantía necesaria para su posterior utilización en el expediente, disminuyendo el saldo del crédito inicial del presupuesto.

En este punto es trascendental señalar que la inexistencia de crédito es uno de los trámites económicos que pueden viciar de nulidad el procedimiento. En efecto, la legislación de contratación ha incluido esta causa de nulidad de los contratos de manera similar en las sucesivas leyes sobre contratos del sector público, recogiénola en la actualidad en el artículo 39 de la LCSP:

Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo.

2.a) «La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia»

También nuestra Ley de Hacienda, al consagrar el carácter limitativo de los créditos en su artículo 39, dispone que no se pueden adquirir compromisos de gastos por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta obligación.

Por otro lado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que constituye infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria, los compromisos de gastos sin crédito suficiente para realizarlos y la sanciona con la

inhabilitación para ocupar cargo público durante un periodo de entre cinco y diez años y la obligación de restituir las cantidades satisfechas indebidamente.

Esta cuestión no es baladí ya que, en los últimos años, la contratación administrativa en el ámbito de la sanidad, no solo en Aragón, sino en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, ha estado expuesta a la problemática de declarar la nulidad por la falta de crédito suficiente para llevarla a cabo. No hay más que revisar los abultados saldos de las cuentas de las obligaciones pendientes de imputar al presupuesto de los diferentes servicios de salud para comprender que muchas de las actuaciones se han llevado a cabo sin la suficiente dotación presupuestaria para poder abonar los mismos, lo cual como se ha advertido, es un acto inválido puesto que incurre en la causa de nulidad del artículo 39 de la LCSP y, por lo tanto, procedería la declaración de nulidad de pleno derecho del mismo por no resultar conforme a derecho.

En nuestra Comunidad Autónoma, la solución que se emplea para la regularización de los pagos que se derivan de un contrato formalizado sin el crédito adecuado es el señalado en la Ley de Hacienda para la convalidación de los gastos. En relación con este asunto, no se puede ignorar que dicho procedimiento está previsto únicamente para cuando el gasto que se pretende reconocer no ha sido previamente fiscalizado. En este caso, la norma permite que el consejero titular del Departamento del que proceda la propuesta, previo informe de la Intervención General, si considera conveniente continuar con la tramitación del expediente, acuerde que se someta lo actuado al Gobierno de Aragón. Es evidente que el acuerdo del Gobierno únicamente subsana la omisión del trámite de fiscalización previa, sin que pueda alcanzar al resto de irregularidades adicionales que puedan producirse en el expediente (1). No obstante, lo cierto es que en nuestra Comunidad Autónoma se emplea de manera reiterada, no solo para regularizar expedientes que dispusieron en su origen de crédito suficiente, sino de manera sistemática, para proceder al pago de todos los expedientes de contratación que, en el momento procesal oportuno, no fueron objeto de fiscalización, independientemente de que en el expediente existan otras irregularidades que pudieran ser causa de anulación del contrato.

Dicho esto, y siendo conscientes de que esta cuestión ha sido causa de tímidos debates en nuestra Comunidad Autónoma con, incluso, alguna tentativa para implantar otras soluciones procedimentales más acordes con la naturaleza del problema, el régimen de regularización mediante la convalidación prevalece por una simple cuestión de economía procesal, ya que el

(1) José Ignacio Valero Escribano desarrolla el tema «La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares» en un interesante artículo publicado en la revista «Revista Española de Control Externo», n.º 50, año 2015

principal argumento esgrimido para continuar con la convalidación en estos supuestos se apoya en evitar otros procedimientos más dilatados y complejos que, llegando a idéntico resultado económico, puedan causar otros perjuicios ya no solo al contratista que realizó de buena fe su prestación, sino a la propia Administración que, por causa del retraso en el abono de las facturas, puede ver incrementado su periodo medio de pago, del mismo modo que se ve obligada a costear los correspondientes intereses de demora.

No lo entendieron así en algunas otras Comunidades Autónomas, como es el caso de las Islas Baleares, que mediante la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía sobre la tramitación que se ha de seguir para los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular, determinan la necesidad de iniciar un expediente de revisión de oficio en el caso de que se advierta una causa de nulidad como la referida anteriormente, esto es, la falta de crédito presupuestario. En los antecedentes de la Instrucción se indica que *«la nulidad absoluta de la actuación administrativa tiene como consecuencia la imposibilidad de que se deriven obligaciones contractuales, lo que no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas. En virtud del principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse en detrimento de otro, nace una obligación ex lege, y la Administración ha de restituir el enriquecimiento. Por tanto, el expediente de enriquecimiento injusto o de reconocimiento extrajudicial de deuda se presenta como un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 del TRLCSP, que trae causa de la resolución de un expediente de revisión de oficio y su finalidad es evitar el enriquecimiento injusto de la Administración»*.

Esta interpretación, no obstante, ha sido objeto de debate y de críticas por parte del Consejo Consultivo de la citada Comunidad Autónoma, debido al reiterado uso del procedimiento de la revisión de oficio. Desde el año 2012, el Consejo Consultivo fundamenta de manera reiterada en sus dictámenes que la utilización del procedimiento de revisión de oficio no es la vía idónea para, como consecuencia del mismo, tramitar el procedimiento de pago a los proveedores dado que se configura como un medio excepcional que debe interpretarse, por tanto, restrictivamente. Por ese motivo, considera que la Administración no puede usar de manera generalizada el procedimiento de revisión de oficio para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, convirtiendo en ordinario un supuesto que debiera ser excepcional (2).

(2) Dictámenes 93/2012, 109/2012, 71/013, 100/2014 o 153/2014, por citar algunos ejemplos en los que se alude a la falta de crédito como causa de nulidad de los contratos.

Finalmente, el conflicto concluyó con la modificación del artículo 70 de la Ley de Finanzas autonómica, que en la redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2017, introdujo una vía para poder hacer efectivos estos pagos mediante el reconocimiento extrajudicial de créditos, figura similar a la existente en el ámbito local, regulada en el artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales en materia de presupuestos. El reconocimiento extrajudicial de créditos se configura como un procedimiento excepcional para la solución a este problema —adquisición de compromisos de gastos sin consignación presupuestaria— que permite asumir compromisos de gastos correspondientes a ejercicios anteriores, o al ejercicio en curso, que no fueron tramitados por falta de consignación presupuestaria o que derivan de actuaciones irregulares diversas. Con ello, la Administración puede hacer efectivos los pagos a terceros en aplicación de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que impide el enriquecimiento injusto.

Por último, en relación con la falta de consignación presupuestaria en la contratación, es obligado hacer una breve mención a las denominadas facturas «en el cajón», expresión que, lamentablemente, ha quedado acuñada para aquellas facturas que a final del ejercicio no han sido imputadas al presupuesto de la Administración (3). Conviene precisar, en primer lugar, que tal expresión se encuentra ciertamente obsoleta y poco ajustada a la realidad ya que, si bien es cierto que en el pasado existía cierta práctica de esconder de todo registro contable la existencia de facturas, en la actualidad se han puesto los medios para que todas ellas se reflejen en la cuenta financiera 413 denominada «Acreedores por operaciones devengadas» que permite dar la imagen fiel de la deuda real con los proveedores y acreedores.

Por otra parte, tampoco hay que llegar a demonizar la existencia de facturas a final de ejercicio pendientes de imputar en el presupuesto ya que la existencia de ese saldo no siempre ha sido originada por la falta de crédito presupuestario sino que en ocasiones se debe a la imposibilidad temporal de su gestión económica habida cuenta de que las sucesivas órdenes de cierre del ejercicio presupuestario determinan unas fechas de tramitación de los documentos de gasto que impiden realizar las formalidades previstas para su gestión en el mes de diciembre.

(3) Para ilustrar esta cuestión, Teresa Moneo publicó un artículo denominado «Las facturas en los cajones, ¿una cuestión meramente contable?». Se puede consultar en la web de espublico.es

2. Aprobación del gasto

La Ley define con carácter general la *aprobación de gasto* como el acto por el cual se acuerda su realización calculado en forma cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o una parte disponible del crédito legalmente destinado para ello. La aprobación del gasto, que siempre se realiza de oficio, es el acto que inicia su procedimiento de ejecución.

Esta fase del procedimiento de contratación implica dos manifestaciones de enorme relevancia que se sustancian en:

- ✓ la aprobación del gasto y
- ✓ la aprobación del expediente.

En este sentido, la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma atribuye, con carácter general, a los órganos superiores y a los titulares de los departamentos la competencia para aprobar los gastos propios de los servicios a su cargo, salvo los supuestos contemplados en la propia Ley al Gobierno que, en el caso de los expedientes de contratación, son los que tienen un valor estimado superior a 3 millones de euros.

Por su parte, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, dispone que ostentan la consideración de órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón los Consejeros del Gobierno de Aragón, si bien en el caso de que el valor estimado supere los tres millones de euros, requiere la autorización previa del Gobierno de Aragón.

De este modo, es habitual en nuestra Comunidad Autónoma que la autorización del gasto se realice de manera simultánea a la aprobación del expediente de contratación e incluso en el mismo documento, salvo que las competencias no se encuentren atribuidas a los mismos órganos. Ello ocurre en algunos casos en los que dichas competencias han sido objeto de delegación o desconcentración en órganos diferentes. En este extremo, se ha de advertir que los órganos de contratación deben de ser cuidadosos al delegar o desconcentrar sus competencias para evitar los inconvenientes que se producen cuando ambos tipos de competencias, económicas y administrativas, no se encuentran unificadas en los mismos órganos.

Entrando en el contenido propio del expediente de contratación, esta fase del gasto requiere compilar un conjunto de documentos entre los que se ha de incluir, tanto documentación de carácter general relativa al gasto que se va a llevar a cabo, como la serie ordenada de actuaciones cuyo contenido está condicionado por las exigencias que derivan de la contratación administrativa, es decir, de la aplicación de la LCSP. El expediente administrativo de contratación se contempla en el artículo 116 de la Ley, artículo en el que se

detalla la documentación que debe contener, con carácter general, y que se resume en los siguientes puntos:

- *Acuerdo de inicio del expediente*, en el que se ha de motivar el expediente explicando la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes y su relación con el objeto del contrato.
- La *justificación de la existencia de crédito adecuado y suficiente* para su realización. Ello se acredita, como se ha indicado previamente, mediante el documento contable «RC» que sirve para que el sistema de información contable mantenga ese crédito reservado de forma que, cuando en el futuro sea posible su contabilidad, pueda llevarse a cabo el seguimiento de las sucesivas fases de su ejecución.
- La *de aprobación del gasto*, en la que se señale la aplicación presupuestaria a la que se imputará, así como la acreditación de la competencia del órgano para su aprobación. Esta aprobación puede ser simultánea a la del expediente de contratación.
- *Documento contable* de autorización (A)
- Memoria o informe en el que *se han de recoger, como mínimo, las siguientes cuestiones*:
 - a) la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato que se propone, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas
 - b) justificación del procedimiento elegido para su licitación
 - c) la clasificación que se exija a los licitadores
 - d) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera
 - e) los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato
 - f) las condiciones especiales de ejecución del contrato
 - g) justificación del valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo, en su caso, los costes laborales
 - h) la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato
 - i) en los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.
- *Pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas*. Estos documentos son sustituidos por un documento descriptivo en el caso de que el procedimiento de adjudicación a seguir sea el de diálogo competitivo y, en el caso de procedimientos para adjudicar los

contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo, por el documento de licitación a que hace referencia el último párrafo del artículo 221.5 de la LCSP.

- *Resolución* motivada por el órgano de contratación aprobando el expediente y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

Evidentemente, el contenido que se ha relacionado en los puntos anteriores es el que se exige con carácter general y básico, ya que el expediente de contratación habrá de incorporar otros documentos en función del tipo de contrato que se vaya a celebrar o del procedimiento de adjudicación a seguir. Por ejemplo, si el contrato es de obras su expediente contendrá el proyecto de obras, replanteo, supervisión y aprobación del mismo; o si el procedimiento de adjudicación a seguir es negociado, el expediente contendrá informes técnicos y jurídicos que justifiquen la utilización de este procedimiento excepcional.

En su caso, el expediente de contratación también ha de contener la fiscalización previa, en los términos previstos en el artículo 68 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma. Para ello, con carácter previo a que el órgano de contratación autorice el gasto y el expediente, éste se debe enviar a la Intervención General o a la Intervención Delegada según corresponda: así, los expedientes de contratación cuya aprobación pertenece al Gobierno, deben ser fiscalizados por la Interventor General; el resto, por la correspondiente Intervención Delegada en el departamento. (4)

Para su fiscalización, el expediente se ha de enviar completo y siempre con carácter previo a la firma de la resolución motivada aprobando el gasto, el expediente y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. De este modo, recibido en la pertinente Intervención para llevar a cabo la actividad fiscalizadora, ésta se concreta en un informe de legalidad en el que el interventor actuante expresa su conformidad o su desacuerdo sobre la tramitación del expediente. Únicamente en el caso de que el informe sea negativo, será obligatorio que conste por escrito y podrá suspender la tramitación del expediente, si bien solo en el caso de que el reparo se funde en:

- La insuficiencia o falta de adecuación del crédito presupuestario.
- La omisión en el expediente de requisitos esenciales.
- La continuación de su tramitación que pueda causar quebrantos económicos a la Tesorería.

(4) Esta distribución de competencias se establece en el Reglamento que desarrolla el control de la actividad económica y financiera de la Administración, de los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por DECRETO 23/2003, de 28 de enero, del Gobierno de Aragón.

En estos casos, si el órgano gestor está en desacuerdo con el reparo, puede presentar una discrepancia ante el Interventor General. En el caso de que el propio Interventor General fuera quien emitió el reparo o confirmó el de una intervención delegada, la resolución definitiva de la discrepancia corresponde al Gobierno de Aragón.

Una vez que el expediente de contratación ha sido completado y realizada su fiscalización favorable, será cuando retorna al órgano de contratación que finalmente es quien lo ha de aprobar formalmente. Dicha aprobación está exigida por el artículo 117 de la LCSP, en los siguientes términos:

«Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante».

Obviamente, como ya se ha explicado, esto último únicamente será posible cuando confluya en el mismo órgano la competencia para aprobar el expediente y el gasto, lo cual no ocurre en el supuesto excepcional de que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previamente, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido órganos diferentes para esos actos, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del gasto por el órgano competente.

Para finalizar los trámites económicos de esta fase de gasto, la aprobación del expediente, que ya supone la decisión expresa de realizar un gasto, constituye el acto económico que se sustancia con la toma de razón en contabilidad del documento contable de autorización «A» con toda la documentación del expediente completa y firmada.

3. Compromiso de gasto o disposición

Con carácter general, el compromiso de gasto es un acto administrativo mediante el que el órgano competente se compromete con un tercero para la realización de un gasto previamente aprobado, por un importe que, o bien ya está exactamente cuantificado, o es determinable. En esta fase, el expediente de gasto deja de ser un documento puramente interno para convertirse en un compromiso externo con un tercero que, una vez haya cumplido las condiciones establecidas, será un acreedor de la Administración pública.

El expediente del compromiso o disposición del gasto se construye de manera paralela al procedimiento de adjudicación del contrato por lo que se inicia una vez que el órgano de contratación resuelve la apertura del procedimiento de adjudicación y finaliza con la adjudicación del contrato, documento del que nace el compromiso.

La tramitación del expediente completo, del mismo modo que la fase anterior, debe ser objeto de la correspondiente fiscalización con carácter previo a que se adjudique y se celebre el contrato formalmente. Para ello, se ha de remitir a la Intervención la propuesta de adjudicación junto con los documentos que acreditan, en su caso, la publicación y la adjudicación del contrato (actas e informes de la mesa de contratación, informes del órgano de contratación, etc...) así como la documentación requerida en el artículo 150 de la LCSP, la propuesta de contrato a suscribir y la propuesta de documento contable de disposición de crédito «D».

Tras la fiscalización favorable del expediente, el centro gestor ya puede proceder a la notificación de la adjudicación y a la firma del contrato. No obstante, en aquellos casos en los que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, entre la notificación de su adjudicación y la formalización han de transcurrir, al menos, quince días hábiles. Aunque no existe ninguna exigencia legal sobre la acreditación de que no se presente ningún recurso, en su caso, es conveniente dejar constancia en el expediente de dicha circunstancia mediante un certificado del registro correspondiente al órgano de contratación, o del propio órgano de contratación.

Una vez firmado el contrato, se produce su perfeccionamiento, es decir, inicia su existencia, validez y vigencia, siendo vinculante desde ese instante para las partes que lo han suscrito. Es el momento de registrar en el sistema de información contable de la Administración el compromiso adquirido con el adjudicatario mediante la contabilidad del documento «D» en el presupuesto de gastos.

4. Reconocimiento de la obligación

En esta fase de ejecución del gasto, la Administración reconoce la existencia de un crédito exigible a la Hacienda pública, derivado de un gasto aprobado, comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente, es decir, la Administración reconoce el derecho del acreedor y asume a su cargo la obligación de pagarle puntualmente, dando por válida la prestación que hizo.

Ciñéndonos al ámbito de la contratación administrativa, el reconocimiento de la obligación es el acto administrativo por el cual el órgano competente acepta formalmente una deuda exigible a favor de un tercero como consecuencia del cumplimiento, por parte de éste, de la prestación a que se hubiese comprometido, según el principio de «servicio hecho» (5). Para proceder al

(5) La regla «del servicio hecho», recogida en la doctrina de la IGAE y en la normativa presupuestaria y de contratación establece que el momento a partir del cual la obligación es exigible vendría determinado por la fecha que consta en el acto formal de la administración que acredite la recepción del suministro o conformidad de la prestación del servicio.

reconocimiento de la obligación, por lo tanto, se debe producir previamente la efectiva realización de la prestación contractual de conformidad con el contrato que en su día fue formalizado y su acreditación mediante la obligación que tiene el contratista de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. Además, la constatación de que la factura corresponde a una prestación realizada de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, requiere un acto formal y positivo de recepción o conformidad.

Una vez que el órgano de contratación está en posesión de todos los documentos para justificar el reconocimiento de la obligación es cuando se ha de registrar esta fase del gasto en el presupuesto mediante el registro de un documento contable «O» que comporta también la propuesta de pago y que debe ser remitido a la Intervención para su intervención previa. En este caso, la fiscalización del reconocimiento de la obligación requiere comprobar:

- a) Que las obligaciones responden a gastos autorizados y dispuestos y, en su caso, fiscalizados favorablemente, salvo que todas las fases del gasto puedan realizarse simultáneamente.
- b) Que los documentos justificativos de la obligación se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias que resulten de aplicación. En concreto, la factura debe expedirse conforme a lo previsto en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.
- c) Que el órgano gestor acredita y está conforme con el cumplimiento de la obra, servicio, suministro u otra prestación que se derive del contrato. Cuando proceda, además, deberá constar el acta del acto formal de recepción.

La toma de razón en la contabilidad presupuestaria del reconocimiento de la obligación se lleva a cabo, una vez realizada la fiscalización del expediente, mediante el asiento contable del documento «O» con la identificación del acreedor.

5. Ordenación de Pago

La última fase de ejecución del gasto presupuestario es la ordenación del pago y en ella se incluyen los actos que conllevan la salida de fondos de la Tesorería. Se trata, por lo tanto, de una fase eminentemente financiera.

El pago de los mandamientos se hace habitualmente por transferencia bancaria, aunque también existen otras posibilidades (cheque o incluso efectivo, a través de anticipos de caja fija), siempre contra las cuentas corrientes que la Tesorería General tiene abiertas en entidades bancarias. En esta fase se

produce otra vez la participación del órgano de control interno, la Intervención General, mediante lo que se denomina «intervención material del pago», que consiste en comprobar que el cheque bancario o la orden de transferencia se ha expedido por el mismo importe y a favor de la misma persona que figura en la orden de pago.

II. SUPUESTOS ESPECIALES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

En el apartado precedente se ha expuesto el procedimiento de tramitación y gestión económica de los expedientes de contratación que se pueden considerar estándar, denominando con este adjetivo aquellos en los que tanto la documentación requerida como el cumplimiento de todas las fases de gasto se efectúan de acuerdo con las disposiciones que, con carácter ordinario, se establecen para todos los expedientes.

Sin embargo, en algunos casos, las características del contrato o su naturaleza dificultan llevar a cabo la tramitación habitual, bien porque resultan indispensables otros requerimientos adicionales a los ordinarios o bien porque, al contrario, es necesario prescindir de algunos elementos que se han presentado hasta el momento como esenciales.

1. Tramitación de emergencia

La LCSP prevé la denominada tramitación de emergencia cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En estos casos, el órgano de contratación puede ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el evento producido sin obligación de tramitar expediente de contratación y sin sujeción a los requisitos formales establecidos en la Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente, debiendo, únicamente, dar cuenta del acuerdo al Consejo de Ministros (en nuestra Comunidad Autónoma, al Consejo de Gobierno).

Por tanto, se trata de un régimen excepcional caracterizado por la inmediatez que requiere la emergencia. En este sentido, en la aplicación de este precepto debe observarse siempre un criterio de rigor máximo. En estos términos lo manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 1987, al establecer que *«no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional naturaleza del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión»*.

Debido a este carácter súper excepcional de la tramitación de emergencia, la Administración puede contratar lo necesario prescindiendo de las formalidades ordinarias para formar la voluntad contractual administrativa, bastando el acuerdo del órgano de contratación y la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. Es decir, se trata de una excepción a la obligación de existencia de crédito con carácter previo al inicio del expediente.

No obstante, y a pesar de que la LCSP permite el inicio de la contratación, aunque no exista crédito suficiente, en el caso de que el órgano de contratación no pueda incluir en el expediente un documento de retención de crédito, deberá aportar la documentación que justifique que se ha iniciado un expediente de modificación presupuestaria. De ese modo se pronuncia la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), en su Informe de 14 de enero de 1997, en el que engloba entre las actuaciones necesarias de la tramitación de emergencia la «*retención de crédito o documentación justificativa de la iniciación del expediente de modificación*», y de 18 de febrero de 1999, que hace referencia al «*documento que acredite la existencia de crédito*». Ello es así por un simple motivo de control del gasto, ya que, aunque la contratación de emergencia sea posible sin existencia de financiación presupuestaria, no se debe producir demora en su imputación presupuestaria más allá de la estrictamente necesaria para situar el crédito en la partida adecuada.

Esta exigencia de llevar a cabo las modificaciones presupuestarias precisas en el caso de insuficiente crédito presupuestario ha determinado que en nuestra Comunidad Autónoma, en las sucesivas Leyes de Presupuestos, se aprecie el carácter ampliable de los créditos que sean imprescindibles para atender sucesos derivados de situaciones de emergencia hasta una suma igual a las obligaciones cuyo reconocimiento sea preceptivo reconocer, todo ello con el fin de asegurar la adecuada cobertura presupuestaria (6).

De manera acorde con todo lo que se ha expuesto, la carencia e insuficiencia de crédito en los contratos de emergencia no se configura como una causa de nulidad del contrato ya que se trata de una excepción ya prevista en el artículo 39 de la LCSP.

(6) En la vigente Ley 2/2018, de 28 de febrero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018, artículo 6. h) «*Los créditos que sean necesarios para atender a sucesos derivados de catástrofes naturales, adversidades climáticas, epidemias, epizootias u otras situaciones de emergencia o para reparar daños que hayan sido indemnizados por compañías aseguradoras*».

2. Contratos que se extienden a lo largo de varios ejercicios

La LCSP permite que la vigencia de los contratos pueda prolongarse a lo largo de dos o más ejercicios económicos siendo preciso, en ese caso, disponer de crédito adecuado y suficiente en dichos periodos para hacer frente a las obligaciones que se deriven de su ejecución. Ello obliga a tener que autorizar y comprometer un gasto para varios ejercicios económicos de modo que, de manera paralela al contrato, se extienda por un periodo temporal que va más allá de la ejecución presupuestaria corriente. Se ha de advertir que el mantenimiento del contrato depende siempre de la existencia de crédito en las sucesivas Leyes de Presupuestos, sin perjuicio del deber de indemnizar a la otra parte contratante por las pérdidas económicas o de otra índole que el incumplimiento del compromiso del gasto pudiera conllevar.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el carácter plurianual de un contrato no implica necesariamente que su duración vaya a ser superior al año. En ese sentido, cabe el caso de que un contrato menor pueda ser plurianual, lo cual ocurrirá siempre que su duración, aun siendo inferior a doce meses, haya de extenderse al menos a una parte de dos ejercicios presupuestarios.

A) Principio de anualidad presupuestaria y gastos plurianuales

El principio de anualidad presupuestaria, consagrado tanto en la Constitución Española (7), como en la normativa presupuestaria de todas las Administraciones Públicas españolas, establece que los créditos consignados en el presupuesto se autorizarán por un ejercicio presupuestario, que según la normativa actualmente en vigor coincide con el año natural. Este principio implica que debe llevarse a cabo una ejecución del presupuesto anual, refiriendo al año todos los gastos e ingresos que se realicen durante el ejercicio.

Sin embargo, la excepción al principio de anualidad presupuestaria, o temporalidad presupuestaria como también se denomina, está contemplada en la Ley de Hacienda, en cuyo artículo 41 se permite autorizar y comprometer gastos de carácter plurianual, es decir, por un periodo superior al ejercicio presupuestario, si bien no se pueden autorizar con carácter general, sino que la propia ley establece ciertas limitaciones tanto por su naturaleza como por su cuantía.

Así, en cuanto a su naturaleza, el artículo 41 de la Ley expresa que podrán adquirirse compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros cuando tengan por objeto la realización de:

(7) Artículo 134.2 de la Constitución española: «Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual (...)».

- Inversiones reales y transferencias de capital.
- Contratos de suministros, de asistencia técnica y científica y de arrendamientos de bienes y servicios, que no pueden ser estipulados por el plazo de un año, o que este plazo resulte más gravoso.
- Convenios con instituciones cuya duración se extienda a más de un ejercicio, siempre que aparezca claramente explicitado en la norma autorizante del Convenio.
- Arrendamientos de bienes inmuebles a utilizar por la Comunidad Autónoma o por los organismos y empresas de ella dependientes.
- Cargas financieras derivadas del endeudamiento.

Por lo demás, su autorización está condicionada:

- a que la ejecución de los gastos que se comprometen comience en el propio ejercicio
- a que el número de ejercicios futuros no sea superior a cuatro, excepto para el caso del endeudamiento y los arrendamientos de bienes inmuebles.
- por último, los créditos comprometidos en cada uno de los ejercicios no pueden exceder del 70% el primer año, el 60% en el segundo y en los ejercicios tercero y cuarto, el 50%, porcentaje referido al crédito del año en el que se autoriza el gasto.
- De la literalidad de este artículo se podría deducir que no todas las clases de contratos pueden ser objeto de ejecución plurianual al no estar previstos todos los supuestos contemplados en la LCSP. Pues bien, téngase en cuenta que la Ley es del año 1984 y su texto refundido del año 2000, fechas en las que las categorías contractuales diferían de las actuales al encontrarse todavía en vigor la ley del año 1965, de Contratos del Estado y la ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, respectivamente. Resulta obvio que, en la actualidad, deben entenderse comprendidas todas las categorías contractuales previstas en la LCSP ya que lo contrario supondría la imposibilidad, por ejemplo, de poder comprometer créditos futuros para formalizar un contrato de servicios cuya vigencia se extendiera por un periodo superior a la vigencia del presupuesto corriente, lo cual sería totalmente contrario al principio de eficacia y eficiencia en la contratación pública, máxime cuando la propia evolución de los plazos de los contratos en las sucesivas leyes ha sido tendente a flexibilizar la duración máxima de modo que se permita ajustar la duración de los contratos a las peculiaridades del servicio que se pretende contratar en cada caso. Así lo refleja la LCSP cuando indica que la duración de los contratos debe establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización

de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

Por otra parte, tanto los porcentajes a aplicar como el número de anualidades que se recogen en la Ley de Hacienda con carácter ordinario no permiten escenarios de compromiso contractual acordes con los plazos de vigencia reales de los contratos. En ese sentido, la Ley permite, con carácter excepcional, que el órgano que autoriza el gasto plurianual (el Gobierno de Aragón o el consejero competente en materia de Hacienda, según del tipo de expediente del que se trate) pueda ampliar el número de anualidades a comprometer o modificar los porcentajes de gasto correspondientes a cada una de ellas, en los casos especialmente justificados. En la práctica, los acuerdos o autorizaciones por los que se adoptan este tipo de gastos no justifican de manera específica e individualizada las circunstancias consideradas excepcionales y, aunque la práctica habitual es que dicha justificación queda incorporada en el expediente, el órgano autorizante del gasto debería expresamente recoger en su consentimiento que se superan los límites establecidos en la Ley.

Tampoco el precepto legal determina con la suficiente claridad sobre qué cuantías se han de aplicar los porcentajes que limitan el importe total de compromisos a aprobar en cada uno de los ejercicios posteriores. En este orden de cosas, si atendemos a la literalidad de la norma, la ley indica que *«los créditos comprometidos en cada uno de ellos no podrán exceder del correspondiente a aquel en que se autoriza e inicia la ejecución de cada una de las operaciones reseñadas»*. Han sido variadas las interpretaciones que de este texto se han realizado a lo largo de los años al no concretar si debe entenderse que los porcentajes deberán aplicarse sobre la dotación inicial de la partida presupuestaria concreta que para dicho crédito figura en los Presupuestos del ejercicio vigente, o se pueden aplicar sobre la totalidad del crédito inicial al nivel de vinculación que establece la Ley de Presupuestos, o si han de tenerse en cuenta las modificaciones que minoran o aumentan las cuantías iniciales, ... en la actualidad, los informes emitidos por la Dirección competente en materia de Presupuestos hacen referencia al nivel de vinculación.

Por último, en la práctica nos encontramos con gastos que no se encuentran recogidos en el artículo 41 y cuya ejecución se ha de extender durante varios ejercicios sin que exista cobertura legal sólida y evidente para la aprobación del correspondiente gasto plurianual, debiendo resolver el problema mediante razonamientos e interpretaciones poco convencionales que permiten concluir con la posibilidad de su autorización. Ejemplos de ello son los encargos de ejecución o las obras que por su naturaleza económica deban imputarse al capítulo II del presupuesto.

Como conclusión de todo lo expuesto, no cabe duda que procede una actualización del artículo 41 de la LHCAA para abarcar una reforma que

permita armonizar su redacción con la normativa contractual (y con alguna otra norma sectorial) y que, sobre todo, proporcione seguridad jurídica a los actos de la Administración en este campo. Adicionalmente, la modificación legislativa también debiera producirse con el fin de conciliar los preceptos aplicables a los gastos plurianuales con los de la tramitación anticipada, de modo que exista una única norma clara sobre ambas cuestiones.

Esta línea de actuación ya ha sido emprendida tanto por el Estado como por algunas Comunidades Autónomas que han modificado sus normas para introducir cuestiones como las que he citado. Tal ha sido el caso, por ejemplo de Andalucía, que a través de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017, modificó el correspondiente artículo de su Ley de Hacienda (8) para ampliar tanto las limitaciones temporales como las cuantitativas. Fue muy novedosa, también, la modificación que se llevó a cabo, en el año 2012, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de aplicación exclusiva al Sector Público Estatal, para incorporar un nuevo artículo en el que se establecen las actuaciones a seguir por los órganos de contratación cuando, una vez formalizado un contrato plurianual, en alguno de los ejercicios posteriores la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado no autorizase créditos suficientes para el cumplimiento de dichas obligaciones.

B) Los reajustes de anualidades

Se denominan reajustes de anualidades todos los cambios en la distribución temporal de los créditos plurianuales ya autorizados cuyo origen se encuentra en cambios en los tiempos de ejecución de los contratos que fundamentalmente suelen estar causados por dilaciones de los plazos de licitación o adjudicación que retrasan el inicio del contrato, suspensiones de obras, demora de la ejecución que requieren prórrogas o, incluso, aceleración del ritmo de la ejecución. También las revisiones de precios pueden dar lugar a un reajuste de las anualidades vigentes. Por lo tanto, para que se pueda realizar un reajuste de anualidades debe existir una modificación real en la ejecución del contrato o en los importes a abonar durante su vigencia.

La regulación sobre esta cuestión se encuentra recogida en el artículo 96 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala *«Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución del contrato sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, suspensiones auto-*

(8) Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo.

rizadas, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables, y a fijar las compensaciones económicas que, en su caso, procedan».

En estos casos, el órgano de contratación debe tramitar un sencillo expediente en el que se ha de incluir la documentación que acredita la circunstancia que da lugar al reajuste (de acuerdo con los requisitos formales que la LCSP requiera documentar), la aprobación del órgano de contratación, el documento contable con la nueva asignación del crédito, así como la modificación del gasto plurianual.

En cuanto a la modificación de los gastos plurianuales, desde hace ya varios años las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón permiten que, cuando no suponga un incremento sobre el gasto total plurianual ya autorizado, ni compromisos en anualidades distintas a las inicialmente autorizadas, se comunique la modificación al Departamento de Hacienda y Administración Pública para su toma de conocimiento, sin más tramitación.

En cualquier otro caso, el reajuste requiere, con carácter previo, el informe de la Dirección General de Presupuestos, Financiación y Tesorería y su autorización por el órgano competente que lo fue para su aprobación.

Finalmente, al tratarse de un expediente con contenido económico, es preceptiva la fiscalización previa por parte de la Intervención, por lo cual, antes de que el órgano de contratación autorice el reajuste, se ha de enviar toda la documentación al órgano de control. La fiscalización, en este caso, comprende la verificación de que está completa la justificación requerida por la LCSP y por la normativa financiera. Como siempre, una vez emitido el informe favorable es cuando procede la formalización del documento administrativo y la contabilidad del documento contable.

3. Tramitación anticipada de los contratos

Es un hecho perfectamente constatable que la tramitación de los expedientes de contratación es compleja y en la práctica acarrea no pocas actuaciones durante la preparación y licitación del contrato que dilatan el plazo de tiempo que transcurre dese que se inicia el expediente hasta que se formaliza el contrato. Por ello, ha sido necesario arbitrar alguna medida que permita emprender la ejecución de contratos que resultan necesarios e imprescindibles

en el momento de iniciar el ejercicio. La solución que remedia este problema es la tramitación anticipada prevista en el artículo 117 de la LCSP —del mismo modo que lo hacía ya la norma de contratación derogada—, que contempla la posibilidad de adjudicar, e incluso formalizar, el correspondiente contrato, aun cuando su ejecución deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos, pueden llegar a comprometerse créditos de una o varias anualidades de ejercicios futuros, siempre con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas.

En definitiva, la norma permite la tramitación anticipada del contrato permitiendo que su preparación, licitación, e incluso su adjudicación, puedan tener lugar en el ejercicio económico anterior a aquél en que comienza su ejecución. En estos expedientes, la tramitación administrativa del contrato tiene lugar sin que exista el correspondiente crédito con que atender las obligaciones que se deriven del mismo lo que supone una excepción a la regla de tramitación ordinaria que obliga a acreditar la existencia de crédito en el ejercicio presupuestario en el que se licita. Obviamente, ello es debido a que la ejecución no va a iniciarse hasta el ejercicio siguiente.

La posibilidad de llevar a cabo una tramitación anticipada de un expediente de contratación no es ninguna cuestión novedosa: la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ya permitía la adjudicación del contrato y su formalización correspondiente, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. Sin embargo, a diferencia del texto actual, aquella norma exigía que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se indicara el sometimiento de la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente, exigencia que fue suprimida ya en la Ley del año 2007.

En el supuesto de tramitación anticipada, la formación del expediente administrativo es similar al de contratación ordinario ya que se han de incorporar todos los documentos que la LCSP determina para la preparación y que se han indicado en el correspondiente párrafo; sin embargo, el expediente de gasto no será el ordinario, sino que habrá de estar a lo que al respecto se determine en las normas presupuestarias de la Comunidad Autónoma.

Así, el artículo 42 de la Ley de Hacienda permite la tramitación anticipada de expedientes de gasto, con carácter general, autorizando los mismos en el ejercicio anterior aquel a cuyo presupuesto vayan a ser imputados con arreglo a las normas que establezca el Departamento competente en materia de Hacienda.

En ese mismo artículo, la ley permite también comprometer créditos, si bien con las limitaciones establecidas en el artículo 41 para los gastos plurianuales.

En cuanto a los pliegos, a pesar de que, como se ha expuesto anteriormente la LCSP ya no exige la manifestación de la condición suspensiva en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, es la propia ley de Hacienda la que obliga a su permanencia obligando, en todo caso, a que contengan una prevención expresa de que el gasto que se autoriza queda condicionado a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto del ejercicio siguiente.

Por último, hay que hacer una referencia al certificado de existencia de crédito: como se ha explicado anteriormente, es obvio que, en los expedientes de tramitación anticipada, no es necesario certificar la existencia de crédito adecuado y suficiente, básicamente porque al iniciarse la ejecución del contrato en el ejercicio siguiente, no se requiere disponibilidad presupuestaria en el ejercicio en el que se licita.

Sin embargo, este certificado viene siendo sustituido, hasta la fecha, por otro certificado de contenido bastante variopinto, pero que, en definitiva, viene a decir que el centro gestor se compromete a disponer de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto correspondiente al ejercicio en el que se deba iniciar la ejecución del gasto.

El origen de ese certificado se encuentra en la regla 42 de la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado (aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de febrero de 1996) que fue aplicada en nuestra Comunidad Autónoma a falta de norma propia. Dicha regla, tras su modificación en el año 2002, establecía la obligación de incluir en los expedientes de tramitación anticipada un certificado en el que se debía hacer constar, bien que existe normalmente crédito adecuado y suficiente para la cobertura presupuestaria del gasto de que se trate en los Presupuestos, bien que existe crédito adecuado y suficiente en el proyecto de Presupuestos que haya sido sometido a la aprobación de las Cortes correspondiente al ejercicio siguiente, en el cual se adquirirá el compromiso de gasto.

Sin embargo, en el año 2013 dicho certificado fue suprimido de la Instrucción estatal con el fin de aplicar a las tramitaciones anticipadas el mismo tratamiento que el previsto para los gastos plurianuales, dado que no deja de tratarse en ambos casos de compromisos de gasto que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen. Por lo tanto, en el expediente de gasto, el documento que se debe exigir tras la modificación del año 2013 no es otro que el correspondiente informe del cumplimiento de límites fijados en la normativa presupuestaria para los gastos plurianuales.

Por ello, en la actualidad, y aplicando de manera supletoria la operatoria de la Administración del Estado, ya no es forzoso incorporar al expediente el certificado de existencia de crédito en el proyecto de presupuesto futuro, debiendo únicamente integrar en el expediente un informe del órgano compe-

tente en materia de presupuestos que acredite el cumplimiento de los límites fijados para los gastos plurianuales.

En cuanto a la imputación presupuestaria del expediente de contratación, ha de presentarse en la Intervención acompañado de la propuesta de un documento contable «*de tramitación anticipada*» que se asienta en el sistema de información contable con la finalidad de registrar, o bien el compromiso de consignar su importe en el proyecto de presupuestos del correspondiente ejercicio — en el caso de que no se haya elaborado— o bien el compromiso de contabilizar el documento cuando se inicie el ejercicio de su ejecución, de tal manera que con la apertura de cada ejercicio presupuestario, los primeros documentos que se han de contabilizar son los que derivan de compromisos plurianuales. En definitiva, los documentos contables de tramitación anticipada nunca acreditan la existencia de crédito adecuado y suficiente, por la propia naturaleza de dicha tramitación, sino que, en realidad, son meras anotaciones que proporcionan información para el control y la posterior imputación de los expedientes al presupuesto, una vez aprobado.

La tramitación anticipada, tal y como está esbozada desde su origen, plantea un problema con los contratos que se han de iniciar en el vigente ejercicio presupuestario, pero que no cuentan con el crédito adecuado y suficiente para llevar a cabo la licitación por estar pendiente su financiación de algún expediente o procedimiento que la genere, por ejemplo, una modificación presupuestaria o el pago de una subvención por parte de otra Administración. Recordemos que la LCSP establece la obligación de que la ejecución del contrato en las tramitaciones anticipadas se inicie en el ejercicio inmediatamente posterior. Ello, en principio, parece que impide cualquier posibilidad de iniciar una tramitación sin crédito adecuado y suficiente en el mismo ejercicio en el que se va a ejecutar el contrato, condenando al órgano de contratación a esperar para poder iniciar la licitación hasta que se resuelva el expediente que le proporcionará la financiación. Esta cuestión se ha planteado con mucha frecuencia en diversos medios y foros siendo objeto de profundos debates sin que finalmente nadie pueda ofrecer con rotundidad una respuesta que aclare el dilema planteado.

Lo que verdaderamente resulta sorprendente es que no se trata de un olvido o un descuido por parte del legislador ya que la LCSP sí que recoge la problemática que acabo de plantear. Sin embargo, a pesar de ello, aunque aporta un resquicio para llevar a cabo este tipo de contratos que nacen sin crédito, lo cierto es que la propuesta se dirige exclusivamente al área de las Entidades Locales al tratarse de una regulación incluida en la Disposición Adicional Tercera, dedicada a las normas específicas de contratación pública en estas administraciones: «2. *Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aque-*

llos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente».

Visto el planteamiento de la Ley, no se entiende el motivo por el que se ha restringido el alcance de esta regulación a las entidades locales. Siendo una casuística que afecta a todas las Administraciones Públicas de manera importante y, prácticamente en la misma medida, podría haberse contemplado una regulación con carácter general en el texto articulado de la Ley, máxime cuando uno de los objetivos de la nueva LCSP es dotar de agilidad al procedimiento de contratación. Resultaría más razonable que la Ley permitiera a todas las Administraciones el inicio de la contratación en esos casos, siempre con la condición suspensiva sobre la existencia de crédito en aplicación presupuestaria correspondiente. No hay que perder de vista que la tramitación anticipada de gastos tiene por finalidad posibilitar que determinadas obras o servicios a prestar por la Administración, que responden a necesidades ordinarias de la misma y cuya prestación debe iniciarse en una fecha determinada, puedan satisfacerse debidamente con respeto a la legalidad que debe presidir su actuar. Y parece indudable que, si la Ley permite la autorización de un contrato sin crédito que se va a ejecutar de un ejercicio para otro, con mayor motivo se podría considerar que dicha referencia, establecida con carácter general, se puede aplicar en el caso específico de la autorización de un contrato que se ha de ejecutar en el mismo ejercicio. Como expresa José María Agüeras Angulo, *«Carece por completo de sentido que el legislador permita la tramitación anticipada a merced de la siempre políticamente compleja aprobación del presupuesto anual, y la impida en el caso de modificaciones presupuestarias en tramitación»* (9).

Apuntando en esa dirección, en la jurisprudencia existen variadas muestras de sentencias que aceptan el hecho de que el inicio de un contrato se condicione a la existencia de crédito. Un ejemplo se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5151) que acepta el hecho de condicionar el inicio de las obras a la existencia de consignación presupuestaria en el futuro, aunque en el momento de adjudicación dicha consignación era inexistente, pues el inicio de su ejecución quedaba subordinado a que el presupuesto, que iba a ser aprobado en un momento próximo, incluyese el crédito necesario (10).

(9) J. María Agüeras Angulo. *Luces y Luces, sombras y contradicciones de la tramitación anticipada del expediente de contratación.*

(10) *«Estas pretendidas infracciones carecen de fundamento, pues, como viene a señalar el Ayuntamiento recurrido, el texto del acuerdo municipal impugnado debe ser interpretado en el marco de las actuaciones en el que fue adoptado, y, así entendido, permite ahuyentar estos reproches. La decisión de ejecución de las obras se tomó con la finalidad inmediata*

4. Desistimiento de la celebración del contrato por falta de crédito

Una cuestión adicional, muy relacionada con la tramitación anticipada y que resulta inevitable plantear cuando se trata la gestión económica de los contratos, es la posibilidad de desistir en un procedimiento de contratación cuando, con carácter previo a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación constata que no dispone de crédito en el presupuesto. Éste es, precisamente, el conflicto que se originó con un contrato licitado por el Rectorado de la Universidad de Málaga, que fue abordado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 16/2016. En este caso, el Rectorado licitó un contrato de suministro en el mes de junio de 2015. Durante la tramitación del expediente de contratación fueron interpuestos varios recursos especiales, primero contra el informe de valoración técnica emitido por la Comisión Asesora de la Universidad de Málaga, más tarde contra la propuesta de adjudicación del contrato y por último contra la adjudicación del contrato. Este último recurso se estima debiendo adjudicar el contrato a la empresa recurrente.

La licitación se ralentiza de tal forma que pese a haber iniciado el expediente en junio, es ya a final de año cuando se pueden llegar a ultimar los trámites de adjudicación —tras la resolución del recurso especial—, fecha en la que ya no hay asignación presupuestaria tras haber superado el plazo máximo de justificación de la subvención con cargo a la cual se iba a adquirir el suministro y, por tanto, haber procedido al reintegro de la misma. Por este motivo, el rectorado dicta una resolución de desistimiento de la adjudicación del procedimiento de licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 155.4 del TRLCSP, que es nuevamente recurrida por la empresa que iba a ser adjudicataria.

Tras constatar la evidente la falta de crédito suficiente en el presupuesto del ejercicio para atender al pago de la contratación del suministro objeto del procedimiento de licitación, el Tribunal considera dicho motivo fundamento suficiente para justificar la infracción del ordenamiento jurídico que el órgano de contratación manifiesta, por lo que desde esa perspectiva considera válido el desistimiento.

En sentido similar, la reducción en la partida presupuestaria ha sido admitida por la Audiencia Nacional con total normalidad como causa de interés público susceptible de renuncia de un contrato, en su Sentencia de 13 de junio de 2011 (EDJ 2011/104122), «(...)En el supuesto que nos ocupa, la

de que el municipio no perdiera las subvenciones que podía lograr para ellas, pero bajo la condición de que su inicio quedaría subordinado a que el inminente presupuesto que iba a ser aprobado incluyera el crédito necesario, y a que se tramitara la modificación del planeamiento que resultaba necesaria para lograr una clasificación del suelo que permitiera las obras»

Administración renunció a la celebración del contrato antes de la adjudicación provisional, motivado por recortes presupuestarios (13,6% del crédito inicial) acordados por el Consejo de Ministros en las previsiones de gasto destinado a la Secretaría de Estado de la Sociedad de la información (...)», lo cual, aun no tratándose del mismo supuesto, puede aplicarse por analogía al desistimiento por falta de crédito suficiente.

4. Los acuerdos marco

Los artículos 219 y siguientes de la LCSP regulan los denominados acuerdos marco, figuras que tienen como finalidad la racionalización y ordenación de la adjudicación de contratos. Se trata de acuerdos que se celebran con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado.

Sin entrar en la naturaleza jurídica o en las modalidades y límites de esta figura jurídica que ha sido analizada con profusión en numerosos informes de distintas juntas consultivas de contratación administrativa, intentado dar respuesta a las múltiples dudas de los órganos de contratación, entraré a examinar algunas cuestiones de carácter económico relacionadas con su tramitación.

En relación con el presupuesto, la doctrina es unánime al llegar a la conclusión de que los acuerdos marco no tienen que incluir el presupuesto de los contratos y ello es lógico puesto que no existe un límite de contratos ni de importes a contratar derivados de un acuerdo marco. En este sentido, hay que diferenciar el valor estimado y el presupuesto, puesto que mientras el primero no actúa como límite sino como una mera estimación, el término presupuesto alude al límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación. Su finalidad es concretar el importe máximo de gasto inicial previsto del contrato y atender a su cobertura con el correspondiente crédito que ha de existir en cuantía suficiente. *Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 17/12, de 20 de noviembre, en el que, además, señala que «la consecuencia de lo anterior es que el presupuesto ha de fijarse en todos aquellos contratos o negocios que impliquen directa e inmediatamente gasto, pero no en los que no concurre tal circunstancia, como es el caso de los acuerdos marco. El acuerdo marco no tiene límite cuantitativo de gasto, ya que no tiene presupuesto al no implicar obligación económica alguna, sin perjuicio de las estimaciones que se contengan en el expediente a los efectos de justificar la celebración de un acuerdo marco para satisfacer ciertas necesidades públicas y someterlo o no al régimen de los contratos sujetos a regulación armonizada».*

Por lo tanto, el acuerdo marco no es un contrato sino un documento en el que se fijan las condiciones para la formalización posterior de contratos

derivados. Se trata únicamente de una técnica para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios que realiza la administración y, en consecuencia, su formalización no supone un compromiso concreto de gasto en el sentido de que no crea una obligación económica para la Administración, sino que el compromiso deviene una vez que se formalizan los contratos derivados.

Como conclusión, el acuerdo marco es un expediente en el que constatación de la existencia de crédito no es forzosa, ya que no es preciso acompañar un documento contable al expediente administrativo: los documentos contables de autorización y disposición se tramitarán junto a los contratos basados en el acuerdo marco en lo que ya consta el compromiso de gasto concreto con un tercero.

IV. ALGUNAS NOVEDADES DE LA LCSP QUE AFECTAN A LOS PROCEDIMIENTOS DE GASTO

1. El procedimiento electrónico

Establece el preámbulo de la LCSP que uno de los motivos fundamentales de su elaboración ha sido *«diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos»*. Para ello, en el texto legal se advierte un importante impulso a la administración electrónica que se enmarca en la obligación acuciante de tramitar íntegramente los procedimientos administrativos mediante procedimientos electrónicos, de manera que la norma se alinea con el marco normativo de otras leyes que se inició, ya hace algunos años, con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y que culminó en el año 2015 con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) que sistematizó y profundizó en la regulación relativa al procedimiento administrativo electrónico, derogando la citada anteriormente.

Así, por citar algunos preceptos contenidos en la Ley 39/2015, el artículo 70 impone la tramitación en formato electrónico de los expedientes administrativos debiendo constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada; el artículo 71 indica que el expediente se ha de impulsar de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad; y el 75 que establece la obligatoriedad de realizar a través de medios electrónicos los actos de instrucción en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

No obstante, la disposición final séptima de la LPACAP demoró la entrada en vigor de las previsiones relativas al registro electrónico hasta dos años después de la entrada en vigor de la Ley (11) con el fin de posibilitar que las distintas administraciones lleven a cabo las adaptaciones necesarias para dar cumplimiento a esta nueva regulación.

Pues bien, estos deberes que se imponen con carácter general para los procedimientos administrativos se han anticipado en el ámbito de la contratación. En efecto, la nueva LCSP rompe con el aplazamiento ofrecido en la Ley 39/2015 estableciendo en su propia exposición de motivos que *«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»*. Lo cierto es que, a pesar del mandato legal, saltar del formato papel al formato electrónico supone un importante desafío en el que todas las Administraciones Públicas están sumidas, de manera más o menos eficaz y de manera más o menos avanzada, aunque sin haber concluido el proceso de adaptación con carácter general.

En nuestra Administración autonómica, actualmente se está produciendo un trascendente impulso para propiciar el paso a expedientes electrónicos de contratación, de forma que toda la documentación del mismo, especialmente la generada por la propia Administración (memorias justificativas, pliegos, propuestas de autorización, compromiso o reconocimiento de la obligación, documentos contables, etc...) se genere en ese formato. No obstante, puede afirmarse que el expediente de contratación continúa anclado, con carácter general, en la tradicional tramitación en papel, si bien es cierto que cada vez hay más trámites que se desarrollan en formato electrónico por lo que son frecuentes los expedientes mixtos, es decir, expedientes en los que conviven documentos emitidos en papel con otras en soporte electrónico. Por ejemplo, tras la exigencia de la presentación obligatoria de la factura electrónica en el año 2015 (12), los expedientes de reconocimiento de la obligación suelen llevar asociadas este tipo de facturas, cuya conformidad también se lleva a cabo mediante procedimientos electrónicos que se han habilitado en el sistema de registro de facturas de nuestra administración. Desgraciadamente, la resistencia al cambio y la costumbre han contribuido a que un significativo conjunto de estos expedientes que se tramitan incluyan impresa la factura, a pesar de los esfuerzos realizados para evitar que ello ocurra.

(11) Dicha demora supone un plazo hasta el 2 de octubre de 2018.

(12) Obligación que presenta algunas excepciones. Ver el artículo 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

No cabe duda de que mediante la utilización de medios electrónicos se pretende agilizar los trámites, reducir la burocracia administrativa, optimizar las gestiones, así como contribuir a aumentar la transparencia en las adjudicaciones de los contratos. En este sentido, la obligación de poner en marcha el expediente electrónico, obviamente, tiene un impacto muy directo en la gestión económica del contrato ya que requiere que todos los documentos y actuaciones que integran los procedimientos de gasto se elaboren en formato electrónico, tanto los documentos contables necesarios para la imputación del gasto en las distintas fases del procedimiento como los relativos al control interno (informes de fiscalización, por ejemplo). En este contexto, resulta imprescindible, por lo tanto, sentar las bases para la tramitación electrónica de los expedientes de gasto y los documentos contables. Pero la adaptación a los requerimientos actuales del procedimiento electrónico de la contratación y, consecuentemente de la gestión económica del gasto que origina, requiere un análisis en profundidad consistente en examinar cada uno de los procesos que intervienen en el expediente con el objeto de establecer una metodología de mejora y simplificación que posibilite la tramitación electrónica, de modo que quizá se ha de incidir en el rediseño, tanto del modelo de tramitación actual como de los formalismos a los que estamos acostumbrados. Para ello, asociado al expediente electrónico, también será necesario modificar la normativa específica en el ámbito del control interno y la contabilidad para adaptar las normas reguladoras de la función interventora a los efectos de incorporar en ellas la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ejercicio del citado control.

Termino con este tema afirmando que, además de las ventajas económicas y de simplificación administrativa que proporciona la gestión electrónica en el ámbito de la contratación administrativa, la implantación del expediente electrónico también va a conseguir que desaparezcan algunas malas prácticas a las que estamos acostumbrados en la práctica habitual de la tramitación. Por ilustrar con algún ejemplo a que me refiero con el término «malas prácticas», cabe advertir que la firma electrónica obligará a que los documentos se formalicen en el momento procesal oportuno, impidiendo su firma cuando no se refrendaron a tiempo o al menos delatando la verdadera fecha de la firma. Otro ejemplo claro tiene que ver con la trazabilidad cronológica de los expedientes electrónicos, que impedirá la posibilidad de incorporar al expediente informes o documentos de fechas anteriores que, cuando se exigen, casualmente aparecen en tiempo y forma.

2. El procedimiento simplificado del artículo 159

En el ámbito del procedimiento abierto, una de las novedades que introduce la LCSP es la nueva figura del procedimiento abierto simplificado que

resulta de aplicación hasta unos umbrales determinados. Tal y como se indica en el preámbulo de la Ley, el objetivo que se pretende con la innovación de este procedimiento es conseguir, de una manera ágil y eficaz, la adjudicación de un contrato en un plazo máximo de un mes desde que se convoca, todo ello sin descuidar, por supuesto, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato.

Para ello, se simplifican al máximo los trámites, incluida la fiscalización del compromiso del gasto, que se ha de realizar con carácter previo a la adjudicación del contrato en el plazo de 5 días, frente a los 10 días de los que se dispone, con carácter general, para la fiscalización de los expedientes.

El enfoque simplificador de este procedimiento, sin embargo, únicamente procura la reducción de plazos en la fase de adjudicación del contrato, sin entrar en el proceso de preparación que también tiene algún margen de disminución y en el que también hubiera sido positivo actuar para su simplificación. Así, entre otras cuestiones, cita la fiscalización del compromiso de gasto como si fuera el único trámite de control del expediente por parte de la Intervención General olvidando que la fase de autorización también se encuentra sometida a dicho trámite fiscal, por lo que hubiera sido muy congruente que la limitación de plazo para el ejercicio del control interno operara en ambas fases del procedimiento.

Además de estas cuestiones, lo cierto es que, para facilitar la simplificación total del expediente, las normas financieras y contables deberían renovarse en paralelo para esta modalidad de contratación, de modo que la tramitación del expediente de gasto en las licitaciones abiertas simplificadas permita una mayor agilidad, no solo la pretendida mediante la reducción legal del plazo del trámite de fiscalización previa. En este sentido, puede parecer imprescindible una reconducción de la fiscalización del expediente promoviendo alguna técnica también simplificada del control interno: bien la exención de fiscalización previa de estos expedientes —del mismo modo que ocurre con los contratos menores— o bien la aplicación de la fiscalización limitada previa.

No obstante, debe advertirse que, a pesar de que parece evidente la necesidad de abogar por la modificación en la técnica del control buscando un punto de equilibrio entre la eficiencia procedimental y la necesaria intervención del gasto, la fórmula que finalmente se adopte como modelo de control no debería ser únicamente fruto del empeño ansioso de suprimir trámites sino de una adecuada reflexión que permita llevar a cabo las tareas de control de legalidad sin pérdida de eficacia en su realización.

3. El contrato menor

Una de las más importantes novedades que se han producido en la LCSP vigente tiene que ver con el contenido del expediente en el caso de los contratos menores. Hasta su entrada en vigor, en los contratos menores la tramitación del expediente sólo exigía la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, debiendo añadir, en el contrato menor de obras el presupuesto de las obras, el proyecto cuando normas específicas lo requieran, y el informe de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

No obstante, en nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón impone al órgano de contratación la obligación de solicitar al menos tres ofertas en determinados contratos menores, ofertas que, indudablemente, deben formar parte del expediente de contratación.

En la actualidad, la nueva Ley es más exigente, no solo por la reducción de los límites cuantitativos necesarios para considerar menor el contrato, sino por la obligación que impone el artículo 118 de incorporar al expediente nueva documentación:

Por una parte, es preceptivo motivar específicamente la necesidad del contrato mediante la elaboración de un informe de necesidad.

- Por otra parte, se ha de justificar que no se altera el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra límite de los contratos menores, justificación únicamente excepcionada para contratos de exclusividad técnica, obras artísticas, protección de derechos exclusivos, incluidos derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Al margen de la marcada complejidad que está suponiendo el cumplimiento de este artículo 118 en la práctica, sobre todo a la vista de los variados y heterogéneos criterios interpretativos, lo cierto es que las modificaciones que la Ley instaura sobre el contenido del expediente de los contratos menores no deberían tener impacto alguno sobre el procedimiento de gasto con respecto a la tramitación que se venía realizando en base a la regulación anterior.

Y ello es así porque en nuestra Administración autonómica, igual que ocurre en la mayoría, si no en todas las Administraciones Públicas, los contratos menores son expedientes que se encuentran exentos de fiscalización previa, tal y como lo determina la Ley de Hacienda de Aragón en su artículo 73.

No tanto por este motivo, sino por la simplificación procedimental de una modalidad de contrato que nació para abreviar el trámite administrativo, en la

Administración de la Comunidad Autónoma hay una tradición contable, manifestada en varias circulares de la Intervención General, que ha permitido desde hace años acumular en un solo acto contable las sucesivas fases de aprobación, disposición y reconocimiento de la obligación, de manera que se permite la expedición de un documento contable ADO en el momento del reconocimiento de la obligación, momento que coincide con la aceptación de la factura.

Pero se ha de tener claro que esta circunstancia no exime al órgano de contratación de pasar por todas las fases descritas en los epígrafes precedentes, debiéndose manifestar dicha circunstancia con la formación de un expediente que contenga todos los documentos descritos. La acumulación de las fases contables únicamente permite registrar en un solo trámite contable todos los trámites administrativos que no se contabilizaron a medida que se producían, siendo necesaria su evacuación durante todo el proceso de tramitación del expediente administrativo de acuerdo con el camino trazado en la norma: justificaciones requeridas, aprobación del gasto, adjudicación del contrato, conformidad de la factura y reconocimiento de la obligación.

En conclusión, la posibilidad que se ofrece de acumular todas las fases del gasto no implica la acumulación de las fases administrativas que han de seguir su curso.

En este punto hay que hacer una llamada de atención, de nuevo, sobre la obligación que tiene el órgano de contratación de comprobar la existencia de crédito antes de iniciar cualquier contrato. Lo cierto es que la LCSP al determinar los documentos que conforman el expediente de un contrato menor, no exige la acreditación de incorporar un certificado que acredite la existencia de crédito. Pero esta tolerancia procedimental no es óbice para que, previamente a la autorización del correspondiente gasto, se haya realizado dicha comprobación incluso con el registro de un documento contable R que acredite la cobertura financiera necesaria para hacer frente a la posterior imputación presupuestaria de ese gasto.

Al margen de todo lo que se ha expuesto sobre el contenido del expediente, no hay que olvidar que, como ya se ha indicado, este tipo de contratos se encuentran exentos de fiscalización previa, alcanzando tal exención a las fases de autorización y de adjudicación, por lo que, a pesar de que el documento contable contenga toda la documentación concerniente al expediente, el alcance de la fiscalización se ha de limitar al reconocimiento de la obligación. En ese sentido, y con el fin de aclarar las dudas que se suscitaron tras la entrada en vigor de la Ley sobre este tema, se publicó en el mes de abril la Instrucción 1/2018, de la Interventora General de la Administración de la Comunidad Autónoma, sobre la fiscalización de los contratos menores, en las que se definen con claridad los extremos que se han de comprobar en la fiscalización de estos concretos expedientes.

4. Especial referencia a los contratos los contratos menores pagados mediante anticipos de caja fija

El modo habitual de extinción de las obligaciones contractuales exigibles a la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón es el pago al acreedor —o a la persona autorizada a recibirlo en su nombre—. En la generalidad de los casos, estos pagos directos al acreedor se efectúan por la Tesorería de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de sus Organismos Autónomos.

A pesar de esta regla general, también se admite, aunque de manera excepcional, que el pago de las obligaciones a sus acreedores se realice directamente por cajas pagadoras autorizadas en los Departamentos y en los organismos autónomos, cajas que previamente habrán recibido provisiones de fondos de la Tesorería para su aplicación, precisamente, a la extinción de obligaciones. Se trata de los anticipos de caja fija, fondos de carácter extrapresupuestario y permanente que se sitúan en las cajas pagadoras para permitir la inmediata realización y pago de gastos de pequeña cuantía en bienes y servicios y los de carácter periódico o repetitivo y su posterior imputación al correspondiente capítulo de gasto del presupuesto.

Se trata, en definitiva, de cantidades que sirven para pagar pequeños gastos y cuya existencia se justifica precisamente porque tramitar un expediente de gasto para estas pequeñas cantidades no parece muy adecuado, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia. Por su naturaleza y características, los gastos efectuados mediante los anticipos de caja fija se encuentran exentos de fiscalización previa, no solo en su fase de autorización y disposición, sino también en el momento del reconocimiento de la obligación, de modo que el control de los gastos realizados se somete a un control financiero posterior.

Es, por lo tanto, un sistema excepcional de tramitación y de pago que proporciona agilidad en la tramitación del gasto al poder efectuar todas las fases del gasto, incluido su pago, en el entorno de propio órgano de contratación sin necesidad de enviar el expediente de contratación a ningún órgano ajeno al mismo. Por ello, en algunas Administraciones Públicas —no en la nuestra— es obligado que los gastos por debajo de una determinada cuantía se satisfagan obligatoriamente mediante los anticipos de caja fija.

Como novedad con respecto a la norma anterior, los contratos menores pagados mediante los anticipos de caja fija, siempre que su importe sea inferior a 5.000 euros, se citan por primera vez en la LCSP en tres ocasiones:

- en el artículo 63, con el fin de exceptuarlos de la publicación en el perfil del contratante,
- en el artículo 335, en el que se omiten de la relación de contratos menores que se ha de remitir al Tribunal de Cuentas u órgano externo de

fiscalización de la Comunidad Autónoma, en nuestro caso, a la Cámara de Cuentas.

- por último, en el artículo 346 se exceptúan de la comunicación al registro de contratos.
- Así las cosas, la LCSP permite que, con el empleo del contrato menor en los términos descritos, esto es, cuando el contrato de que se trate no supere los 5.000 euros y se pague por medio del sistema de anticipo de caja fija, se produzca una exención a las obligaciones de publicidad, transparencia y remisión que, con carácter general, se establecen para el resto de contratos.

Resulta sorprendente que estas exenciones no están previstas para contratos que, limitados por la misma cuantía, se hayan abonado «en firme» es decir, por el sistema ordinario de la Tesorería. Ello parece manifestar que la voluntad del legislador no está encaminada a eximir de esas exigencias a los gastos por su cuantía, sino en función de cómo se contrae la obligación. No obstante, hubiera sido preferible que la Ley hubiera realizado un tratamiento similar para todos los gastos de menor cuantía de modo que, independientemente de su forma de pago, les resulte de aplicación el mismo tratamiento en cuanto a las citadas obligaciones de publicidad y transparencia.

En definitiva, la aplicación conjunta de la LCSP y de la normativa en materia de hacienda única y exclusivamente exime a los contratos menores pagados mediante el sistema de anticipo de caja fija, tanto del régimen de control previo, como del régimen de publicidad, lo cual crea un pequeño «agujero negro» que puede facilitar la consumación de abusos en cuanto a la posibilidad de eludir las limitaciones que la LCSP impone a los contratos menores. Ahora bien, hecha esa afirmación hay que matizar dos aspectos importantes:

- Por una parte, la exención de intervención previa no significa que sean fondos carentes de justificación y control que, como se ha explicado, se ha de realizar posteriormente, en el momento en que se realice la cuenta justificativa del empleo de los fondos, que debe incluir los justificantes de pago.
- Por otra parte, el riesgo de fraude se limita a una pequeña cuantía teniendo en cuenta que, al menos en nuestra Administración, la normativa de los anticipos de caja fija restringe la posibilidad de realizar pagos superiores a 3.005 euros (sin posibilidad de fraccionar un único gasto en varios pagos) y ciñe la cuantía global de los anticipos de caja fija, como máximo, al 7% del total de los créditos del capítulo destinado a gastos en bienes y servicios del presupuesto vigente en cada momento, cuantía que, ni remotamente, se llega a agotar.

- En cualquier caso, no hay que olvidar que el artículo 118 de la Ley no realiza ninguna limitación, en cuanto al contenido del expediente se refiere, para gastos de pequeña cuantía, de modo que, aun recurriendo al sistema de los anticipos de caja fija para esos pequeños gastos, el órgano de contratación está obligado a arbitrar el mismo procedimiento administrativo contractual que para el resto de los contratos menores, lo cual quizá resulta excesivo. Pensemos en pequeños gastos como el pago de un taxi o la compra de un sello de caucho para la oficina. Sin embargo, no puede ser la normativa en materia presupuestaria y de hacienda la que ha de dar respuesta a estas dificultades.

6. El procedimiento de la asociación para la innovación

Otra de las principales novedades de la LCSP es la creación del nuevo procedimiento denominado «asociación para la innovación» con el fin de desarrollar nuevos productos, servicios u obras innovadores con vistas a la posterior compra del resultado de dicho desarrollo, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes. Este nuevo procedimiento se encuadra en una nueva vía para favorecer la contratación con empresas innovadoras, si bien la Ley marca una restricción para su aplicación, como es que se requieran nuevos productos, obras o servicios que no se encuentren disponibles en el mercado. En definitiva, se trata de un nuevo procedimiento previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo.

No es el objetivo de este apartado entrar a analizar ni los orígenes de su regulación ni las características propias de este tipo de procedimiento, que, dicho sea de paso, se configura con cierta complejidad, resultando bastante confuso por las indefiniciones que la LCSP deja abiertas, que dan lugar a muchas incertidumbres. Sin embargo, si me gustaría analizar su regulación únicamente en lo que se refiere a los aspectos que pueden afectar a su tramitación económica y en los que se pueden producir ciertos interrogantes que irán resolviéndose a media que, con la práctica administrativa, se adopten decisiones y se evacúen interpretaciones por parte de los órganos consultivos en materia de contratación.

En lo que se refiere a las actuaciones preparatorias del contrato, obviamente al tratarse de un procedimiento de adjudicación, la Ley no diferencia especialmente ninguna norma específica para asociación para la innovación diferente al conjunto de las aplicables a otro tipo de procedimientos, por lo que será necesario preparar un expediente de contratación con los mismos requisitos, incluido el certificado de existencia de crédito. Ahora bien, una

de las principales complejidades va a radicar en la determinación del valor estimado del contrato que debe incluir tanto las actividades de investigación y desarrollo previstas, como las obras, suministros o servicios que se realicen a lo largo de la duración total de la asociación. Esta valoración puede resultar considerablemente compleja teniendo en cuenta la dificultad que entraña la determinación de los costes de las actividades de investigación y desarrollo, en un contrato que, por su naturaleza, persigue el desarrollo de soluciones innovadoras. Por ello, se puede llegar al extremo excepcional de tener que celebrar el contrato con precios provisionales cuando la determinación del precio, previamente al inicio de la ejecución, no haya sido posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o porque no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto. Tal posibilidad, permitida en el artículo 102 de la LCSP, será fácil que se produzca en este tipo de procedimientos y dificultará, tanto la valoración del contrato, como la estimación de la consignación presupuestaria necesaria.

La segunda cuestión que debería quedar perfectamente determinada en la documentación preparatoria del contrato es el momento de la formalización contractual. Y ello lo menciono porque se trata de un procedimiento que se estructura en sucesivas fases que no se encuentran perfectamente definidas en la Ley y cuyo cumplimiento tiene difícil conciliación con las fases de gestión presupuestaria. En efecto, en este procedimiento de adjudicación se distinguen de manera esquemática cuatro momentos claramente diferenciados: selección de candidatas, negociación con los licitadores, asociación con los socios y adquisición del producto resultante.

Dejando al margen las dos primeras, que son meros trámites de selección de socios, la ley no aclara en qué momento se ha de formalizar el contrato —y por lo tanto se produce el compromiso de gasto— cuestión a mi juicio particularmente compleja y que constituye uno de los principales puntos de indeterminación del procedimiento. De hecho, la LCSP no se refiere a la adjudicación del contrato, sino que el artículo 179 alude a la adjudicación de la asociación, tanto en su título, como en el texto que contiene, sin que haya referencia sobre el contenido que tal adjudicación ha de contener, al no tratarse de una figura contractual, al menos de las típicas que recoge la ley.

Pero, es más, continúa la Ley indicando que, terminados los trabajos de investigación y desarrollo, es cuando el órgano de contratación ha de evaluar los resultados y sus costes, antes de decidir *sobre la adquisición* de las obras, servicios o suministros resultantes, de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Para ello, se puede presentar un nuevo procedimiento de selección para elegir al empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones cuando la asociación se haya realizado con

varios empresarios. ¿Puede entenderse, por lo tanto, que en este tramo final del procedimiento es cuando, en su caso, se ha de formalizar el contrato? No parece que sea esta la respuesta ya que la ley únicamente menciona el término «resolución» como el acto administrativo del que se derivan las adquisiciones en esta fase, resultando en este punto muy confusos los términos con los que se expresa la norma.

En cuanto al precio, ya he mencionado la posibilidad de que no sea fijado antes del inicio de la ejecución del contrato. Pero, una vez fijado, tampoco es evidente en qué momento se ha de satisfacer: ¿al realizar las adquisiciones en el caso de que se lleven a efecto o se puede retribuir a los empresarios «asociados» durante el periodo de investigación y desarrollo? Quizá ayudará a despejar dudas en este sentido el desarrollo reglamentario que, en virtud del artículo 177 de la LCSP se elabore para establecer el régimen aplicable en esta fase de investigación y desarrollo de los contratos.

En definitiva, la Ley abre la puerta a un procedimiento novedoso para dar respuesta a la contratación de innovación que es tan innovador en sí mismo que va a hacer falta ciertas dosis de imaginación, pero también de sentido común, para poder culminar con éxito su aplicación en la práctica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO PARDO, Pablo (2016): «El procedimiento administrativo de gasto ante las nuevas leyes de procedimiento administrativo», *Revista española de Control Externo* vol. XVIII, n.º 54, pp. 187-227.
- FUEYO BROS, Manuel (2015): *El régimen económico financiero de la contratación*.
- Grajal Caballero, Inmaculada (2011) «El control de la contratación de las administraciones públicas», *Auditoría Pública* nº 54, pp. 55-70.
- MERINO GÓMEZ, Gustavo (2014): «La directiva de contratación pública de 2014: ¿nuevas soluciones a viejos problemas?», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso, pp. 187-195.
- PRADA RODRÍGUEZ, Alba y HERRERO GONZÁLEZ, Elena (2015): «Reconocimiento extrajudicial de crédito», *Revista Auditoría Pública* nº 66, pp. 119.126.
- SÁNCHEZ REVENGA, Jaime (2009): *Manual de presupuestos y gestión financiera del sector público*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- VALERO ESCRIBANO, José Ignacio (2015): «La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares», *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII n.º 50, pp. 149-179
- VV.AA. (1994): *La ejecución del gasto público: procedimientos y control*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

NOVEDADES EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ESPERANZA RÍOS MARÍN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.– III. ÁMBITO OBJETIVO: 1. Contratos susceptibles de recurso especial. 2. Actuaciones recurribles.– IV. GRATUIDAD DEL RECURSO.– V. LEGITIMACIÓN.– VI. NOVEDADES PROCEDIMENTALES: 1. Medidas cautelares. 2. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición. 3. Forma y lugar de interposición del recurso especial. 4. Acceso al expediente de contratación. 5. Resolución del recurso especial.– VII. REGULACIÓN DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.– VIII. INCIDENCIA DE LA LCSP EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN ARAGONESA, EN CUANTO A LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.– IX. CONCLUSIÓN.– X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El recurso especial en materia de contratación se ha consagrado como instrumento de control eficaz en la contratación pública. La regulación que la Ley de Contratos del Sector Público realiza del mismo, supone un significativo avance, de manera que se atiende a las exigencias del derecho comunitario y se incorporan en el texto legal, aspectos que venían siendo doctrina de los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales. No obstante, se comprueba como la nueva regulación alberga aspectos que son cuestionados, perdiéndose la oportunidad de solucionar en la norma temas controvertidos. También, se hace una referencia a la regulación autonómica aragonesa en esta materia.

Palabras clave: recurso administrativo especial en materia de contratación; contratos públicos; novedades.

ABSTRACT: *The special resource on public procurement has been enshrined as an effective control instrument in public procurement. The regulation that the Public Procurement Law realizes, it represents a significant advance, so that the requirements of the EU Law are compliments and aspects that have been the doctrine of the organs in charge of the resolution of the resources on public procurement, they are incorporated into the legal text.*

However, it is verified how the new regulation has aspects that are questioned, losing the opportunity to solve controversial issues in the norm. Also, a reference is made to Aragonese autonomic regulation in this matter.

Key words: Special resource on public procurement, public sector contracts, noveltys.

I. INTRODUCCIÓN

En el Boletín Oficial del Estado, de 9 de noviembre de 2017, se publica 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) y, como el propio Preámbulo de dicha norma indica, «si bien el motivo determinante de la Ley es la transposición de las dos Directivas citadas, no es el único».

Y continúa señalando que «esta Ley teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos».

Prueba de que la LCSP no se limita únicamente a transponer las Directivas comunitarias, es la nueva regulación que se confiere al recurso especial en materia de contratación (1), donde se incluyen novedades en aspectos muy significativos que a continuación pasaremos a exponer.

El recurso especial en materia de contratación tiene como base la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo (2), en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Si bien, puesto que el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública está regulado principalmente por las Directivas 2014/23/UE y 2014/24 / UE, el ámbito objetivo del recurso viene determinado por el contenido de las mencionadas Directivas, de tal forma que cualquier posible infracción de las mismas, será susceptible de recurso. Y como ejemplo, encontramos que la

(1) Y esto es así puesto que de conformidad con el considerando 122 de la Directiva 2014/24/UE «...Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva».

Y en cuanto a la Directiva 2014/23/UE de concesiones, en su artículo 46, modifica el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE.

(2) Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2005, Fabricom, «Las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse».

Directiva 2014/24/UE, ha visto ampliado su ámbito objetivo en aspectos de la ejecución del contrato que son susceptibles de recurso especial.

La evolución en la regulación del recurso especial ha sido satisfactoria (3), pues se concibe como un instrumento clave para garantizar la transparencia en la contratación pública (4).

Prueba de ello es el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública, publicado el 24 de enero de 2017, en el que se concluye que las Directivas sobre procedimientos de recurso, en especial las enmiendas introducidas por la Directiva 2007/66/CE cumplen en gran medida sus objetivos de manera eficaz y eficiente, aunque no ha sido posible cuantificar el alcance concreto de sus costes y beneficios.

En relación con la eficacia, el mencionado Informe señala que las Directivas sobre procedimiento de recurso han cumplido por lo general sus objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación. Y por lo que se refiere a la eficiencia, estas Directivas proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados tanto directos como indirectos (5).

En el presente estudio, nos vamos a centrar en las novedades en la regulación del mencionado recurso en la nueva LCSP y para ello, vamos a referir en primer lugar a la evolución normativa que ha tenido el recurso especial en materia de contratación hasta la LCSP, de tal forma que llegados a la nueva regulación destacaremos aquellos aspectos novedosos que tienen una incidencia relevante para, finalmente y a la vista de lo expuesto extraer las conclusiones pertinentes.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Brevemente, vamos a referirnos al tratamiento que al recurso especial en materia de contratación se ha conferido en las leyes estatales de la contratación pública a resultas de la transposición de las Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español.

Así, en primer lugar en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, expresamente se señalaba que «... no se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE porque la materia de recursos que constituye

(3) VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: p. 4).

(4) COLÁS TENAS (2017: p. 145).

(5) <http://www.eur-lex.europa.es>

su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido», por tanto, se entendía que el régimen de recursos administrativos existente era suficiente.

Sin embargo, quedaba puesto de manifiesto que el mencionado régimen de recursos adolecía de deficiencias, de tal manera que el Reino de España fue condenado por incumplimiento de las citadas Directivas (6). Esta y otras cuestiones determinaron la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, que por lo que aquí nos ocupa, reguló un sistema específico de recursos en materia de contratación pública que resultó ser ineficaz, de forma que España fue nuevamente condenada, esta vez en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/06) (7).

En ese contexto se aprobó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, como consecuencia de la necesidad de incorporar a nuestra legislación el contenido de las Directivas de recursos en el redacción dada por la Directiva 2007/66/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2007, que introdujo modificaciones tanto en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, como en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, la energía, los transportes, y los servicios postales, teniendo especial relevancia en ellas la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y reconociendo la posibilidad a las comunidades autónomas de crear órganos análogos (8) a los cuales se les atribuyó la competencia para conocer y resolver en su ámbito respectivo los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad que ambas leyes regulaban (9).

Después la Ley 34/2010, junto con otras, sería refundida para dar lugar al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), en el que se suprimió el Libro VI, incluyendo la regulación del recurso y sus

(6) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00) y Sentencia de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00).

(7) Los motivos fueron tres: la falta de previsión de un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificase su decisión acerca de la adjudicación de un contrato a todos los licitadores; la falta de previsión de un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración; y la ineficacia de las medidas provisionales. GÓMEZ FARIÑAS (2016: p. 85)

(8) En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector Público de Aragón, creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

(9) Así reza el preámbulo del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

órganos resolutorios en el Libro I, Título I, Capítulo VI, en los artículos 40 a 47 bajo la rúbrica «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resoluciones de conflictos», se regulaba el recurso especial en materia de contratación.

También debemos señalar que, posteriormente, en sede reglamentaria, se aprobó mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el Reglamento de Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), con el propósito, a la luz de la experiencia de los órganos de resolución de recursos contractuales, de dotar a tales órganos y a quienes hayan de acudir a ellos en el ejercicio de la defensa de sus intereses o derechos, de normas de actuación precisas y concretas (10).

El citado Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición final primera tiene el carácter de básico en lo que se refiere a la regulación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación. Se trata de una norma a través de la cual se lleva a cabo el desarrollo del régimen procedimental contenido en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

La regulación que hizo el RPERMC, fue bien recibida (11) ya que en su contenido adoptó, en buena medida, el criterio que en determinadas materias habían seguido los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, en cuestiones que el TRLCSP no disciplinaba con detalle, de manera que al regularse en sede reglamentaria cuestiones sobre las que se habían ido pronunciando los órganos encargados de la resolución de contratos, confería al procedimiento mayor seguridad jurídica (12).

Y de esta manera llegamos a la LCSP (13), y en concreto por lo que aquí nos ocupa, a la regulación que del recurso especial en materia de contratación se hace en la mencionada norma, (Capítulo V, artículos 44 a 60, Título I del Libro I), con la pretendida finalidad de mejorar este instrumento de defensa de los interesados en las contrataciones públicas, incorporando en algunos aspectos la doctrina que los distintos órganos encargados de la resolución de

(10) BOE Número 230, de 25 de septiembre de 2015.

(11) HERNANDO RYDINGS (2013 p. 336) La citada autora, refiriéndose en su estudio al Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual, concebía al reglamento como «una cláusula de cierre que viene a normativizar y sistematizar la mayoría de los problemas procedimentales a los que se venían enfrentando los tribunales».

(12) Esta norma reglamentaria continúa vigente en aquello que no sea contrario a la LCSP, hasta la aprobación del reglamento que la desarrolle.

(13) Al contener la LCSP variaciones respecto de la regulación anterior, por lo que respecta al RPMEC, en todo lo que no se oponga a la LCSP, este Reglamento, dotado de carácter básico en parte de sus preceptos, continúa en vigor.

los recursos contractuales han recogido como práctica en sus resoluciones y acuerdos (14).

III. ÁMBITO OBJETIVO

1. Contratos susceptibles de recurso especial

Desde el inicio de su regulación, el recurso especial se ha concebido como un recurso administrativo (15) teniendo como objeto las infracciones legales que acaezcan en el procedimiento contractual, si bien, la interposición de dicho recurso especial no cabe contra todos los actos que se dicten en relación con cualquier contrato del sector público (16), sino que se trata de un recurso de utilización exclusiva para determinados actos que afectan a determinados contratos.

(14) ORTEGA MONTORO (2012: <http://www.elderecho.com>): «Sin duda, la casuística presentable es infinita y la competencia entre empresas por la adjudicación de los contratos públicos multiplica la conflictividad en todos estos casos. Por ello, resulta obligada la búsqueda de referencias interpretativas y aplicativas que clarifique muchas de las dudas que suscita esta normativa cuando es llevada a la práctica, y es aquí donde juega un papel fundamental la doctrina emitida por los tribunales administrativos de contratos, y también de los órganos consultivos estatal y autonómicos en materia de contratación administrativa, que con sus cualificadas opiniones contribuyen a establecer criterios operativos de resolución de problemas que suelen manejarse, con la fuerza del precedente administrativo, por los distintos órganos de contratación a la hora de enfrentarse a un conflicto interpretativo en la contratación. Los operadores conocemos la necesidad de conocer y manejar esta poderosa doctrina, por su valiosa aportación y por la cantidad de problemas que luego suelen repetirse en la práctica a la que atiende aquella, y siempre atentos claro está a la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación de la legislación contractual».

(15) PARDO GARCÍA VALDECASAS (2018: p. 602). «Esta condición de administrativo está admitida por la Directiva de recursos, cuyo artículo 2.9 expresamente menciona la posibilidad de que el órgano encargado de resolver el recurso no sea de carácter jurisdiccional, lo cual por pura lógica nos lleva a concluir que puede tratarse de un órgano administrativo. Siendo así, la lógica impone considerar que si el órgano que lo resuelve es de naturaleza administrativa, igualmente lo será el procedimiento mediante el cual se dicta la resolución... Conviene hacer mención en este punto a la particularidad que representa el hecho de que de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estos órganos deben ser considerados como jurisdiccionales a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea... Sin embargo, esta declaración jurisprudencial, con tener gran importancia desde el punto de vista de la conceptualización de los Tribunales de recursos contractuales, no altera en absoluto la naturaleza del recurso especial de que estos conocen, que, pese a ella, sigue siendo un recurso administrativo».

(16) HERNÁNDEZ SALGUERO (2018: p. 641). La autora señala que «el recurso especial presenta un ámbito objeto de aplicación definido de forma positiva y negativa y en dos niveles, el primero relativo a los tipos de contratos en que opera y el segundo relativo a los actos y decisiones recurribles».

En primer lugar, como a continuación vamos a señalar, son susceptibles de recurso especial los contratos que alcancen una determinada cuantía, y si hay una cuestión sobre la que de forma reiterada se ha pronunciado de manera crítica la doctrina (17) así como el Consejo de Estado (18) es acerca de la doble tutela existente en el ámbito de la contratación pública como consecuencia de distinguir el acceso a la vía del recurso especial por razón de la cuantía, circunscribiéndolo hasta esta nueva regulación, a los contratos armonizados (19).

Así, en palabras de DÍEZ SASTRE «...en los supuestos en que se determinan las condiciones para la obtención de tutela, cuesta entender que el criterio económico constituya una razón adecuada para restringir la protección de unos licitadores frente a otros, porque los intereses en liza en la adjudicación de contratos públicos son los mismos con independencia de su valor económico. La cuantía de la indemnización obtenida no puede basarse en el volumen económico del contrato, sino en los daños verdaderamente causados» y concluye la citada autora señalando que «En estos casos, la superación del test del principio de igualdad exige la realización de una interpretación conforme a la Constitución que extienda la regulación más favorable para los interesados a todos los supuestos de contratación pública, pues de lo contrario sí podría considerarse que el legislador introduce una diferenciación insuficientemente justificada que vulnera el principio de igualdad en la Ley consagrado en la Constitución» (20).

Y es que sin duda, la existencia de este doble rasero para la tutela en los procedimientos contractuales, supone que aquellos que no lleguen a las cuantías fijadas por la Ley, no tienen acceso a esta vía y puedan ver frustradas las garantías de sus derechos, simplemente porque el legislador ha optado por realizar la distinción para poder interponer un recurso especial en base

(17) GIMENO FELIÚ (2010: p. 312 y 313) «Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los contratos públicos».

MORENO MOLINA (2009: pp. 207) «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada».

(18) Ya en el Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, respecto al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Dictamen 449/2010, de 29 de abril, respecto al Anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre y 31/2007, de 30 de octubre, fue objeto de crítica esta regulación y se entendía que debería de haberse extendido el recurso especial a todos los contratos del sector público. En concreto el Consejo de Estado manifiesta que «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».

(19) Las cuantías para acceder al recurso especial en Aragón son objeto de estudio en el presente trabajo en el apartado VIII.

(20) DÍEZ SASTRE (2012: p. 323).

a que debe alcanzarse un determinado umbral económico, según la tipología de contrato, lo cual no deja de ser paradójico, si por otra parte y a lo largo de la nueva LCSP, se pretende la promoción de las PYMES (21) y el recurso especial está pensado para cuantías económicas considerables (22).

En el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, se daba por bueno el sistema contemplado en el TRLCSP, en cuanto a que el recurso especial en materia de contratación tuviera como requisito para su interposición alcanzar la cuantía correspondiente a los contratos sujetos a regulación armonizada, y ello pese a que, de nuevo, en el Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido sobre el mencionado Anteproyecto de Ley, se consideraba injustificada esta dualidad de sistemas de recursos, tal y como en anteriores ocasiones también el mencionado órgano había puesto de manifiesto.

Sin embargo y como consecuencia de la tramitación parlamentaria (23), el umbral comunitario finalmente, no va a ser el que defina las cuantías para interponer este recurso en las distintas modalidades contractuales, pues tal y como acabamos de comprobar, se rebaja el umbral comunitario de tal manera, que, en la nueva LCSP ya no son coincidentes los contratos sujetos a regulación armonizada con los susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Es decir, que se desvincula el carácter de los contratos armonizados y el recurso especial.

(21) Como ejemplo podemos citar el artículo 334.2 f) de la LCSP en el que se establece que «La Estrategia Nacional de Contratación Pública se diseñará para establecer medidas que permitan cumplir los siguientes objetivos: f) Promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública».

Según el artículo 2 del Anexo I del Reglamento (UE) número 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 «la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR»

(22) COLÁS TENÁS (2017: p. 148) considera un acierto esta minoración de los umbrales, pues según manifiesta el mencionado autor «... carecía de sentido que los umbrales de acceso al recurso especial en materia de contratación fueran tan elevados en los contratos de obras (valor estimado de 5.225.000 euros) que, además, resultaba desproporcionado en relación con los umbrales establecidos para los contratos de suministros y servicios (valor estimado mayor de 135.000 ó 209.000 euros)». Las cifras mencionadas fueron modificadas a tenor de la Disposición adicional undécima de la LCSP, donde se recoge que las cifras que, en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea, sustituirán a las que figuran en el texto de esta Ley, y así mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, 1298/2017, de 26 de diciembre, se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018, estableciendo en el artículo 1 las nuevas cuantías.

(23) La regulación resultante lo fue como consecuencia de la aceptación de las enmiendas 47 del GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 215 del GP Esquerra Republicana, 493 del GP Socialista, 414 del GP Ciudadanos y 840 del GP Mixto-PDeCAT.

Así, con la entrada en vigor de la LCSP y según la redacción del artículo 44 de la LCSP dedicado a los actos recurribles, se comprueba como los umbrales se han visto considerablemente rebajados (contratos de obras, concesión de obras o de servicios, 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) (24), lo que supone un avance en cuanto ir logrando un régimen de tutela más homogéneo y que confiera de suyo un trato más igualitario en la contratación pública. En palabras de GIMENO FELIÚ «La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe» (25).

Por otra parte, también se incluye como susceptible de recurso especial las concesiones de obras y servicios (26) cuyo valor estimado supere los tres millones de euros. Se elimina con la nueva regulación el requisito de la temporalidad de cinco años y, como hemos señalado, se refiere al valor estimado, en este caso, igual que ocurre con los contratos de obras que superen los tres millones de euros, como criterio para poder ser recurrible en la modalidad del recurso especial (27).

(24) Lo más destacable de la regulación del recurso especial contenida en el Capítulo V del Libro Primero de la nueva LCSP (artículos 44 y ss.), como se verá, es la ampliación de su ámbito de aplicación, lo que exigirá una dotación suficiente de medios a los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, para que la garantía de tutela restitutoria que les corresponde siga siendo una realidad. <http://www.ccy.l.es/es/tribunal-administrativo-recursos-contractuales-castilla-leon>.

(25) GIMENO FELIÚ (2017: p. 170).

(26) Esta regulación trae causa en el Derecho comunitario que ha regulado por primera vez el régimen jurídico específico de las concesiones de obras y de servicios en 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.

(27) Recordemos como en el TRLCSP en el artículo 40 se determinaba la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Con la transposición de las Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español y de conformidad con el documento presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016, se considera que, a tenor de los artículos 46 y 47 de la Directiva de concesiones, debe interpretarse que se desplaza la previsión del artículo 40 del TRCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Por ello, los contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, se consideraron sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión superase el umbral comunitario (5.225.000 euros), y de conformidad con lo dispuesto en el considerando 81 y en el artículo 46 de la mencionada Directiva el recurso especial en materia de contratación abarcará también a la concesión de servicios.

Consideramos conveniente en este apartado hacer una matización en cuanto a la importancia en la calificación de un contrato pues el hecho de que un contrato se califique como concesión de servicios y no de como contrato de servicios (28) deriva en consecuencias importantes ya que la errónea calificación de un contrato como concesión de servicio público, cuando la correcta era la de contrato de servicios, constituyó la *ratio decidendi* que llevó al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a anular la adjudicación contra la que se había interpuesto recurso especial por Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, reiterando que «Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operativo de la explotación, lo que no sucede en el contrato ahora recurrido». El Tribunal apoya su posición, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser), de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater) y de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

Y por último, en este apartado, comprobamos como el legislador incorpora en el texto de la Ley a los contratos administrativos especiales, también siguiendo la doctrina de los órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales, que entendemos con acierto, admitían a trámite los recursos especiales que se venían planteando contra contratos calificados de administrativos especiales (29). Y aunque verdaderamente esta modalidad contractual a lo largo de las diferentes leyes de contratos ha devenido como residual (30) comporta una mayor seguridad jurídica y por tanto mayor garantía de tutela el hecho de que los contratos administrativos calificados como de especiales y a tenor de la propia Ley se encuentren incluidos en el artículo 44 de la LCSP.

(28) La diferenciación entre los contratos de servicios y el contrato de concesión de servicios (anterior contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión) ha sido tratada, entre otras, en la Resolución 346/2013, de 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Resolución 39/2016, de 18 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

(29) Aunque el contrato administrativo especial ha quedado relegado como una modalidad residual, no obstante hay prestaciones que se siguen calificando como tal, sobre todo en el ámbito local, y así el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en los Acuerdos 59/2013, de 28 de octubre y 13/2014, de 4 de marzo resolvió sobre recursos interpuestos contra contratos calificados como administrativos especiales puesto que se consideró, entendemos que con acierto, que debía primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión Europea. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 175/2017, de 17 de febrero.

(30) GIMENO FELIÚ (2010b pp. 141-145).

2. Actuaciones recurribles

Se comprueba como en el artículo 44.2 de la LCSP, se amplía el abanico de actuaciones que son objeto de recurso, puesto que dentro del apartado dedicado a los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, además de los actos susceptibles de este recurso ya contemplados en el artículo 40 del TRLCSP, con la LCSP también podrán impugnarse en su calidad de actos de trámite cualificados, no sólo aquellos por los que se acuerde la exclusión de los licitadores, sino los que decidan sobre su admisión o inadmisión o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 de la LCSP.

Esta regulación viene determinada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo y otros, contra la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (as. C-391/15) donde el mencionado Tribunal concluye que la Directiva 89/665/CEE se opone a «una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente».

Esta cuestión tiene una enorme relevancia al ser previsible que tenga gran incidencia en la práctica diaria de los procedimientos de contratación, tal y como apunta el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 246/2017, de 13 de septiembre, en la que concluye a la vista de la sentencia mencionada anteriormente que «No cabe por otro lado desconocer que desde el punto de vista de la gestión contractual se abre un panorama difícil sobre todo en licitaciones como la que ahora nos ocupa, con nueve empresas licitadoras y 48 lotes, frente al supuesto que sirve para plantear la cuestión prejudicial en que solo había dos licitadoras, dos Uniones Temporales de Empresas, puesto que al ser posible la impugnación vía recurso especial de los actos de admisión y publicarse por efecto de la Ley de Transparencia los distintos actos que se produzcan en el procedimiento de licitación resultará imposible «evitar» recursos contra admisiones que a la postre no tendrán ninguna virtualidad al no ser el admitido adjudicatario, habiendo sin embargo introducido un trámite meramente dilatorio del procedimiento cuya falta ninguna afectación tendría sobre el derecho de defensa de los licitadores; si bien la misión de los Tribunales de recursos contractuales es la revisión de la actividad contractual desde parámetros exclusivamente normativos».

Y es que a resultas de la mencionada Sentencia de 5 de abril de 2017, se aclara que la admisión de licitadores y la admisión de ofertas son también

susceptibles de recurso especial y de ahí la nueva regulación llevada a cabo en la LCSP (31).

Destaca, por otra parte, como novedad significativa que en la letra d) del apartado 2, del artículo 44 de la LCSP, se recoge la posibilidad de que se puedan recurrir por esta vía las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

En el TRLCSP se había excluido del recurso especial en materia de contratación a los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2). En estos casos procedía el recurso administrativo correspondiente, si bien ya no conocía del mismo un órgano independiente, lo que resultaba cuando menos que las modificaciones previstas en el pliego sí que podían ser objeto de recurso especial. Esta posible incongruencia la puso de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Dictamen de 23 de mayo de 2012 (32).

Con la nueva regulación, tal y como establece el propio tenor del artículo 44.2 d) de la LCSP, se supera la situación que acabamos de poner de manifiesto.

Dicha ampliación del ámbito objetivo del recurso especial, trae causa en cuanto a que la Directiva 2014/24/UE incluye aspectos relativos a la ejecución del contrato.

También se incorpora al articulado de la nueva LCSP, en la letra e) del artículo 44.2, la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en concreto, en el Acuerdo 75/2017, de 4 de julio, en el que tras citar distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene a señalar que la decisión de formalización de la encomienda de gestión en tanto posible adjudicación ilegal, encaja en los supuestos legales del recurso especial en materia de con-

(31) SANTIAGO FERNÁNDEZ (2018a: pp. 875-876). La mencionada autora muestra su discrepancia con la nueva regulación, opinión que compartimos.

(32) Sobre esta cuestión también se ha pronunciado GALLEGO CÓRCOLES (2011: <http://www.obcp.es>). La autora señala que «La duda que me suscita el precepto es si no vuelve a comprometer la adecuada incorporación del Derecho europeo de los contratos públicos, en concreto en lo que a la Directiva 89/665/CE, relativa a los recursos en ámbito contractual, respeta. El propio tenor del precepto —el uso de locución adversativa— parece ser expresivo de que en principio las decisiones que ahora se excluyen por Ley, debían entenderse incluidas en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación. Porque no hay que olvidar que una modificación contractual no prevista en los pliegos, si rebasa ciertos límites constituye una nueva adjudicación».

tratación (33). Además en el citado acuerdo se sigue señalando que abunda en esta interpretación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo, SL y otros, contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía.

Esta posibilidad venía contemplada en la Ley Foral de Navarra 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral de Contratos Públicos y actualmente se recoge en el artículo 122 de la Nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos [BOE 4 de mayo de 2018].

Y por último, en el mencionado artículo, se señala que están sujetos a recurso especial los acuerdos de rescate de concesiones (34). Llama la atención que el legislador incluya dentro de los actos recurribles los acuerdos de rescate de las concesiones y no se refiera al resto de causas de resolución de los contratos públicos (35). Por tanto, el tratamiento que se otorga al rescate, el cual se incluye como una de las causas de resolución de los contratos de concesión (artículos 211.1 h), 279.c) y 294.c) de la LCSP), difiere del tratamiento otorgado al resto de las causas de resolución. Coincidimos con HERNÁEZ SALGUERO, en cuanto a que esta regulación «carece de justificación y obligará a realizar un análisis del resto de supuestos al caso concreto, estableciendo doctrinalmente si son o no susceptibles de recurso, como se ha hecho con otras categorías de actos» (36).

Se observa de la lectura del artículo 44.2 de la LCSP que no figura la cuestión de nulidad, que venía contemplada en el artículo 39 del TRLCSP. Ciertamente han sido pocas las cuestiones de nulidad que han sido planteadas por

(33) Esta posibilidad venía contemplada en la Ley Foral de Navarra 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral de Contratos Públicos y actualmente se recoge en el artículo 122 de la Nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos [BOE 4 de mayo de 2018].

(34) Enmienda 841 del GP-PDeCAT, en base a que «de la misma manera que son recurribles a través del recurso especial los acuerdos de adjudicación de concesiones de obras pública o servicios, también debieran serlo los acuerdos de rescate de tales concesiones».

(35) Se trata ésta de una novedad relevante, máxime si tenemos en cuenta que para los casos de resolución contractual con oposición del contratista de conformidad con el artículo 191.3 de la LCSP, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, en Aragón, el Consejo Consultivo de Aragón, por lo que si se acuerda el recate de una concesión con oposición del contratista y posteriormente se interpone recurso especial, conocerán del procedimiento que acuerde el rescate dos órganos independientes (uno de ellos de carácter consultivo) y diferenciados del órgano de contratación, de tal forma que además de las posiciones enfrentadas, concesionario y órgano de contratación, en el caso que se acuerde el rescate, como hemos expuesto, de forma preceptiva se tiene que emitir el dictamen del órgano consultivo, si hay oposición del concesionario y dicho concesionario podrá recurrir posteriormente el acuerdo del órgano de contratación del rescate ante el órgano encargado de resolver los recursos en materia contractual.

(36) HERNÁEZ SALGUERO (2018: p. 660).

los recurrentes y que además tal y como ya indicó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el Acuerdo 55/2013, de 28 de octubre, «Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66). En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no incurso en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo».

Así, como hemos apuntado en la nueva redacción no figura, salvo para señalar el legislador los plazos para interponer el recurso especial fundado en alguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 39.2 c), d), o f) de la LCSP.

III. GRATUIDAD DEL RECURSO

Como corolario de la regulación de los actos recurribles y novedad a destacar de la LCSP es que el recurso especial en materia de contratación, tiene el carácter de ser gratuito para los recurrentes, tal y como establece el artículo 44.7 de la LCSP, precepto en el que además se señala que dicho recurso es potestativo (37).

Esta regulación referente a la gratuidad del recurso especial determina que a partir de la entrada en vigor de la LCSP no es de aplicación el Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido

(37) En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado en el Dictamen 1116/2015, de 17 de marzo de 2016, emitido en relación al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público y también el Consejo Económico y Social en su Dictamen 8/2015, de 25 de junio de 2015. La doctrina se manifiesta contraria al hecho de atribuir el carácter potestativo al recurso especial en materia de contratación. Así encontramos a VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: p. 29) y SANTIAGO FERNÁNDEZ (2018a: p. 841-843).

de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalitat de Catalunya, en la redacción que en su día dio la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, al añadir el título VII ter por la que se crea una tasa para la realización de actividades que son competencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

Compartimos la posición crítica que sobre esta cuestión sostiene BERNAL BLAY (38), puesto que la obligación de tener que hacer frente a una tasa para poder interponer un recurso especial, supone un obstáculo respecto de la función preventiva y correctiva de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación y dificulta el acceso al mismo, máxime teniendo en cuenta las cuantías (considerables) (39) que establecía la tasa y que además debía acreditarse el abono de la tasa para poder ser admitido a trámite y solo en el caso en que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público declarase que no era competente para conocer del asunto que había sido sometido a consideración, se devolvía el importe de la tasa al recurrente.

Esta situación se ha visto superada con la regulación hoy en vigor de la LCSP, lo que hace presumir que al tener carácter gratuito, se producirá, por lo que a esta Comunidad Autónoma respecta (40), un incremento considerable de recursos interpuestos, cuando además como acabamos de ver en el apartado

(38) BERNAL BLAY (2014: <http://www.obcp.es>, 5 de marzo).

(39) En cuanto al importe de la cuantía de la tasa depende del valor estimado del contrato que es objeto de recurso. Así encontramos:

1. Hasta 500.000 euros: el importe de la tasa es de 795,70 euros.
2. De 500.001 a 1.000.000 euros: 1.591,40 euros.
3. De 1.000.001 a 5.000.000 euros: 2.121,85 euros.
4. De 5.000.001 a 10.000.000 euros: 3.713,25 euros.
5. Más de 10.000.000 euros: 5.304,60 euros.

(40) La realización de actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid devenga una compensación establecida en el apartado 8 del artículo único de la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se Modifica la Regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que tiene naturaleza jurídica de tasa y por tanto regida por la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid. Son sujetos pasivos de la compensación:

Los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad de Madrid que no tengan la consideración de Administraciones Públicas.

- Las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, y sus entes, organismos y entidades vinculadas o dependientes, con una población superior a 50.000 habitantes.
- Las entidades contratantes del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid sujetas a la LCSP, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Las entidades que celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Para hacer efectivo el importe de la compensación

anterior, al mismo tiempo se ha incrementado con mucho el ámbito objetivo del recurso especial.

IV. LEGITIMACIÓN

El tema de la legitimación tal y como refiere VICENTE DÁVILA (41) y a resultas de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2015 (Orizzonte Salute, C-61/14) destaca que la Directiva 89/665 debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en particular del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 47.

La LCSP reconoce en el artículo 48 un concepto muy amplio de legitimación para interponer el recurso especial.

A diferencia de la regulación anterior, se añade la precisión de que los intereses pueden ser «individuales o colectivos» (42) y con ello se incorpora la legitimación reconocida por el RPERMC, en concreto, en su artículo 24.1, donde se precisa que cuentan con legitimación «las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de los asociados».

Esta regulación supone que se traslada al texto de la Ley la interpretación que sobre esta cuestión venían haciendo los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (43). Pero además la Ley expresamente reconoce la legitimación a las organizaciones sindicales «cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación», recogiendo de esta manera los argumentos expuestos, entre otros, en el Acuerdo 83/2016, de 1 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el que tras referir distintas sentencias del Tribunal Constitucional, afirman que

(41) VICENTE DÁVILA (2017: pp. 109-110). Se entiende la legitimación por el autor, como pieza clave de articulación del recurso especial en materia de contratación, estableciendo una necesaria conexión jurídica entre la legitimación administrativa del recurso, el derecho a la tutela judicial efectiva y la tutela de los operadores económicos para conforme a ella adoptar una senda hermenéutica que coherente con el *acquis communautaire*.

(42) El artículo 48 de la LCSP en su primer apartado señala «podrá interponer recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso».

(43) Entre otros podemos citar los acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 62/2017, de 11 de mayo y 15/2018, de 27 de marzo.

«...la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que corresponde a los Sindicatos, no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado». Es decir, que se amplía la legitimación, pero siempre y cuando quede constatada la existencia de un vínculo especial y concreto entre los fines y actividad del sindicato en cuestión y el objeto del debate (44).

Por otra parte, en el citado precepto legal, y por último, se refiere a la legitimación de «la organización empresarial sectorial representativa de los interés afectados», a la cual se le reconoce legitimación «en todo caso» (45).

V. NOVEDADES PROCEDIMENTALES

1. Medidas cautelares

En primer lugar, del artículo 49 de la LCSP, se observa el cambio de denominación respecto de la regulación que el TRLCSP confería en el artículo 43 a las medidas provisionales, para denominarse actualmente, medidas cautelares y aunque su regulación apenas varía, vamos a continuación a reseñar las novedades que opera la Ley.

El apartado 3 del artículo 49 de la LCSP, se refiere al supuesto de que «cuando de la adopción de medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida». Añadiendo que, «reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán

(44) Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 81/2013, de 20 de febrero, también la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, 44/2012, de 25 de abril en la que refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 358/2006, de 18 de diciembre por al que se entiende que para poder considerar legitimado procesalmente a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de la denominada «función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores», sino que, además debe existir un vínculo especial y concreto entre los fines y actividad de dicho sindicato y el objeto del debate.

(45) Sobre el diferente trato que el legislador otorga a las organizaciones sindicales respecto de las asociaciones representativas de intereses colectivos empresariales o profesionales, nos remitimos al trabajo de SANTIAGO FERNÁNDEZ (2018b: pp. 669-670).

atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y objeto afectados» (46).

También destaca la nueva regulación que la Ley hace respecto a la medida cautelar de la suspensión del procedimiento cuando se interponga un recurso contra los pliegos o el anuncio de la licitación, puesto que en la regulación del artículo 43.4 del TRLCSP, se establecía que la suspensión del procedimiento que pudiera acordarse cautelarmente no podía afectar, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, mientras que ahora en la nueva regulación se contempla la posibilidad de que el órgano encargado de la resolución del recurso especial pueda suspender el plazo para la presentación de ofertas.

Consideramos más acertada la matización que hace la nueva Ley en relación a la regulación tan categórica que venía dada para estos supuestos, pues la interposición de un recurso cuando se encontraba abierto el plazo para presentar proposiciones generaba cierta incertidumbre en los licitadores, de tal manera que con la nueva regulación, analizado caso por caso, los órganos encargados de la resolución de recursos y a la vista del expediente administrativo en cuestión decidirán lo que más convenga en Derecho a los intereses generales, y cuando se acuerde cautelarmente la suspensión del procedimiento, dicha suspensión podrá afectar al plazo para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, si así lo considera fundadamente el órgano encargado de la resolución de los recursos contractuales.

En relación con la suspensión y, en cuanto a los efectos derivados de la interposición de un recurso especial respecto de la adjudicación de un contrato, el artículo 53 de la LCSP determina, al igual que ya lo hiciera el artículo 45 del TRLCSP, que *ex lege*, se suspende el procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación (47), incluyendo como novedad «salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas

(46) Actualmente, en el artículo 26 del RPEMC, se fijan los parámetros del importe de la garantía, señalando que «el importe de la garantía se fijará en el cinco por ciento del presupuesto de licitación del contrato si no se hubiera procedido aún a la adjudicación y del importe de ésta en caso contrario, salvo que entienda justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior. Si se tratara de un procedimiento de adjudicación en el que no exista presupuesto de licitación o de adjudicación, el Tribunal fijará el importe de la garantía, exclusivamente, en base a la estimación que haga de los posibles daños. En todo caso, para el cálculo del importe de la garantía, no se tendrá en consideración la cuota correspondiente del impuesto sobre el valor añadido».

(47) A tenor del artículo 21.3 del REMCTC «En los procedimientos de contratación por lotes, cuando el recurso se interponga respecto a la adjudicación de lotes concretos, la suspensión sólo afectará a los lotes que sean objeto de impugnación».

cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3» (48).

En estos últimos supuestos, el órgano encargado de resolver los recursos en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento.

También respecto a las medidas cautelares se establece en el último párrafo del apartado 3 de artículo 56 de la LCSP que «En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento, dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de dos días».

2. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición

Destaca como novedad, entendemos que positiva (49) el hecho de que a la hora de comenzar la tramitación del recurso especial desaparece la exigencia del anuncio previo del recurso que se regulaba en el artículo 44 del TRLCSP y se desarrollaba mediante el artículo 17 del RPERMC. Respecto a esta exigencia han sido coincidentes los acuerdos y resoluciones de los órganos encargados de la resolución de los recursos en cuanto a solventar la falta del mencionado anuncio previo, considerándolo como una irregularidad no invalidante del procedimiento (50).

También consideramos un avance la nueva regulación que opera la LCSP en cuanto al plazo para la interposición del recurso especial, y ello por las razones que a continuación vamos a exponer.

Para interponer un recurso especial en materia de contratación la Ley señala en el artículo 50 el plazo de quince días hábiles, estableciendo diferentes supuestos a partir de los cuales se computa el mencionado plazo. Así encontramos:

(48) Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Así lo indica el Preámbulo de la LCSP.

(49) RIOS MARÍN (2014: <http://www.revistas.laley.es>).

(50) El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón este tema así lo dejó sentado ya desde sus primeras decisiones (Acuerdos 1/2011, de 28 de marzo y 5/2011, de 26 de mayo y así se ha seguido pronunciado, tal y como se indica en el acuerdo 17/2018, de 27 de marzo de 2018).

En primer lugar, cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil del contratante. Hasta la entrada en vigor de la LCSP, y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del TRLCSP y 19 del RPEMC, el cómputo del plazo comenzaba a contarse a partir del día siguiente al de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, si esta era preceptiva (51), en caso contrario, desde el día siguiente al de la publicación en el perfil del contratante, y si dicha publicación no quedaba acreditada fehacientemente, desde el día siguiente a la fecha de publicación en el BOE u otros boletines según correspondiera.

Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil del contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con la regulación del artículo 50 de la LCSP (52) se zanja una cuestión que, como apunta BERNAL BLAY (53) «hizo correr algunos ríos de tinta, e incluso hizo convivir varias reglas del cómputo, según el ámbito territorial donde hubiera de interponerse el recurso», hasta que se consideró la fecha

(51) La regla general durante la vigencia era la coincidencia de los umbrales comunitarios con los relativos al recurso especial, de ahí el carácter preceptivo de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de licitación. Las excepciones a estos umbrales, la encontramos por ejemplo en Aragón y la regulación que a este respecto se hace en la legislación autonómica y que será objeto de estudio en el apartado VI de este trabajo.

(52) En relación con esta cuestión, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, emitió el dictamen 8/2015, de 20 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, donde manifestaba en relación con la regulación del artículo 50, lo siguiente: «El plazo de impugnación de Pliegos debería coincidir con el de presentación de ofertas, en la lógica de que el recurso especial no es una carga, sino un instrumento para hacer efectivo el derecho de buena administración. Hay que tener en cuenta, además, la interpretación amplia que se aplica en los Tribunales administrativos sobre la legitimación activa y el carácter preclusivo que ahora se da al recurso especial».

(53) BERNAL BLAY (2018: p. 991).

de publicación en el boletín oficial como el *dies a quo* para la interposición del recurso especial, a raíz de la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013.

Posteriormente con la regulación llevada a cabo por el RPERMC, en concreto, en su artículo 19, se distinguían casos específicos en cuanto al plazo de la interposición del recurso.

Finalmente, el legislador como hemos apuntado anteriormente, con la nueva redacción aclara estas cuestiones.

Por otra parte, también contempla la Ley el supuesto del procedimiento negociado sin publicidad, indicando que el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión a la invitación a los candidatos seleccionados.

Y por último, en cuanto al cómputo del plazo la Ley señala que «en los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente».

Es de destacar además en este precepto la regulación que se hace en cuanto a que con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Se acoge el criterio jurisprudencial, entre otras podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2017, de que los pliegos son la ley del contrato y si no son recurridos conforme a los plazos señalados anteriormente y en la forma que corresponde, devienen en firmes e inatacables para quien los consintió al presentarse a la licitación, pues el artículo 139 de la LCSP (anteriormente regulado en el artículo 145 del TRLCSP) establece que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna», aunque como se ha señalado, se excluyen los supuestos de nulidad de pleno derecho.

A su vez, el apartado 1. c) del artículo 50 de la LCSP recoge los supuestos para cuando el recurso se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (es decir, actos de trámite cualificados a que se refiere el artículo 44.2.b) LCSP), o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, estableciendo que el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Cuando lo que se impugna es el acto de adjudicación y a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a su notificación a los candidatos o licitadores, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta (que establece las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en la LCSP).

Además la LCSP al incluir como actos recurribles las modificaciones basadas en el incumplimiento de los artículos 204 y 205 del citado texto legal, establece por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, que el plazo para interponer el recurso comienza desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante el acto de la modificación (54).

Por lo que respecta al recurso que se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP, también comenzará el cómputo a partir del día siguiente en el que se haya publicado en el perfil del contratante.

En los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación en los términos que establece la Disposición adicional decimoquinta.

La excepción a este plazo de quince días hábiles al que nos hemos referido, corresponde al supuesto de que el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39.2 letras c), d), e) o f). En estos casos, el plazo será de treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en la Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

En los restantes casos se establece que el plazo de interposición será antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

(54) De conformidad con el artículo 207.3 de la LCSP, «los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia si éste 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 del contratante del órgano de contratación en el plazo de cinco 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».

3. Forma y lugar de interposición del recurso especial

En cuanto a la forma de presentación del recurso especial se indican los documentos que deben presentarse con el escrito de interposición, y se establece, como novedad en el artículo 51.1 e) de la LCSP que deberá acompañarse la indicación de «una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la Disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones».

Respecto al lugar, la novedad consiste en la ampliación de los lugares para presentar el recurso, pasándose de la exclusividad de los registros del órgano de contratación o del órgano competente para resolver el recurso, además a cualquiera de los previstos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) debiendo comunicar al Tribunal, en estos últimos casos, de manera inmediata y de forma más rápida posible, que se ha interpuesto el mencionado recurso (55).

Para que efectivamente se pueda realizar dicha comunicación en los términos que indica la Ley, el propio tenor literal del artículo 51.4 de la LCSP señala que «el órgano competente para la resolución del recurso, hará públicas a través de su página web, mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal». Es decir, que se puede presentar el recurso especial según se establece en el artículo 16 de la LPACAP, precitado, de tal manera que para estos casos, como es pública la dirección de correo electrónico del órgano competente para resolver el recurso, se deberá comunicar a la citada dirección de la «forma más rápida posible» que se ha interpuesto el recurso, estableciéndose la obligación de efectuar la comunicación a la entidad o registro en el que se presenta el recurso y no al propio recurrente (56).

(55) La ampliación de los lugares para presentar el recurso se debe a que en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo del Consejo de Estado respecto del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, a este respecto manifestó que «debía reconsiderarse el sistema diseñado estableciendo la vigencia del sistema general de formas de presentación de escritos instituida en la legislación de procedimiento administrativo, sin perjuicio de prever que, en el caso de que el recurso se presentara en un registro distinto de aquel del órgano de contratación o competente para resolver, deberá comunicarse tal hecho a éstos de manera inmediata y de la forma más rápida posible». Podemos comprobar como la regulación resultante difiere de la que establece el artículo 18 del RPERMC en el que se viene a señalar que si el recurso se presenta en un registro distinto al del órgano de contratación o del órgano competente para resolverlo, se comunique en el mismo día mediante copia del escrito en formato electrónico, al órgano competente para resolverlo o al órgano de contratación, considerando como fecha de entrada del recurso la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.

(56) En el artículo 18 del RPERMC, para los casos en que se interpusiera el recurso especial en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo, distinto del registro

En este apartado también señalamos como novedad que establece la LCSP en cuanto a la utilización de medios electrónicos la redacción del artículo 54 del citado texto legal cuando establece que «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 se harán por medios electrónicos» (57). Si bien dicha obligación de tramitación electrónica del procedimiento admite excepciones conforme establece la Disposición adicional decimoquinta.

4. Acceso al expediente de contratación

La regulación del acceso al expediente de contratación que incorpora la LCSP corresponde a la hasta ahora contenida en el artículo 16 del RPERMC, con los matices que a continuación pasamos a detallar.

Así, en el artículo 52.1 de la LCSP, se prevé el supuesto de que si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto. Estableciendo también el citado precepto legal, «sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos por la Ley» (58). En el artículo 56.5 de la LCSP, se establece « El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento».

del órgano de contratación o del registro del órgano administrativo competente para resolverlo, establece que «En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda. No obstante, cuando en el mismo día de presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia. Este supuesto se planteó entre otros, en la Resolución 152/2017, de 10 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Acuerdo 2/2018, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

(57) Dicha regulación se debe a los Considerandos 52 a 58 y al artículo 22 de la Directiva 2014/24 y al artículo 29 de la Directiva 2014/23.

(58) El artículo 133 de la LCSP, está dedicado el tema de la confidencialidad, también con novedades en su regulación.

También se contempla el supuesto de que el órgano de contratación incumpla con la mencionada obligación de dar acceso del expediente al interesado, con dos consecuencias: no se eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido y, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso y, en ese caso, corresponde al órgano competente para resolverlo, la obligación de conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de las alegaciones para que proceda a completar su recurso.

Y concluye el citado artículo 52.3 de la LCSP señalando que «En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

5. Resolución del recurso especial

De un lado, el órgano encargado de resolver el recurso, y esta es la novedad que se incorpora en el articulado de la LCSP, en concreto en el artículo 55 dedicado a la inadmisión, establece que:

«El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión, cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.
- b) La falta de legitimación del recurrente o de la acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.
- d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.

Si el órgano encargado de resolverlo, apreciara que concurre alguno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 51.2 dictará resolución acordando la inadmisión del recurso» (59).

(59) En la LMMCSA en el artículo 21.2, se recoge el supuesto de que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, declare la inadmisión del recurso especial cuando concorra alguna de las causas que se recogen en dicho precepto, estableciendo que «El Tribunal, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse para que, en el plazo común de cinco días hábiles, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar». También en el artículo 127.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, se recogen las causas de inadmisión de la reclamación especial en materia de contratación pública.

En el artículo 57 de la LCSP se regula la resolución del recurso especial, estableciendo en su apartado 2, y por lo que aquí interesa en cuanto a novedades respecto de la regulación anterior, que se cambia el término «decisiones ilegales», por «no conformes a derecho» y que si la estimación del recurso conlleva la anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación. Ello supondrá que la estimación del recurso, en la mayoría de los casos, obligará al órgano de contratación a reiniciar el procedimiento de licitación desde el principio.

Además y a tenor del artículo 57.4 de la LCSP, «En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma». Por tanto, con la nueva regulación se trata de una obligación que el legislador impone al órgano de contratación respecto de las actuaciones acordadas para dar cumplimiento a la resolución del recurso especial.

También, esta vez en el artículo 59.3 de la LCSP se regula el supuesto de que «Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso» (60). Esto es, que se podrán rectificar errores, si bien como la propia ley concreta, los que tengan el carácter de ser «materiales de hecho o aritméticos» única y exclusivamente, como por otra parte, consideramos que es lo lógico en consonancia con lo que es en sí el procedimiento del recurso especial.

Por último, y en cuanto a la imposición de multas e indemnizaciones que el órgano competente para la resolución del recurso pueda imponer, el artículo 58 de la LCSP, regula en su primer apartado del citado precepto, el supuesto de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar a consecuencia de la infracción legal que hubiese dado lugar al recuso, estableciendo que se le debe resarcir, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del

(60) La regulación del artículo 32 del RPERMC dispone: «Si el órgano de contratación o alguno de los interesados en el procedimiento de recurso que hubiera comparecido en él, considera que la resolución contiene algún concepto oscuro o algún error material, podrá solicitar su aclaración o rectificación en el Registro del Tribunal dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación. El Tribunal deberá pronunciarse sobre la aclaración o rectificación solicitada dentro del día hábil siguiente a aquél en que la hubiera recibido».

Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Y para el caso de temeridad o mala fe, se podrá acordar una multa al responsable de la misma entre 1.000 y 30.000 euros, en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos (artículo 58.2 de la LCSP). Se comprueba el incremento de la cuantía máxima de la multa que se puede imponer al responsable de la misma, puesto que en el artículo 47.5 del TRLCSP, el importe máximo ascendía a 15.000 euros.

Además en la nueva regulación, se establece que el importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público.

En el Acuerdo 33/2014, de 5 de junio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, a este respecto, el Tribunal señala que «actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso».

VII. REGULACIÓN DE LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

El artículo 45 de la LCSP está dedicado al órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado destacando como novedades más significativas en su regulación que el ámbito del recurso se fija para los poderes adjudicadores del sector público estatal, atribuyéndose al Consejo de Ministros la facultad de incrementar el número de vocales que haya de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. Por otra parte, se reduce de quince a diez años el desempeño de la actividad profesional para poder ser designados los vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pasando los miembros del Tribunal a la situación de servicios especiales dentro de su cuerpo de origen y señalando asimismo que formará parte del Tribunal con voz pero sin voto el Secretario General del mismo.

En el artículo 46 de la LCSP está referido al órgano competente para la resolución del recurso en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales (61). En dicho precepto si bien se sigue el modelo del TRLCSP en cuanto a que las Comunidades Autónomas puedan crear y regular su propio órgano (garanti-

(61) Dicha regulación trae causa de la tramitación parlamentaria, en concreto de la Enmienda nº 842 del GP Mixto (PDEC), que justifica esta propuesta en la defensa de la autonomía local.

zando la independencia e inamovilidad de sus miembros) o conveniar con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (62), sin embargo, se introduce como novedad más relevante en cuanto a los órganos competentes para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación que 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, señalando que será el Pleno de la Corporación el órgano competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros y que 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.

Esta posibilidad que otorga la LCSP a las Entidades Locales en los términos expuestos no se ha sido bien acogida por la doctrina (63), y compartimos esa opinión en cuanto a que la independencia exigible a los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales en el ámbito local pueda verse mermada (64).

Por otra parte, se regula en la LCSP, la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación y así, al amparo de lo dispuesto en la Disposición adicional vigésima tercera dedicada a la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación se establece que: «Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación

(62) Han optado por atribuir al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito autonómico; en el año 2012: Melilla (BOE 9 de agosto), La Rioja (18 de agosto), Castilla La Mancha (2 de noviembre), Región de Murcia (21 de noviembre), Cantabria (13 de diciembre), Baleares (19 de diciembre); año 2013: Comunidad Valenciana (17 de abril), Ceuta (17 de abril), Principado de Asturias (28 de noviembre) Galicia (25 de noviembre, si bien esta última Comunidad Autónoma ha creado su propio Tribunal, y mediante la Resolución de 1 de marzo de 2018 por la que se da publicidad del acuerdo del Tribunal sobre la fecha de comienzo de ejercicio de sus funciones, se señala como el día de comienzo de las mismas el 2 de abril de 2018).

Han creado Tribunal u Órgano Unipersonal, las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Andalucía, Canarias, Aragón, Navarra, Madrid, Castilla y León, Extremadura y por último Galicia en los términos que acabamos de ver.

(63) SANTIAGO FERNÁNDEZ (2018a: p. 862-869), PARDO GARCÍA-VALDECASAS (2018: pp. 636-668), COLÁS TENAS (2018: p. 154)

(64) Sobre esta cuestión ya nos pronunciamos coincidiendo con los argumentos puestos de manifiesto por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en el informe 9/2013 de 26 de julio. RÍOS MARÍN (2016: pp. 119-120)

de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos» (65). A tal efecto, se convocó a instancia de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, la reunión de coordinación de dichos Tribunales con fecha 9 de marzo de 2018 en Sevilla.

Previamente, había habido cinco reuniones de coordinación (Madrid, 2012, Sevilla 2013, Zaragoza 2014, Madrid 2015 y Sevilla 2016), realizando efectivamente dicha labor de coordinación tan importante entre los órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales para poder contar con criterios homogéneos en las cuestiones sometidas a su conocimiento, dotando de seguridad jurídica al sistema.

En palabras de GÓMEZ FARIÑAS y refiriéndose a los órganos encargados de resolver los recursos señala que «...los buenos resultados alcanzados han dejado patente la utilidad del modelo implantado en nuestro país. La elaboración de resoluciones ampliamente fundadas, que responde en gran medida a la rigurosa labor de estudio y preparación de los asuntos por los distintos tribunales, ha desembocado en una reducción importante de litigiosidad en esta materia, de tal modo que únicamente un bajo porcentaje de las resoluciones dictadas por estos órganos han sido posteriormente impugnadas en vía jurisdiccional», destacando también la mencionada autora la independencia de estos órganos, lo que contribuye a reducir la corrupción en el seno de la contratación pública. (66)

VIII. INCIDENCIA DE LA LCSP EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN ARAGONESA, EN CUANTO A LA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

En Aragón, en febrero de 2011 se aprobó la Ley de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón, se trata en concreto de la Ley 3/2011, de 24 de febrero (67) (en adelante, LMMCSPA).

Esta Ley supuso el ejercicio de las competencias recogidas en el artículo 75.11 y 12 del Estatuto de Autonomía de Aragón, para el desarrollo normativo

(65) Se convocó a instancia de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía la primera reunión de coordinación de dichos Tribunales, que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2018 en Sevilla.

(66) GÓMEZ FARIÑAS (2016 p. 97-98)

(67) La LMMCSPA ha tenido opiniones encontradas, una postura crítica la formula SERRANO PASCUAL (2011: p. 1537).

y la ejecución de la legislación básica establecida por el Estado en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de las Entidades Locales localizadas en su territorio, de tal forma que dentro de ese marco estatutario el legislador aragonés adoptó una decisión legislativa compatible con el marco del reparto competencial vigente sin intentar afectar a las reglas básicas. No obstante, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 19 de noviembre de 2015 declaró inconstitucionales y nulos algunos preceptos de la LMMCSPA (68).

Por lo que aquí nos ocupa señalamos que con la LMMCSPA se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y en la redacción inicial de la citada norma establecía en el artículo 17.2 que:

«El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para:

- a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- b) Conocer y resolver las cuestiones de nulidad contractual establecidas en los supuestos especiales del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- c) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar por las personas legitimadas en los procedimientos anteriormente establecidos.
- d) Conocer y resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los supuestos previstos en los artículos 101 y 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar en tales casos».

En la primera modificación de la ley de contratos autonómica, llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales, Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, se modifica el artículo 17 para incluir dentro de la competencia del Tribunal, además de los supuestos de la ley estatal, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación en relación con los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios de más de 100.000 euros (69), en tanto,

(68) La mencionada sentencia, respecto a la LMMCSPA declaró nulos el inciso «y simplificados en los que se haya optado por no constituir Mesa de contratación» del artículo 6.1; el inciso «en el plazo de cinco días hábiles» del artículo 6.2; el artículo 10.2.c), d) y el inciso «en el plazo de cinco días hábiles» del artículo 10.2.f).

(69) Sobre esta cuestión tenemos que citar el Acuerdo del TACPA 52/2015, de 28 de abril donde se hace la siguiente aclaración: «El contrato es susceptible de recurso especial. El

se consideraba que tenían carácter transfronterizo. No obstante, esta referencia al carácter transfronterizo fue eliminada en la siguiente Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, permaneciendo los límites cuantitativos según se habían determinado anteriormente.

Cuando concluyó el plazo de transposición de las Directivas Comunitarias y no se había aprobado por el legislador estatal una nueva ley de contratos del sector público, fue necesario conocer los efectos de las Directivas de Contratación Pública en la LMMCSPA. Si bien, a este respecto, tal y como concluyó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 17/2015, de 3 de diciembre, los principios que inspiraron la regulación de la LMMCSPA coincidían en gran parte con los que inspiran las nuevas Directivas de contratación, entre ellos, la simplificación y la flexibilización. Esta coincidencia suponía la escasa afectación de la normativa aragonesa por el efecto directo de las Directivas.

Y en este sentido podemos destacar como ejemplos, que en el texto normativo autonómico se establecen los supuestos de inadmisibilidad del recurso especial en el artículo 21 de la LMMCSPA y que ahora se incorporan en el artículo 55 de la LCSP.

También la regulación que como consecuencia de la modificación de la LMMCSPA por parte de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales, Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, se dio a los modificados en el artículo 12bis dedicado a la publicidad de los modificados de los contratos, así como la obligación de notificar a los licitadores admitidos la decisión de la modificación al objeto de que, en su caso, se pudiera interponer recurso contra dicha decisión. Se trata ésta de una regulación que ahora incorpora el legislador estatal en los términos que hemos visto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44.2 d) y 207.3 in fine de la LCSP.

artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón amplia, dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón y con respeto a la legislación estatal, el ámbito del recurso especial en materia de contratación, y establece de forma clara que procede el mismo para cualquier contrato de servicios (al margen de su categoría), cuyo valor estimado supere el umbral de 100 000 euros (como sucede con el contrato recurrido). Es decir, resulta indiferente en Aragón —al igual que en Navarra—, la consideración de contrato armonizado o no, a efectos de la interposición del recurso especial. Y no hay quiebra a ningún elemento procesal, pues el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas) habilita a que se pueda sustituir, mediante Ley, los recursos ordinarios por otro tipo de recursos o resoluciones extrajudiciales. Y eso es lo que hizo la Comunidad Autónoma de Aragón».

El día 16 de mayo de 2017, en el Boletín Oficial de Aragón fue publicada la Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Públicas (en adelante LIYEP). Dicha norma justifica su razón de ser en su Preámbulo (70) donde alude expresamente al fenómeno de la corrupción que desafortunadamente existe en España y a la necesidad de dar respuesta, en este caso, del propio legislador. La LIYEP, modifica algunos preceptos de la norma autonómica que regula la contratación pública, en concreto y por lo que aquí interesa, puesto que se trata de cuestiones relativas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se modifican la letra a) del apartado 2 del artículo 17, se incluye un nuevo apartado 3 también del artículo 17, se da nueva redacción del apartado 1 del artículo 18, también del artículo 20 y un nuevo apartado 3 del artículo 21.

Destaca que con la regulación actual, tras la modificación operada por la LIYEP respecto de la letra a) del apartado 2 del artículo 17, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para:

«a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 200.000 euros y de suministros y servicios superior a 60.000 euros» (71).

En definitiva, lo que pretende el legislador aragonés es abrir el abanico del recurso especial siguiendo la finalidad perseguida por la Comisión Europea que en su Comunicación interpretativa de 1 de agosto de 2006, donde

(70) «...Pero la dureza de la crisis económica y la revelación de fenómenos de corrupción empresarial, institucional y política en los últimos años ha generado un evidente distanciamiento de amplios sectores de la ciudadanía de sus instituciones y, en general, la puesta en cuestión del actual modelo socioeconómico, del sistema de partidos y de parte de las instituciones. Frente a todo ello, la respuesta, sin embargo, no puede ser fragmentaria, limitarse al mero impulso de actuaciones judiciales o adoptar sesgos puramente partidistas o coyunturales. Es indispensable una acción sostenida de inmersión del conjunto de las instituciones y de la sociedad entera en la cultura de la integridad en general y de la ética pública en particular... Todo ello, además, se articula en el contexto de unos objetivos generales y comunes que, en síntesis, pueden resumirse en la promoción, impulso y garantía de la integridad y la ética públicas en el sector público de Aragón y en las personas y entidades que se relacionan directamente con el mismo. Este es el objeto de la presente ley, cuya intención es construir un nuevo discurso de integridad interiorizando un conjunto de valores que nos permita garantizar a los ciudadanos el derecho a una Administración capaz de responder a las necesidades colectivas de nuestros días fortaleciendo los activos éticos, explicitando valores y estándares de conducta».

(71) En el Informe 20/2015, de 3 de diciembre, de la JCCA de Aragón, sobre el Anteproyecto de Ley de Integridad y Ética Pública, el mencionado órgano consultivo expresa su opinión respecto a la ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial, al cual nos remitimos.

recomienda la existencia de recursos especiales al margen del importe del contrato, tal y como aconsejaba el Consejo de Estado en los dictámenes que hemos mencionado a lo largo del presente trabajo.

En Aragón, con la regulación sobre el tema nos quedado a medio camino, lo que supone que trasladado a la práctica, se incrementan los contratos en los que cabe interponer recurso especial.

Nos remitimos a lo expuesto en el apartado III de este trabajo, en cuanto a lo que consideramos un avance, en este caso del legislador autonómico, al abrir la posibilidad de interponer este recurso rebajando los umbrales, incluso aún más que el legislador estatal en la nueva LCSP, aunque lo deseable es que se hubiera hecho extensivo a todos los contratos públicos con independencia de la cuantía.

En otro orden de cosas, también consideramos conveniente destacar la redacción del artículo 21.3 de la LMMCSA, como decimos a consecuencia de la modificación operada por la LIYEP cuando señala:

«3. Si el acto recurrido fuera el de adjudicación, hasta la resolución del recurso en vía administrativa se produjese el vencimiento del contrato al que debiera suceder aquel cuya adjudicación se recurre, en aquellos casos en los que el interés público haga necesaria la continuidad de las prestaciones, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, por un periodo máximo de seis meses y sin modificar las restantes condiciones del contrato».

Se trata de una previsión que pretende en aras al interés público que no se produzca una interrupción en el contrato que se viene realizando con los perjuicios que ello pudiera derivar. Tal es así, que el legislador estatal en el artículo 29, apartado 4 in fine de la LCSP, establece respecto del plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación que:

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario» (72).

(72) De conformidad con la Disposición final primera de la LCSP, dicho precepto tiene carácter básico.

Bien es cierto que el supuesto contemplado en la ley autonómica, concreta el supuesto para el caso en el que se haya interpuesto un recurso especial contra la adjudicación de un contrato, pero también el precepto que acabamos de citar de la LCSP, puede abarcar dicha circunstancia.

Por último, traemos a colación que en el Boletín Oficial de Aragón, el día 26 de marzo de 2018, se ha publicado la Resolución de 14 de marzo de 2018, por la que se somete a información pública el Anteproyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón (en adelante ALUECPA), que por lo que aquí interesa, en el Capítulo IX, Sección Tercera, titula «De los órganos de recurso especial y los medios alternativos de resolución de conflictos».

Sin perjuicio del texto normativo que finalmente resulte, en el Preámbulo de la ALUECPA se señala que dicha norma responde a la «necesidad de adaptación de la normativa sobre contratos del sector público de 2011 a las disposiciones de la normativa básica estatal y por tanto se acredita que concurren razones de interés general que justifican la aprobación de esta Ley, respetándose de este modo los principios de buena regulación de necesidad, eficacia y transparencia, en cumplimiento del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, esta Ley cumple con el principio de proporcionalidad, puesto que recoge las modificaciones imprescindibles con el objeto de atender a las necesidades que motivan su aprobación».

En relación con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se introduce como novedad la tramitación exclusivamente electrónica de los recursos y reclamaciones que se presenten ante el mismo (artículo 49 del ALUECPA).

Por otra parte, también regula la citada norma otros órganos de recurso especial que puedan crearse, por así haberlo decidido el legislador estatal (73), en las Diputaciones Provinciales y en los municipios de gran población de Aragón. La regulación de estos últimos, según sigue señalando el Preámbulo del mencionado Anteproyecto de Ley, persigue el mantenimiento de las mismas garantías de colegialidad, independencia y especialización que se predicen del órgano autonómico, cuya jurisdicción alcanzará al resto de las entidades locales (artículos 50 a 53 del ALUECPA).

IX. CONCLUSIÓN

Una manifestación para alcanzar los principios que se establecen en el artículo 1 de la LCSP es sin duda el recurso especial en materia de contratación

(73) Artículo 46 de la LCSP al que ya nos hemos referido.

en cuanto a mecanismo de salvaguarda de estos principios, fundamentalmente los de igualdad, transparencia e integridad.

En España, tal y como hemos examinado el legislador tardó en incorporar el diseño del recurso especial de acuerdo a las exigencias comunitarias. La regulación del recurso especial en materia de contratación, en cuanto a su puesta en marcha y desarrollo, aun con cuestiones que pueden resultar objeto de debate, nos llevan a concluir que hasta la fecha el balance ha sido positivo y así lo reconocen tanto las instituciones europeas, como la doctrina y los propios órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales.

La nueva regulación aun reconociendo sus avances en temas que eran demandados por la propia experiencia marcada por el recurso, entendemos que ha perdido la oportunidad de regular cuestiones importantes y zanjar asuntos controvertidos.

En definitiva, el sistema de control ya no sólo precontractual del recurso especial en materia de contratación, supone un logro y aun a pesar de las dificultades que la aplicación de la norma pueda comportar, se debe alcanzar el objetivo de conseguir una buena administración e ir avanzando en ese sentido.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2013): «La independencia de los órganos de recurso especial en las Entidades Locales», <http://www.obcp.es>.
- (2014): «No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública», <http://www.obcp.es>.
- (2018): «Las «leyes de contratos» (los pliegos): Contenido esencial y formas de control». en Aranzadi, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Pamplona, pp. 957-994.
- COLÁS TENAS, Jesús (2017): «El recurso especial en materia de contratación: principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Estudios Locales*, núm. 205. Monográfico 2017: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, pp. 143-154.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012): p 323): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 335 pp.
- HERNÁEZ SALGUERO, Elena (2018): «El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación», en Aranzadi, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, LUGAR, pp. 639-666.
- HERNANDO RYDINGS, María (2013): «El reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual como intento de depuración formal de este tipo de procedimientos», en Thomson Reuters Aranzadi, *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Pamplona, p. 329-357.

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2011): «La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación», <http://www.obcp.es>.
- GIMENO FELIÚ (2010): *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 Thomson Reuters, Pamplona, pp. 410.
- (2017): «La trasposición de las Directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Memoria enero 2017-diciembre 2017, pp. 131-177.
- GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz (2016): «El recurso especial en materia de contratación pública» en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 10, pp. 79-135.
- MORENO MOLINA (2009): «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada», en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, pp. 175-213.
- ORTEGA MONTORO, Rodrigo Javier (2012): «Lo mejor de la Doctrina Consultiva en materia de contratación administrativa 2012 (con especial incidencia en el ámbito de la contratación administrativa local)», <http://www.elderecho.com>, 1 de febrero de 2013.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José (2018): «El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución», en Aranzadi, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, 1ª edición, LUGAR, pp. 599-638.
- RÍOS MARÍN, Esperanza (2014): «Visión práctica del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de la legislación local aragonesa», en *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Edición digital, <http://www.revistas.laley.es>.
- (2016): *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas «de cuarta generación»*, Barcelona, Atelier, pp. 301.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José (2018): «Recurso especial en materia de contratación», en Tirant lo Blanch, *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, pp. 835-895.
- (2018): «Procedimiento del recurso especial en materia de contratación», EDIT, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, LUGAR, pp. 667-689.
- SERRANO PASCUAL, Antonio (2011): «La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratación del Sector Público de Aragón, o cómo no

se debe legislar», en el *Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm 12, Sección Colaboraciones, quincena del 30 de junio al 14 de julio de 2011, pp. 1537-1540.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2016): «Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración», ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, pp. 1-55.

VICENTE DÁVILA, Fernando (2017): «La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública: una apreciación casuística», en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 13, diciembre, pp. 105-145.

¿JAQUE A LA CONTRATACIÓN DIRECTA?: EL CONTROVERTIDO RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS MENORES

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿TODO DEBE CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?– II. LA INSPIRACIÓN DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA.– III. SIGNIFICADO GENERAL Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LOS CONTRATOS MENORES.– IV. PUNTOS DE ACUERDO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: 1. El nuevo procedimiento contractual aplicable a los contratos menores. 2. La aplicación de un límite temporal a la acumulación de cuantías. 3. La independencia de los tipos contractuales.– V. DISCREPANCIAS EN LAS INTERPRETACIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS: 1. El cómputo del período de acumulación de cuantías: ¿año natural o ejercicio presupuestario?. 2. Límites objetivos: ¿el art. 118.3 contiene un mero recordatorio de la prohibición de la fragmentación del objeto del contrato?. 3. Límites subjetivos. En especial, ¿permiten la desconcentración o delegación de la contratación multiplicar el límite aplicable a los contratos menores?– VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS Y CONTRATOS MENORES.– VII. ¿ESTÁ CAMBIANDO LA MAREA? EL AGIGANTADO CONTRATO MENOR EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.– VIII. CONCLUSIONES: ¿TODO SEGUIRÁ IGUAL?– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La reforma de la contratación administrativa, plasmada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, respondía a la inaplazable necesidad de incorporar al Derecho interno las directivas comunitarias de contratación pública de 2014, pero se ha producido en un clima de insatisfacción generalizada por la situación de la contratación pública. Por ello, la reforma ha desbordado las cuestiones técnicas, para incorporar muchas cuestiones políticas, principalmente durante la tramitación parlamentaria. Una de ellas, una regulación más garantista, desde un punto de vista procedimental, pero también sustantivo, de la contratación menor, una modalidad de contratación directa por razón de la cuantía, la única que subsiste en la legislación actual. La menor precisión inherente a la introducción de enmiendas durante la tramitación parlamentaria y un sentimiento bastante extendido en determinados medios administrativos de que la nueva regulación sólo se explicaría desde el desconocimiento del funcionamiento y necesidades de la Administración ha llevado a reinterpretaciones más o menos agresivas de los términos literales de la Ley, no desde medios profesionales, sino desde la propia Administración Pública.

Palabras clave: contratos menores; contratación directa; garantías de la contratación.

ABSTRACT: The Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público has meant a reform of administrative legislation with a double component, technical and political. The widespread social criticism of the situation of public procurement, often related to corruption, has led the reform beyond the incorporation of community directives. This has materialized mainly through parliamentary work. Among other things, this has resulted in a more restrictive regulation of contracting without public bidding. Although the «minor contracts» (of small amount) subsist, their regime is now much more restrictive. However, the interpretations so far expressed by different administrative bodies have been in almost all cases in the sense of restricting the relevance of the reform.

Key words: minor contracts; exceptions to public bidding; guarantees of public procurement.

I. INTRODUCCIÓN: ¿TODO DEBE CAMBIAR PARA QUE TODO SIGA IGUAL?

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se han introducido sustanciales novedades respecto de la regulación anterior de los contratos menores.

Estas novedades se centran en el artículo 118 de la LCSP, relativo al «expediente de contratación en contratos menores», en cuyo primer apartado se establece que «se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios», rebajando, por lo tanto, los umbrales anteriormente previstos en el ahora derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS), en que se establecían respectivamente en 50 mil y 18 mil euros. Además, se precisa que estos umbrales corresponden al valor estimado del contrato —en el TRLCS se hablaba de «importe»— y añadiendo que sólo puede haber contratos menores de obras, de servicios y de suministros, a diferencia de lo que se deducía del TRLCS, en el que la referencia se hacía a los contratos de obras y a «otros contratos».

En el artículo 118.3 de la LCSP, se establece que en el expediente de contratación de los contratos menores «se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que *el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*»; que «el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla» y que «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo

168.a).2.o». La regla de la acumulación de cuantías de contratos menores celebrados con un determinado contratista que, a partir de un determinado umbral, generan como regla general una incompatibilidad para contratar por medio de este procedimiento, ha sido probablemente el punto más polémico de la nueva regulación, que ha generado una muy considerable atención por parte de blog jurídicos y, también, de órganos consultivos especializados en contratación pública. Sin embargo, esta regla no estaba en el proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales, sino que es un producto de la tramitación parlamentaria.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, es una norma básicamente continuista. Su sistemática, así como un porcentaje muy elevado de su contenido, guardan estrecha relación con su antecedente directo, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ciertamente, hay un nuevo énfasis en los aspectos «estratégicos» de la contratación —básicamente, la incorporación a los fines de la contratación, junto con los aspectos logísticos que le son propios, de objetivos sociales, ambientales y de innovación—, aunque al menos en parte tales fines podían ya lícitamente a la contratación pública conforme a la legislación anterior. Pero esto no explica las reacciones alarmadas de grupos sociales como los gestores sanitarios o los rectores de las universidades públicas, estos últimos secundados por algunos investigadores de nivel (ajenos a las disciplinas jurídicas). Lo que explica estas reacciones, en algunos casos extremas por el apocalipsis que prometen, es la drástica reducción de las posibilidades de contratación directa. En muchos ámbitos en los que la aplicación plena de la legislación de contratos públicos era la excepción, deberá convertirse en la norma en lo sucesivo. Dos elementos están en el origen de este resultado, indeseable para muchos: la desaparición del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía y el nuevo régimen del contrato menor, rodeado de muchas mayores cautelas.

Dada la desaparición irremisible e insusceptible de interpretación del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía, la desactivación del régimen garantista del contrato menor se ha convertido en el caballo de batalla de quienes defienden una aproximación «realista» a las cuestiones de contratación, esgrimiendo cuestiones como la dificultad de planificar las necesidades de la Administración en determinados ámbitos, la escasa capacidad de gestión de determinadas pequeñas Administraciones locales o, finalmente, la sacralidad de la ciencia (que aparentemente se transmite a todo lo relacionado con ella, incluidas las cuestiones logísticas, de manera que las cautelas propias de la contratación pública, imprescindibles en otros ámbitos, son aquí insufribles rémoras para el avance de la civilización occidental e incluso de la humanidad).

Esto ha llevado a que la regulación de los contratos menores haya sido objeto de numerosos pronunciamientos de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa. La atención que ha recibido la materia es explicable: la desaparición del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la introducción de una regulación muy restrictiva del contrato menor llevan a una situación en la que, por primera vez, las Administraciones públicas españolas no pueden recurrir masivamente a la contratación directa, sino que deberán aplicar la legislación de contratos públicos ya no para contratos muy relevantes o señalados, sino con carácter general. Esto supone —o supondría, si la Ley llegara a aplicarse conforme a la voluntad del legislador— una ruptura del paradigma, una revolución administrativa con paralelismo con las revoluciones científicas de que hablaba Thomas Kuhn.

No obstante, *prácticamente todos los informes de órganos consultivos han encontrado mecanismos interpretativos para flexibilizar los términos literales del texto legal*, aunque ello se haya hecho en muy distinta medida, desde la racionalización a posiciones cercanas a la desobediencia civil. Esta tendencia, que como se ha dicho puede calificarse como generalizada, llega al extremo con los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. La JCCPE en su informe 41/2017 viene a señalar que la finalidad de la regla de acumulación del art. 118.3 LCSP es simplemente evitar la fragmentación del objeto del contrato, separando en prestaciones separadas actuaciones que guardan entre sí una relación lo suficientemente estrecha como para haber debido configurar un único objeto contractual. En consecuencia, si no hay fragmentación fraudulenta, no hay razón para aplicar las limitaciones sustantivas contenidas en el precepto, especialmente la regla que impide la contratación sucesiva de contratos menores con el mismo operador económico por encima de los umbrales establecidos para cada singular contrato menor.

Lo que ocurre es que la fragmentación de objeto del contrato está prohibida no sólo cuando el contratista es el mismo en los contratos sucesivos, sino también cuando los contratos fragmentados se adjudican a distintos contratistas, pero evitando mediante el diseño voluntarista de las prestaciones articuladas a través de varios contratos su tratamiento como un objeto unitario. En este sentido, se trataría de una norma no sólo redundante, sino inútil.

Sin embargo, la interpretación de la Ley que la JCCPE en su informe 42/2017, a la que se adhiere la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en su Informe 4/2018, de 15 de junio de 2018, es que la entrada en vigor de la LCSP no ha supuesto la introducción de una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad o, en otros términos, que la limitación contenida en el art. 118.3 LCSP únicamente impide adjudicar directamente a

un mismo contratista contratos menores del mismo tipo que superen el umbral establecido en el 118.1 y para prestaciones fragmentadas o sucesivas que deberían tratarse como una unidad y podrían haberse licitado conjuntamente. En otros términos, que si bien en el art. 118 LCSP se introducen cautelas procedimentales y se ajustan los umbrales, el régimen sigue siendo sustancialmente el mismo que durante la vigencia del TRLCSP de 2011.

En consecuencia, podríamos concluir, o las prestaciones de los sucesivos contratos menores conforman un objeto único —y su celebración constituye un delito de prevaricación administrativa— o su realización, sin atención a los límites del art. 118.3 es perfectamente legal.

Por supuesto, se trata de una postura extrema, ciertamente difícil de entender desde la perspectiva de la separación de poderes y la lealtad institucional. El razonamiento podría ser el siguiente: las Cortes Generales se han apartado de lo previsto en el Proyecto de Ley; diputados y senadores desconocen el real funcionamiento de la Administración y su mandato debe ser reconducido a la racionalidad; esa reconducción equivale a la desactivación de la regla, pues otra cosa es irrealizable.

En todo caso, los argumentos y matices de las posiciones que han ido estableciendo los distintos órganos consultivos son el objeto principal del presente trabajo. (1)

(1) En la elaboración del presente trabajo se han utilizado los siguientes informes administrativos:

Informe de la Abogacía General del Estado 2/2018 de 17 de enero de 2018, sobre aplicación del régimen de los contratos menores a los PANAP y otras cuestiones.

Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3o del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

Instrucción núm. 5/2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre el régimen transitorio de los contratos menores con motivo de la entrada en vigor en 2018 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores».

Informe 9/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «Incidencia de la normas privadas de contabilidad aplicables por determinadas entidades públicas y diversidad de los objetos contractuales en el cómputo de los límites aplicables a los contratos menores».

Recomendación 1/2018, de 11 de Abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, sobre «contratos menores a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público».

Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) sobre «Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

II. LA INSPIRACIÓN DE LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

La cuestión tratada está en el núcleo de las novedades de la LCSP. Los dos elementos más claramente característicos de la reforma de la legislación nacional de contratos acometida en 2017 son de clara inspiración comunitaria, aunque en ambos el legislador español, inicialmente siguiendo las pautas marcadas desde la Unión Europea, haya ido más lejos de lo exigido. Esto sucede con el nuevo protagonismo de los aspectos estratégicos de la contratación, adecuadamente destacados por la doctrina más cualificada (2), pero también con el segundo de esos elementos característicos: la decisión de reducir el recurso a la contratación directa por las Administraciones públicas

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 41/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 42/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 5/2018 sobre «Limitación de los contratos menores: cómputo del plazo».

Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 7/2018 sobre «Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos».

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, sin fecha.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 4/2018, de 15 de junio, diversas cuestiones de interpretación del art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 8/2018, de 15 de junio, interpretación del art. 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Resulta de gran utilidad el post de Víctor ALMONACID (2018): ««Sigan sigan...»: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», que pueden consultarse en la dirección <https://nosoloyatos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>. El autor, en sucesivas actualizaciones, ha ido incorporando las opiniones emitidas por los distintos órganos consultivos, incluido un cuadro resumen de los principales puntos de discrepancia.

(2) Orientación estratégica destacada por GIMENO FELLÚ, José María, en varios de sus trabajos. Inicialmente en (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 39-106. Este tratamiento sería ampliado en (2014): *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)*, Cizur Menor, Aranzadi. El autor volvería de nuevo sobre el tema en (2016): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública)», en Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, pp. 15-127.

españolas. En ambos casos, el impulso inicial del Ejecutivo, en sus funciones de protolegislator y plasmado en el Proyecto de Ley, ha sido considerablemente ampliado con ocasión de la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados: ciertamente, en el Proyecto de ley presentado el 25 de noviembre de 2016 ya aparecía una sustancial reducción de las posibilidades de contratación directa, centrada en el procedimiento negociado sin publicidad, pero esa reducción sería consistentemente acentuada durante la tramitación parlamentaria, rodeando de cautelas adicionales los contratos menores.

La propuesta de regulación contenida en el proyecto de Ley se dirigía únicamente contra la desmesurada extensión de los procedimientos negociados sin publicidad, concretamente *suprimiendo el negociado sin publicidad por razón de la cuantía*. Como es sabido, en un procedimiento negociado el órgano de contratación consulta con empresas de su elección y, tras negociar con una o con varias el contenido y condiciones del contrato, lo adjudica al licitador elegido. Son procedimientos especiales, que únicamente pueden ser utilizados en los casos expresamente previstos en la Ley y pueden tramitarse con publicidad previa o sin ella. En la modalidad sin publicidad, la legislación anterior permitía utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, entre otros supuestos, cuando el contrato no superase determinadas cuantías (3).

Ciertamente, la subsistencia de estos procedimientos por razón de la cuantía era problemática a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en cuyo artículo 32 se establecen de forma taxativa los supuestos en que puede utilizarse un procedimiento negociado sin publicación previa, ninguno de los cuales se refiere a la cuantía (4). No obstante, resultaba muy dudoso que esta prescripción pudiese considerarse aplicable a los contratos no armonizados (5). La cuestión ha quedado meridianamente clara tras la entrada en vigor de la Ley actual, puesto no sólo no aparece ninguna referencia a estos procedimientos en el articulado, sino que en el Preámbulo de

(3) TRLCSP art. 77.2: «Igualmente, en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por ser su cuantía inferior a la indicada en los artículos 171, letra d), 172, letra b), 173, letra f), 174, letra e) y 175, deberán publicarse anuncios conforme a lo previsto en el artículo 142 cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos».

(4) El considerando 50 de la Directiva incide en términos claros en el carácter excepcional del procedimiento negociado sin publicidad.

(5) En este sentido la Recomendación de 16 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva del Estado, al considerar vigente la regulación del TRLCSP, por estar siempre referido a contratos de valor estimado inferiores a los umbrales comunitarios. En sentido coincidente la Recomendación 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 20 de abril de 2016.

la LCSP, IV, se señala taxativamente lo siguiente: «Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía...», para añadir en la parte V:

«Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un *déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores*. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado *Procedimiento Abierto Simplificado*, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una *tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía* que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias» (6).

La experiencia con la contratación directa no ha sido positiva. Como ha recogido reiteradamente el Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización, en muchas ocasiones los órganos de contratación no motivaban adecuadamente ni ofrecían justificación suficiente de la razón de recurrir a este procedimiento. Además, la fórmula fue aprovechada en algunos casos de corrupción en los que se fragmentaron contratos para evitar la publicidad.

A una negativa percepción de esta figura por la opinión pública interna se uniría que en 2016 la Unión Europea advirtiese a España acerca de la insuficiente publicación de anuncios de contratos y del uso *significativamente elevado* del procedimiento negociado sin publicidad en relación con otros Estados miembros (7). En un documento relativo al déficit excesivo en que incurría —incurre— España se señala lo siguiente (considerando 14):

(6) El último inciso del párrafo citado, relativo a la tramitación sumaria, no figuraba en el proyecto de Ley, siendo incluido durante la tramitación parlamentaria como correlato de la introducción en el texto legal del procedimiento abierto abreviado sumario.

(7) Recomendación de Decisión del Consejo 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} Bruselas, 27.7.2016 COM(2016) 518 final

Vid. José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016): «¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP?», Observatorio de Contratos Públicos, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.250/relcategoria.208/relmenu.3/chk.5a707f7f7536a03f82684b263487f6c1>

«España también debe prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública. *Ha sido significativo el número de irregularidades con un impacto en la aplicación de la legislación sobre contratación pública de la UE puesto en conocimiento de la Comisión durante los últimos años.* Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública. *España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros.* Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en *adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas.* El uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios. La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española».

Lo que llevaba a la Comisión en su propuesta y posteriormente al Consejo a concluir lo siguiente (art. 1.6):

«España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación».

Podría pensarse que es la constatación del mal uso dado a estas fórmulas de contratación lo que ha llevado a una regulación muy restrictiva, aunque su existencia pueda justificarse objetivamente por razones de eficiencia administrativa (8). De hecho, la propia normativa comunitaria recoge figuras similares (9).

(8) Por todos *vid.* José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016): «Cerco a los contratos menores», *Revista de Estudios Locales*. Cunal, núm. 194, pp. 38-54

(9) En el vigente Reglamento (UE, Euratom) núm. 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) núm. 1605/2002 del Consejo, el art. 104.3 habilita a la Comisión para regular, entre otras cuestiones, los «*contratos de escasa cuantía y pagos contra la presentación de una factura*». Sin embargo, en el nuevo Reglamento del Parlamento Europeo sobre las Normas Financieras aplicables al Presupuesto General de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE)

En todo caso, una primera consecuencia de la admonición comunitaria fue que motivó que en diciembre de ese mismo año 2016, el Consejo de Ministros aprobase unas «Instrucciones para mayor publicidad y transparencia en la contratación pública», en cuya parte expositiva se invoca expresamente la resolución anterior y se transcriben los párrafos citados y en cuya parte dispositiva se ordenaba la publicación de anuncios en la Plataforma de Contratos del Sector Público para todos los contratos negociados por razón de la cuantía de la Administración General del Estado y para todos los contratos de obras superiores a 50 mil euros y a los 18 mil en el resto de los contratos del sector público estatal y recomendando al resto de Administraciones Públicas la adopción de la misma medida (10).

Pese a que la supresión del procedimiento negociado por razón de la cuantía podía considerarse un avance significativo, determinados comentaristas resaltaron que el efecto práctico no sería completamente satisfactorio, dado el mantenimiento en el proyecto de Ley de la figura del contrato menor (11).

núm. 1296/2013, (UE) núm. 1301/2013, (UE) núm. 1303/2013, (UE) núm. 1304/2013, (UE) núm. 1309/2013, (UE) núm. 1316/2013, (UE) núm. 223/2014 y (UE) núm. 283/2014 y la Decisión núm. 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, EURATOM) núm. 966/2012, art. 175 y Anexo I, párrafos, 2, 3, 6 y 14, se regulan entre otras cuestiones, los contratos de escasa cuantía, es decir, inferior 60 mil euros, y los de muy escasa cuantía (inferior a 15 mil), no exigiéndose para estos últimos ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su adjudicación.

(10) Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada (BOE núm. 307, de 21 de diciembre de 2016).

(11) La denuncia de la contratación menor se había iniciado con anterioridad a la presentación del proyecto de Ley, pero en momentos simultáneos a su elaboración administrativa. Vid. VILLACÍS, Begoña (2016): «Todo a 17.999 euros», *El Confidencial* de 19 de febrero de 2016, https://blogs.elconfidencial.com/espana/mirada-ciudadana/2016-02-19/todo-a-17-999-euros_1154843/.

En cuanto a las reacciones de juristas, no necesariamente especialistas en contratación pública, posteriores a la publicación del proyecto de Ley, a título de ejemplo, vid. ÁLVAREZ, Javier Juan (2017): «Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: ¿nueva ley pero similares vicios?», Blog Hay Derecho, entrada de 18 de mayo de 2017. Accesible en <https://hayderecho.com/2017/05/18/proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-nueva-ley-pero-similares-vicios/> Este autor señala, en sus conclusiones que «si bien el Proyecto, con buen criterio, ha eliminado el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, al mantener la figura del contrato menor, sin tan siquiera reducir sus umbrales, flaco favor está haciendo en pro de la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción» (énfasis en el original). En sentido similar, aunque con datos abrumadores sacados de la Plataforma de Contratación Pública, RIAÑO, Miguel (2017): «Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público», *El Independiente*, 21 de febrero de 2017, accesible en la dirección web <https://www.elindependiente.com/politica/2017/02/21/contratos-menores->

Este estado de opinión ha tenido indudables consecuencias en la tramitación parlamentaria. Como es sabido, en la vigente regulación del contrato menor, recogida en el art. 118 LCSP se incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que en cambio en el art. 112 del TRLCSP se remitían art. 138.3, precepto dedicado a los «procedimientos de adjudicación», dando a entender que la naturaleza jurídica del contrato menor es la de un procedimiento de adjudicación. La vigente determinación de los límites cuantitativos del contrato menor, incorporada a su misma definición, ha supuesto un descenso de los mismos, tanto en relación con los contratos de obras —un límite de 40 mil euros ha sustituido al anterior de 50 mil que se establecía en el TRLCSP— como de los de servicios y suministro —con un nuevo límite de 15 mil euros en vez de los 18 mil del TRLCSP—, lo que es en sí significativo.

Los «contratos menores», es decir, la posibilidad de contratar de forma directa y con mínimas formalidades debido a la escasa cuantía del objeto y la contraprestación, no es una novedad reciente. Algunas modalidades de «contratación menor» aparecían ya en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en el que se regulaba la contratación directa de determinadas clases de obras, entre ellas las reparaciones menores o de mera conservación o las de cuantía inferior a 1.500.00 pesetas (art. 37), los suministros menores, susceptibles de contratarse mediante una «propuesta de adquisición razonada», cuando se refiriesen a «bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe total no exceda de 25.000 pesetas» (art. 86), bastando la factura cuando la adquisición se hiciera en establecimientos abiertos al público (art. 89).

En la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo preámbulo, punto 2.6, se resaltaba como una medida digna

12-228-adjudicaciones-a-dedo-para-esquivar-el-concurso-publico/. Datos llamativos son la cifra de 246 millones de euros en contratos menores entre 2013 y enero de 2017, sólo en la Administración General del Estado, o la llamativa concentración de contratos menores en la franja entre los 17.000 y 17.999 euros e, incluso, dentro de esta franja, entre los 17.991 y los 17.999 euros.

Este estado de opinión se plasma, desde un conocimiento experto de la materia, en la propuesta formulada por el Observatorio de Contratación Pública, «Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», 30 de enero de 2017, punto 1.7 p. 6 (disponible en la dirección web 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):

«Es un acierto la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía. Sin embargo, se mantiene en el Proyecto la figura del contrato menor y sus cuantías, cuando su práctica y abusiva utilización (en muchas ocasiones como contratación directa) aconseja, cuando menos, *cierta exigencia de publicidad para que exista competencia así como a la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador*» (énfasis añadido).

de mención la «potenciación de los contratos menores», se contemplaban en el art. 57, en el que se establecía que «se definirán exclusivamente por su cuantía, de conformidad con los artículos 121, 177 y 202», lo que suponía unos límites de 5 millones de pesetas —30.050,61 euros— para el contrato de obras, y de 2 millones —12.020,24 euros— para los suministros, por un lado, y para los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, por otro. Con el art. 56 y concordantes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantendrían las cuantías, simplemente traduciéndolas a euros. En consecuencia, los contratos menores habían experimentado un considerable aumento, incluido en el periodo entre 2000 y 2011, para reducirse por primera vez con la LCSP.

Merece ser destacado que en el Proyecto de Ley en el origen de la Ley vigente (12), las cuantías que figuraban como límite de las distintas clases de contrato menor eran las mismas que las del TRLCSP de 2011 (sin incluirse tampoco requisitos, formales o sustantivos, superiores a los de la legislación anterior). En consecuencia, las cuantías que han pasado a convertirse en legislación vigente son las resultantes de la tramitación parlamentaria, concretamente de una transacción resultado de la cual se aprobaron cuantías que, como ya se ha dicho, son inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley (y en el TRLCSP), pero sensiblemente superiores a las propuestas en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados (30 mil euros para obras, 5 mil para suministros o servicios).

No obstante, la principal novedad no reside tanto en la reducción de las cuantías, sino en la introducción, en el apartado 3 del art. 118, también como producto de la tramitación parlamentaria, de una regla de incompatibilidad que afecta a la adjudicación de sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos. La adición de este apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público presentado por el Gobierno tuvo su origen en una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, aunque no resultase aprobada en sus términos originales. Con la enmienda núm. 583, el Grupo Socialista propuso la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

(12) «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 de 2014 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 2 de diciembre de 2016).

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y *el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

Es decir, con independencia de la cuantía del contrato, cada contratista no podría celebrar más de un contrato menor —en principio, debe entenderse que con cada órgano de contratación— en una misma anualidad presupuestaria.

No obstante, fruto de las transacciones realizadas en la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, responsable de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada, habiéndose cambiado la prohibición absoluta de celebrar más de un contrato menor por una referencia a las cuantías límite de la contratación menor:

«En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que *el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º».

También ha desaparecido, puede dudarse de si intencionadamente, la referencia a la «anualidad», algo que ha suscitado ciertas dudas aplicativas.

La regla que contiene el art. 118.3 es una novedad en la legislación básica de contratación pública, aunque existan antecedentes en la legislación autonómica que han podido servir de inspiración para la citada enmienda y, en consecuencia, para la norma vigente.

Puede citarse en este sentido el *Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón* que se tramitó en paralelo al proyecto que se convertiría en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado por caducar al expirar la legislatura), en cuyo artículo 76.2 se preveía lo siguiente:

«No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un operador económico que, *en los dos últimos años*, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras» (13).

Se trataba de una regla dirigida únicamente a la Administración local y los límites para la acumulación de contratos menores eran específicos y

(13) *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 263, de 15 de diciembre de 2010.

considerablemente superiores a los establecidos para cada contrato menor. El período temporal a tener en cuenta resultaba fijado de una forma técnicamente discutible y difícil de aplicar. Pero existía una clara idea de limitar la acumulación de contratos menores en un único contratista.

Una regla de incompatibilidad con cierta similitud sí llegaría a convertirse en legislación positiva como parte de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra. La regla no se hallaba en la redacción original, sino que entraría a formar parte de la legislación navarra muy posteriormente, mediante la introducción de un apartado 6 en su artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio, estableciendo que:

«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».

No obstante, debe recordarse que la norma contenida en el Proyecto de Ley aragonés, dirigida a la Administración local, no llegaría a aprobarse y señalarse igualmente que esta cautela ha desaparecido de la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que regula los contratos menores en el art. 81 estableciendo únicamente límites cuantitativos para cada contrato y sin acumular en absoluto las cuantías de los celebrados con un mismo licitador. Por tanto, se ha tratado de una norma de vigencia casi fugaz y que no parece haber generado una experiencia aplicativa que haya trascendido a través de tomas de posición doctrinales o de órganos consultivos.

III. SIGNIFICADO GENERAL Y ALCANCE DE LA REFORMA DE LOS CONTRATOS MENORES

Ciertamente, en cuanto al tratamiento específico que se da a los contratos menores en la LCSP, su preámbulo no dice nada, dado que en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno la regulación era coincidente con la del TRLCSP. Como ya se ha dicho, la regulación actual tiene su origen en la enmienda núm. 583 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista, aunque dicha enmienda fuese objeto de transacción, dando lugar a un texto algo diferente. No obstante, la enmienda no está motivada o, al menos, no lo está sustantivamente, invocando una mera «mejora técnica». Sin embargo, es preciso aclarar que el Grupo Socialista dedicó al tema de los contratos menores varias enmiendas, desde la 580 a la 586 (14), y en algunas de dichas

(14) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A núm. 2-2, pp. 465-468.

enmiendas sí consta una motivación, aunque escueta. En este sentido puede resultar significativa la incorporada a la enmienda núm. 581:

«Se incorpora el informe del órgano competente en el que se justifique lo perentorio de la necesidad a satisfacer y la imposibilidad de acudir al procedimiento simplificado sin que el servicio público sufra esta demora.

Hay que incorporar garantías que aseguren la limpieza de la utilización de la figura del contrato menor sin que sea únicamente una fórmula de huir de cualquier garantía de transparencia siempre que no se rebase determinado importe».

O la motivación de la enmienda núm. 585 y última en esta materia:

«Con la medida propuesta se pretende garantizar la transparencia en los contratos menores para mejorar la gestión pública y la buena administración. Es, además, un mecanismo indirecto de prevención de conductas contrarias a derecho. En consonancia con las enmiendas anteriores».

En consecuencia, la garantía del cumplimiento normativo parece haber estado en el origen de la nueva regulación. No obstante, no sería suficiente una interpretación basada en la simple motivación —a la que no parece haberse dedicado un gran esfuerzo—, sino que también sería precisa una interpretación sistemática.

Puede recordarse que los objetivos generales de la LCSP, según su artículo 1, son asegurar la libre concurrencia (con el cumplimiento de los principios de libre acceso a las licitaciones, transparencia de los procedimientos, e igualdad de trato entre los licitadores) y la integridad y eficiencia en el empleo de fondos públicos (exigiendo la definición previa de las necesidades a satisfacer, la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa). En línea con estos objetivos generales, en la nueva regulación de los contratos menores podrían identificarse determinadas finalidades.

Evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, es la finalidad atribuida por la Junta Consultiva del Estado en los informes 41/2017 y 42/2017. En ellos se hace referencia a que el artículo 118.3 de la LCSP contiene el deber de «justificar la concurrencia de dos circunstancias» —no fraccionamiento fraudulento del objeto y que el contratista no haya suscrito más contratos menores—, pero ambas tendrían la misma finalidad, que es «la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor».

En los dos informes citados se afirma que ambas condiciones (la no fraccionamiento fraudulento del objeto del contrato y la no suscripción de contratos menores por el contratista seleccionado que superen el umbral establecido) son «cumulativas y [están] conectadas con un fin último coincidente» que se traduce en «la *proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad*

de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor». Ello es así porque, se afirma, «la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente». No obstante, como acertadamente se señala en el Informe 1/2018 por la Junta catalana, en sus informes la Junta del Estado no hace referencia al hecho de que ese fraude no tiene que darse necesariamente acudiendo en todos los casos a la misma empresa contratista.

El razonamiento anterior no es convincente, continúa señalando en su argumentación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, puesto que una limitación que tuviera como finalidad exclusiva evitar el fraccionamiento fraudulento del objeto de los contratos debería tener como referencia dicho objeto, de manera que la prohibición se hubiera circunscrito a la celebración de contratos menores con un mismo objeto, no con una misma empresa contratista. En cambio, «dado que el precepto hace referencia a la empresa «contratista», hay que entender que la finalidad de esta limitación va más allá de la prohibición de fraccionar indebidamente el objeto de los contratos —finalidad que cubre la primera de las circunstancias a justificar la cual, como se ha dicho, consiste en una obligación de justificación para reforzar la prohibición prevista para todos los contratos». Por el contrario, la referencia expresa a la constatación de que «el contratista no ha suscrito más contratos menores» y el carácter aditivo de ambos extremos con el uso de la conjunción copulativa «y» entre las dos obligaciones de justificación que se recogen en el art 118.3, llevan necesariamente a descartar que la finalidad exclusiva de esta regulación pueda ser únicamente evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, debiendo entenderse que su objeto es más amplio.

Como se ha dicho, la interpretación de cuál es la finalidad de la limitación que se analiza es relevante a efectos de determinar el alcance. Así, por ejemplo, y como más adelante se verá, en los dos informes mencionados de la Junta estatal se delimita poniendo el foco en el carácter «de unidad» del objeto de los contratos, en vez de en la empresa a la que se adjudican.

Evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas mediante contratos menores, bien a causa de una incorrecta planificación o, simplemente, por una incorrecta concepción sobre la finalidad de este mecanismo de adjudicación, puede también considerarse como la finalidad perseguida. En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Aragón en su pionero Informe 3/2018, de 13 de febrero, señalando que este objetivo está en línea con pronunciamientos de órganos consultivos o de control externo anteriores. En este informe, relativo a la «incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores», la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón señala lo siguiente:

«Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas

o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles».

En este sentido, ese uso adecuado vendría ahora reforzado por la obligación de planificación que se recoge en el artículo 28.4 LCSP, en el que se establece literalmente que «las entidades del sector público *programarán* la actividad de contratación pública, *que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales* y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada». Sin embargo, es realmente el art. 101.10 LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, el que definitivamente debería impedir la continuidad de algunas prácticas anómalas que suponen la utilización del contrato menor para atender a necesidades periódicas: de acuerdo con este precepto, en los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato o, primero, el *valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos*, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial; o, alternativamente, el *valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio*, si este fuera superior a doce meses. Recuérdese que la definición de contrato menor contenida en el art. 118.1 refiere las cantidades máximas al valor estimado de los contratos.

En el mismo sentido, el art. 99 LCSP, en el que se prohíbe la fragmentación de los contratos, pero se establece la regla general de la división en lotes de acuerdo con el criterio de «unidad de ejecución». Sin embargo, a efectos de la determinación de las reglas de procedimiento y publicidad aplicables, se acumulará el valor estimado de los diferentes lotes. En consecuencia, un contrato se debe dividir en partes o lotes cuando ello sea posible sin distorsión de los fines públicos, pero para que cada uno de los lotes sea susceptible de adjudicación directa como contrato menor, el conjunto debe tener un valor total inferior a los umbrales de estos contratos menores.

No obstante, es claro que la inadecuación de los contratos menores para cubrir necesidades periódicas o recurrentes no es una novedad, ni de una idea aisladamente avanzada por el Tribunal de Cuentas o por la Junta aragonesa.

Los pronunciamientos al respecto han sido numerosos y puede citarse a modo de ejemplo, entre los emitidos por órganos consultivos, el Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, sobre «Contratación de prestaciones para cubrir necesidades de carácter recurrente o periódico. La contratación menor y la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos del sector público», en el que se refirió a la inconveniencia de suscribir contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente. En este informe, la Junta catalana señalaba que la contratación menor consiste en una simplificación y agilización procedimentales para posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades a través de un procedimiento ágil y sencillo, en función de las escasas cuantía y duración temporal de los contratos. Sin embargo, son una excepción a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, además de afectar a la libre competencia y a la regla de selección de la oferta económicamente más ventajosa, por lo que la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas. Ahora bien, estas finalidades podrían lograrse mediante un mayor énfasis en la regulación del objeto del contrato, siendo quizá no totalmente necesario para su logro el establecimiento de una regla de incompatibilidad para las empresas que hayan sido previamente adjudicatarias de un contrato menor.

En consecuencia, en este punto la nueva regulación se inserta en una tendencia ya asentada en la doctrina administrativa, pero no suficientemente seguida en la práctica.

Evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada a la misma empresa, incrementando la competencia y promoviendo la diversificación de empresas adjudicatarias de estos contratos, para evitar desigualdades entre las empresas que derivan de favorecer siempre a la misma o a las mismas, sería también una finalidad, señalada entre otros en su Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público por la Junta catalana. En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su informe 1/2018, atribuyendo al precepto la «finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos y, en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, habida cuenta de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduce la nueva Ley 9/2017, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa (vid. art. 159.6 de la LCSP, procedimiento abierto simplificado)».

De acuerdo con esta interpretación, evitar tanto el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato, como su uso rutinario para satisfacer necesidades

recurrentes o periódicas o como las prácticas clientelares o simplemente acomodaticias que favorecen sistemáticamente a las mismas empresas, serían los tres objetos inmediatos de la nueva regulación de los contratos menores. Este último objeto sería el específico o distintivo de la nueva regulación, más concretamente estaría en la base de la limitación de adjudicar contratos menores a una misma empresa por encima de un determinado umbral, lo que se uniría a las dos finalidades que, aunque ya teóricamente presentes en la regulación anterior —pero no reflejadas en la práctica administrativa o al menos sólo reflejadas muy imperfectamente— de evitar la fragmentación indebida del contrato, sea simultánea —dividiendo una prestación actualmente necesaria— o sea sucesiva —acudiendo a la contratación menor de forma reiterada para satisfacer necesidades recurrentes y previsibles—, debiendo todas ellas ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el art. 118.3.

En todo caso, parece claro, dada la invocación de la lucha contra la corrupción en la motivación de las enmiendas del grupo político impulsor inicial de la nueva regulación, como el clima general en el que se han desarrollado los trabajos parlamentarios conducentes a la LCSP, que no es meramente un objetivo de promoción de la competencia, sino la evitación de prácticas clientelares y corruptas lo que ha motivado la limitación expresa de la contratación con cada empresa por la vía de la contratación directa (y con publicidad meramente a posteriori).

En consecuencia, incluso cuando se trate de contratos menores conformes al espíritu y finalidad de su regulación, es decir, que no respondan al fraccionamiento de un contrato que de forma natural debería ser unitario ni sirvan para cubrir necesidades recurrentes, susceptibles de planificación y programación previa, que hubieran debido articularse a través de otros mecanismos (sistemas de racionalización compras, procedimientos abreviados o abreviados sumarios), será necesario que se seleccione a empresarios diversos. En el mismo sentido concurre la exclusión de los supuestos en que exista exclusividad, lo que carece de sentido si la finalidad de la regla de incompatibilidad cuando se supere el umbral se vincule únicamente a la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos o incluso a la prohibición de cubrir necesidades recurrentes con contratos menores. Por el contrario, se admite la reiteración de la adjudicación a la misma empresa contratista en caso de que concurren razones de exclusividad técnica o artística, no aplicándose el límite máximo de contratos menores adjudicados a una misma empresa, pero sí las prohibiciones de fraccionamiento del objeto y de cobertura de necesidades recurrentes.

Estas otras finalidades de no fraccionamiento y no cobertura de necesidad recurrentes se alcanzan, en cambio, tanto a través de la previsión en la propia LCSP de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, que ahora hay que justificar expresamente para los menores mediante la justi-

ficación de no haberlo «alterado»; como con la obligación de programación establecida ahora expresamente en la LCSP, a que ya se ha hecho referencia; o con la obligación de consolidar los valores estimados de contratos periódicos o sujetos a renovación. Respecto a estas regulaciones, en el art. 118.3 se incorpora un plus, el deber de no alterar la competencia favoreciendo a unos contratistas frente a otros.

Como se señala en el Informe 1/2018 de la Junta catalana, en el artículo 118.3 se establecen dos deberes diferentes y complementarios: uno, relativo al objeto de los contratos menores, de evitar el fraccionamiento, tanto el directamente fraudulento como aquel que sea debido a una insuficiente o incorrecta planificación y mala praxis; dos, relativo a la selección de los contratistas, de evitar que contratos menores correctamente calificados —es decir, atinentes a un objeto real, no fraccionado y de carácter ni recurrente ni periódico— se concentren en determinadas empresas.

IV. PUNTOS DE ACUERDO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

Es chocante desde cualquier punto de vista la existencia de divergencias muy relevantes en la interpretación de aspectos claves del régimen vigente de los contratos menores, no suscitados desde medios profesionales interesados en la defensa —perfectamente legítima— de intereses particulares, sino desde órganos administrativos especializados además en contratación administrativa. Esto supone un grave detrimento de la seguridad jurídica, en una materia en la que además se han producido condenas penales por prevaricación administrativa en los últimos años. No obstante, no todos son discrepancias, sino que también hay puntos en los que la coincidencia ha sido general y que también han de ser examinados.

1. El nuevo procedimiento contractual aplicable a los contratos menores

La polémica regulación de los contratos menores está en lo principal contenida en el artículo 118 de la LCSP, que lleva por título «expediente de contratación en contratos menores», poniendo de relieve que el «contrato menor» es un procedimiento especial de contratación directa, fundamentalmente justificado por la escasa cuantía y por la primacía de la agilidad y la eficacia administrativa sobre otro tipo de consideraciones. Sin embargo, precisamente las cuestiones de procedimiento administrativo son las que menos polémica han generado, eclipsadas por otras novedades de la regulación vigente, especialmente la acumulación de las cuantías de contratos menores como generadora

de la incompatibilidad del contratista superado un determinado umbral, que coincide con el máximo previsto para cada contrato menor individual. No obstante, las novedades que se contienen en este apartado son también muy relevantes, como destacaba la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 1/2018, de 20 de abril.

En el apartado primero del art. 118 se establece —en línea con lo que se establecía en el artículo 111 del TRLCSP— que la tramitación del expediente de un contrato menor, además de requerir la aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura—con los requisitos que se prevean en las normas de desarrollo de la Ley—, pero además será necesario «el informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato». En consecuencia, se extiende a los contratos menores la obligación general, actualmente recogida en el artículo 28.1 de la LCSP, de emitir este informe e incorporarlo a los expedientes de los contratos del sector público, lo que constituye una novedad respecto del TRLCSP, como se destaca en el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

En consecuencia, se convierte en preceptivo también en los expedientes de los contratos menores el informe contemplado en el artículo 28 de la LCSP, cuyos contenidos se refieren a la «necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación», lo que se relaciona directamente con la regla contenida, en el apartado 1 del mismo artículo de que «las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales». Todo ello se plasma en que «a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». En virtud de la previsión del art. 118, en la enumeración de procedimientos en que este informe es preceptivo debe entenderse incluido también el expediente de contrato menor, con independencia de su valor estimado.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha afirmado al respecto que el informe ha de estar firmado por el titular del órgano de contratación, con la lógica excepción de que la competencia se haya delegado en los términos legalmente establecidos, debiendo tener un contenido sustantivo y propio y sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio (15).

(15) Informe 42/2017 sobre «Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP»

No hay novedades en lo que se refiere al expediente de los contratos menores de obras (art. 118.2), en el que debe constar como elemento añadido el presupuesto de las obras, el proyecto correspondiente cuando lo requieran normas específicas y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. Como elemento adicional a la tramitación del expediente, sí constituye una novedad el art. 118.4, en relación con el artículo 63.4 de la LCSP, de acuerdo con los cuales como mínimo la información del objeto, la duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad de la empresa adjudicataria de los contratos menores ha de publicarse de manera agregada, al menos trimestralmente, ordenándose los contratos por empresa adjudicataria, aunque se exceptúan los contratos de valor estimado inferior a cinco mil euros, si el sistema de pago utilizado es el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos menores.

Finalmente, en el artículo 118.3 de la LCSP, se establece que en el expediente de contratación de los contratos menores «se justificará que *no se está alterando el objeto del contrato* para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que *el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*». Se hace directamente responsable a los titulares de los órganos de contratación de verificar el cumplimiento de dicha obligación —«el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla»— y se exceptúa únicamente un supuesto muy concreto: «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º». Esta última remisión se hace a la causa habilitante de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad contenida en el artículo 168.a).2.º de la LCSP, relativa a la «no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial», que, se precisa en el precepto remitido «solo 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».

Respecto de la justificación de no estar alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, hay que entender que constituye una exigencia adicional de justificación para los contratos menores respecto de la obligación general de no fraccionamiento del objeto de los contratos establecida con carácter general para todos los contratos. Debe recordarse que en el artículo 99.2 de la LCSP, relativo al objeto del contrato, se establece en idénticos términos en que se hacía en el artículo 86.2 del TRLCSP que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Estaríamos ante

una exigencia adicional de justificación en los contratos menores que no se requiere para el resto de contratos sometidos a esta misma obligación, como ha señalado la Junta catalana en su Informe 1/2018.

También es necesario justificar que «el contratista» —ha de entenderse, el futuro contratista— no ha suscrito más contratos menores que «individual» o conjuntamente superen la cifra de 40 mil euros en el caso de obras o de 15 mil en el caso de servicios o suministros, es inequívocamente una justificación previa a la adjudicación y por tanto que tiene que llevarse a cabo con carácter previo a la contratación, de manera que tendrá por objeto la empresa que el órgano de contratación se está planteando contratar, en ningún caso respecto a la que ya es contratista.

En consecuencia, como requisito formal en los expedientes de contrato menor se establece la obligación de justificar dos concretos extremos: que no se está alterando el objeto del contrato menor para poder acudir a la contratación directa; que el contratista no ha suscrito más contratos menores cuyo valor estimado, individual o conjuntamente, supere los 40 mil euros en los contratos de obras y de 15 mil en los contratos de servicios y suministros. Debe insistirse en que es el órgano de contratación quien tiene la obligación de comprobar el cumplimiento «de esta regla». No obstante, se excluye de la regla de acumulación de cuantías los supuestos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por tratarse de la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, porque no haya competencia por razones técnicas o porque proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Un supuesto de aplicación del procedimiento de contrato menor, pero de no aplicación de los límites sustantivos es el de *contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones* se recoge en la Disposición Adicional Novena de la LCSP, en la que se establece lo siguiente:

«l. 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, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las 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».

Esta previsión no constituye una novedad: en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se establecen las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se preveían en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «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», mientras que en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

Este supuesto de aplicación del procedimiento de contratación menor ha sido estudiado por la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero.

En esencia, la regulación especial de los contratos de acceso a bases de datos y de suscripción a publicaciones suponen la aplicación a la adjudicación de dichos contratos de «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago». Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. La única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente 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, siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

Por otra parte, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones resultará relevante la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de dichos contenidos, lo que tendría como consecuencia la imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos que no sean los propietarios de esos derechos. En tales casos es posible recurrir a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a).2.º

LCSP, existiendo una remisión en el inciso final del art. 118.3. No obstante lo anterior, el legislador ha optado por establecer una regla que permite la contratación directa, como contrato menor, de cualesquiera derechos de acceso a bases de datos o revistas, con independencia de que el proveedor tenga o no derechos exclusivos.

El límite en cuanto a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 LCSP, en el que se mantiene sustancialmente lo antes establecido en el art. 23.3 TRLCSP, resultando que estos contratos «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». No es una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación en un precepto distinto del que establece las reglas de adjudicación. En el mismo sentido, se ubica en el Título I del Libro primero, dedicado a disposiciones generales, concretamente en el capítulo I, «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», mientras que el art. 118 está en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 1ª, relativa al «Expediente de contratación». Al no ser una regla «de procedimiento», no parece que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de los contratos de acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones regulados en la Disposición Adicional novena.

2. La aplicación de un límite temporal a la acumulación de cuantías

En el artículo 118.3, al establecer la regla de la acumulación de las cuantías de los contratos menores adjudicados a un contratista, con la posible consecuencia de la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores, no se establece un límite temporal, o al menos no se hace de forma expresa. La delimitación de límites, en primer lugar temporales, pero también objetivos y subjetivos implícitos en la norma parece un elemento necesario dada la premisa de que el legislador es racional y no va a establecer una regla que comportaría en la práctica la desaparición de una figura que, sin embargo, mantiene de forma expresa. Como acertadamente se afirma en el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña respecto a la regla del art. 118.3, «una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por desproporcionada, no parece ser la querida por la norma, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del

umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal». Esto lleva a la necesidad de una interpretación, en primer lugar teleológica, que permita determinar los límites razonables de la regla de incompatibilidad y, en primer lugar, de sus límites temporales.

Es preciso señalar que todos los pronunciamientos de órganos consultivos hasta ahora emitidos han coincidido en la apreciación de la existencia de un límite temporal. Es más, con respecto a ese ámbito temporal, todos los órganos consultivos en sus informes parecen haber partido del hecho de que esta limitación debía coincidir con el período de duración de los contratos menores. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 29.8 LCSP, los contratos menores no pueden tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. En esa coincidencia ha podido influir que su duración es la única referencia temporal que aparece en la LCSP referida a este tipo de contratos, como expresamente se señala en algún caso, como en el Informe 1/2018 de la Junta catalana. Aceptados ambos extremos, es decir, tanto la existencia de un ámbito temporal específico para la aplicación de la regla de incompatibilidad por un encima de un determinado umbral y la concreción de ese período temporal en un año, la cuestión se centra en si ese año se tiene que computar por anualidad presupuestaria o por año como período temporal de 365 días, contado de fecha a fecha.

Sin embargo, la coincidencia sobre el período de un año no se ha extendido a su determinación y cómputo, como se examina en el correspondiente apartado.

3. La independencia de los tipos contractuales

La más polémica de las cuestiones que se han planteado en relación con la interpretación de la doble regla del art. 118.3 es la relativa al ámbito objetivo de la limitación introducida y, en concreto, si la posible incompatibilidad derivada de la limitación de la acumulación de contratos asignados al mismo empresario hay que entenderla establecida con independencia de la tipología y del objeto contractual de que se trate o, por el contrario, si sólo resultará de aplicación cuando se trate de contratos menores del mismo tipo y que tengan el mismo objeto.

Puede recordarse que, contrariamente a lo que se establecía en el TRLCSP 2011, en la Ley vigente los únicos contratos menores que se admiten son los de obras, suministros y servicios. Del tenor literal del art. 118.1, al definir los contratos menores, ha desaparecido cualquier referencia genérica, como la que si figuraba en el precepto equivalente de la legislación anterior. En el mismo sentido, una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista para incluir de forma expresa el contrato menor de gestión de servicios fue rechazada por el Congreso de los Diputados.

Dado que los límites establecidos para los contratos menores de obras, por un lado, y de suministros y de servicios, por otro, son diferentes, la referencia al «límite» del art. 118.3 puede entenderse referido no a cualquier contrato menor anteriormente celebrado por una empresa determinada, sino a los del mismo tipo contractual. Esto llevará a la interpretación es que se trata de un límite por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato, referencia ésta a cómputos diferentes para los contratos de obra, suministro, o servicio. En este sentido se pronunció en primer lugar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero. La misma interpretación ha sido adoptada por otros órganos consultivos, como la Junta de Madrid en su Informe 1/2018, o la Junta del País Vasco en su Recomendación 1/2018.

No es una posición unánime, pero sí lo es que los contratos menores no pueden considerarse en bloque y de forma indiferenciada a todos los contratos menores y, en línea con este criterio común, la aplicación por tipologías sería la regla más restrictiva, de alguna manera el mínimo común divisor, aunque algunos órganos contractuales han ido más allá, entendiendo que el límite se aplicaría no ya únicamente dentro de un tipo contractual, sino por referencia a contratos menores con idéntico objeto.

En cuanto a la posición más restrictiva de las que se han expresado, en su Informe la Junta aragonesa examina la cuestión de si la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debe entenderse con independencia del objeto y características de los sucesivos contratos, de manera que la cifra a tener en cuenta sea el producto de la suma de los valores estimados de todos los contratos menores suscritos con un contratista durante el período a considerar —en principio, cada año— por un determinado órgano de contratación o, por el contrario, la suma a considerar pueda no ser única, sino variar en función del objeto y características del contrato.

La posición adoptada por la Junta de Aragón es considerar que la regla de incompatibilidad que se establece en el art. 118.3 debe operar respecto a la sucesión de contratos menores de una misma tipología que hayan sido adjudicados a un determinado contratista de manera sucesiva durante el período de aplicación. Es decir, que la regla no se aplicará respecto a todos los contratos menores suscritos anteriormente por una determinada empresa sino, respectivamente, entre los contratos menores de obras con el nuevo contrato menor de obras, o de servicios con el nuevo contrato menor de servicios o, finalmente, de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato menor de servicios que pretenda adjudicarse en el expediente en tramitación.

Para llegar a esta conclusión, en el Informe 3/2018 de la Junta aragonesa pone el énfasis en la finalidad, inequívocamente incluida entre los objetivos

que subyacen al art. 118.3, de prevenir la utilización de los contratos menores para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que deberían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si se hubiese cumplido adecuadamente el deber de planificación y programación contractual. En este sentido se recuerda la existencia de diversos pronunciamientos administrativos contrarios a la utilización de los contratos menores para cubrir necesidades periódicas o que hayan podido ser previstas con suficiente antelación (16). Como se señala literalmente en el informe, ese «carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual».

No es el único argumento utilizado por el órgano consultivo aragonés, sino que también se apoya en el primer inciso del art. 118.3, en el que se establece la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que sólo podrá haber fraccionamiento del objeto entre contratos de la misma tipología.

La Junta aragonesa considera incluidos a efectos del límite objetivo también los supuestos de contratos en los que se utilice el mecanismo de anticipo de caja fija. En este sentido se esgrime que en el art. 63.4 LCSP, se considera de forma expresa que entran en la categoría de menores aquellos «contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores», aunque sea para excluirlos del deber de publicación, como mínimo trimestral, a que se somete al resto de los contratos menores.

V. DISCREPANCIAS EN LAS INTERPRETACIONES DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

Por supuesto, la cuestión más llamativa en la materia estudiada es la existencia de discrepancias entre los distintos órganos consultivos especializados en contratación pública, los más relevantes de los cuáles se refieren al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3, pero no únicamente a esa cuestión.

(16) Además de la referencia genérica, en el informe se cita explícitamente al Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013.

1. El cómputo del período de acumulación de cuantías: ¿año natural o ejercicio presupuestario?

Como ya se ha señalado, al establecer la regla de la acumulación de las cuantías de los contratos menores adjudicados a un contratista, con la posible consecuencia de la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores, en el artículo 118.3 LCSP no se hace referencia a límite temporal, o al menos no se hace de forma expresa, contrariamente con lo que sucedía con el texto de la enmienda en el origen del precepto, en que se hacía referencia a la «anualidad». Ante esa evidencia, podría pensarse en que la voluntad expresa del legislador habría sido la aplicación de la regla de incompatibilidad sin límite temporal alguna. Sin embargo, este razonamiento no casa muy bien con el hecho de que el texto aprobado proceda de una enmienda transaccional, lo que lleva a pensar en una opción intermedia entre el texto de Proyecto de Ley —en el que no había regla de incompatibilidad alguna— y la enmienda —en que la regla propuesta comportaba la acumulación de cuantías durante una «anualidad»—, siendo lógico entender que la omisión de esa referencia temporal podría haberse debido, bien a un error de redacción o bien a que, dado que el año es el período máximo de ejecución de un contrato menor, el límite temporal anual se hubiese dado por sobreentendido.

En todo caso y en última instancia, la aceptación de la existencia de límites —aunque implícitos— para la acumulación de valores estimados y su determinación, límites en primer lugar temporales, pero también objetivos y subjetivos implícitos en la norma parece un elemento necesario dada la premisa de que el legislador es racional y no es esperable que vaya a establecer una regla que en la práctica comportaría la desaparición de una figura del contrato menor a medio plazo por falta de contratistas disponibles, dado que, sin embargo, la figura del contrato menor mantiene de forma expresa, en vez de desaparecer como se ha hecho con la otra forma de contratación directa por razón de la cuantía, el procedimiento negociado, que ya no es posible apoyar en el mero valor estimado del contrato. Como acertadamente se afirma en el Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña respecto a la regla del art. 118.3, entender otra cosa llevaría a una práctica prohibición completamente desproporcionada y que debería haber sido en todo caso objeto de una regla clara y precisa; en palabras de este órgano consultivo, «una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por *desproporcionada*, *no parece ser la querida por la norma*, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal». Esto lleva a la necesidad de una interpretación, en

primer lugar teleológica, que permita determinar unos límites razonables de la regla de incompatibilidad, el primero de los cuales lógicamente será el período temporal de cómputo.

Como ya se ha señalado con anterioridad, todos los órganos consultivos en los informes hasta ahora emitidos sobre la cuestión han coincidido en apreciar la existencia de un límite temporal implícito. También han coincidido en que el período en cuestión es de un año, haciéndolo así coincidir con el período máximo de duración de los contratos menores (artículo 29.8 LCSP). En el origen de esa coincidencia probablemente esté que en la duración máxima anual está la única referencia temporal que aparece en la LCSP con relación a los contratos menores, como expresamente se señala en algún caso, como en el Informe 42/2017 de la Junta del Estado o el Informe 1/2018 de la Junta catalana. Aceptados unánimemente tanto la existencia de un ámbito temporal específico para la aplicación de la regla de incompatibilidad por un encima de un determinado umbral, como la concreción de ese período temporal en un año, la cuestión se ha centrado en el cómputo de ese período o, más concretamente, en si ese año se tiene que computar por anualidad presupuestaria o por año contado de fecha a fecha.

Como ya se ha señalado, la coincidencia sobre el período de un año no se ha extendido a su determinación y cómputo. Al respecto hay dos posiciones: la mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la que ha sido sostenida por el resto de los órganos consultivos, comenzando por la opinión expresada por la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón en su Informe 3/2018.

La posición de la Junta estatal es que para apreciar si concurre la incompatibilidad de un contratista derivada de que haya sido adjudicatario de contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales establecidos, el límite temporal ha de ser el mismo que el de la duración máxima de este tipo de contratos, establecida en el ya citado artículo 29.8 LCSP en un año: «Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 *no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga*». En consecuencia, la Junta estatal en su Informe 42/2017, argumenta que el límite temporal tiene que ser precisamente el que marca la Ley respecto de la duración de los contratos menores.

En cuanto al cómputo de ese plazo de un año, basándose en el hecho de que la LCSP no contempla otro trámite que la incorporación de la factura en el expediente, considera que ése tiene que ser el punto de referencia para cómputo. Desde esa referencia, de acuerdo con el criterio del órgano estatal, ese año deberá ser contado hacia atrás desde el momento de la aprobación del gasto del nuevo contrato. En el mismo sentido, contraargumentando la opinión de la Junta aragonesa, declara que el cómputo por ejercicio presupuestario

no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del ejercicio, tratándose de una opción convencional y menos segura.

Por otra parte, la regla sería de aplicación con carácter inmediato a partir de la entrada en vigor de la LCSP —es decir, a partir del 9 de marzo de 2018—, por tanto teniendo en cuenta a estos efectos también los contratos menores que se hayan adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor y, por tanto, durante la vigencia del TRLCSP de 2011, en el que no se incluía una regla semejante. A este extremo se refiere la Junta estatal en el Informe 5/2018, negando que se trate de una aplicación retroactiva de la LCSP, ya que *«no se puede decir que la nueva ley se aplique a un contrato menor regido por la ley precedente, sino que dicho contrato se emplea como antecedente necesario para verificar si en el nuevo contrato se cumplen las condiciones impuestas por la nueva ley»*.

A este criterio se le han hecho diversas críticas, entre ellas que puede chocar con el requisito de aprobación de gasto que también exige el artículo 118.1, si no hay dotación presupuestaria en el correspondiente ejercicio (17). Por otra parte, difiere de la conclusión a que han llegado la totalidad de los órganos consultivos autonómicos. Estos se han pronunciado a favor de la anualidad presupuestaria, empezando por la Junta Consultiva de Contratos Públicos de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, en el que consideró aplicable el criterio de la anualidad presupuestaria que está directamente conectado tanto con la preceptiva planificación contractual, como con los controles financieros que ha de realizar la Intervención, esgrimiendo además que tanto los trabajos parlamentarios como los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.

El criterio de la Junta aragonesa, seguido por el resto de los órganos consultivos autonómicos, aunque pueda apoyarse en argumentos sistemáticos, comparados y en los trabajos parlamentarios, es esencialmente un criterio realista: es realmente muy difícil en la práctica aplicar el criterio defendido por la Junta estatal y es además muy poco conveniente. Ha de tenerse en consideración que la regulación contenida en el art. 118 tiene como finalidad introducir una limitación que se ha de justificar en los expedientes de contratación y que claramente ha de considerarse vinculada a la preceptiva programación a que están obligados los órganos de contratación y que estos habrán de hacer tomando como base el ejercicio presupuestario —el art. 28.4 LCSP hace referencia a la actividad de contratación pública que se vaya a desarrollar en

(17) Esteban UMEREZ (2018): «Pronunciamientos relevantes de la Junta Consultiva de Contratación sobre la nueva LCSP (I) Contratos menores», en <https://www.umerez.eu/blog/2018/3/3/pronunciamientos-relevantes-de-la-junta-consultiva-de-contratacin-sobre-la-nueva-lcsp-i-contratos-menores>.

un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales—, por lo que un criterio pragmático lleva, ante la ausencia de concreción legal, a hacer coincidir el período de cómputo a efectos de incompatibilidad con el año presupuestario, permitiendo una aplicación efectiva y con un esfuerzo razonable.

La Xunta Consultiva de Contratación de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril, se pronuncia por el ejercicio presupuestario, que considera equivalente al «año natural», es decir, el que va de 1 de enero a 31 de diciembre. Para ello hace dos grupos consideraciones, uno primero apoyada en lo que ha sido la práctica administrativa más común, que llevaba a considerar que los contratos menores no sólo tienen una duración máxima de un año, sino que se ejecutan durante un único ejercicio presupuestario, a la que se une la práctica del control presupuestario:

«Con carácter general, partiendo de la base de que los contratos menores se ejecuten en el año natural, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el indicado ejercicio presupuestario. A mayores, considerando que las actividades de control previstas en la normativa presupuestaria y contractual están siempre referidas al ejercicio presupuestario, este órgano consultivo se inclina por esta opción».

A ello se une un argumento sistemático, basado en las reglas de cálculo del valor estimado para los contratos de suministro y de servicios, aunque el argumento no parece completamente claro en cuanto a su formulación:

«A falta de concreción en el texto, entendemos que podemos acudir, de nuevo, a las reglas de cálculo de valor estimado para fundamentar un criterio sobre esta cuestión. El artículo 101.10 de la LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, permite optar para el cálculo del valor estimado entre dos magnitudes, básicamente, el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos; o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega. Como indica el artículo 101.4, “la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”».

2. Límites objetivos: ¿el art. 118.3 contiene un mero recordatorio de la prohibición de la fragmentación del objeto del contrato?

Puede recordarse que en el artículo 118.3 LCSP se establece una obligación formal de justificar que no se está alterando el objeto del contrato para poder utilizar la figura del contrato menor y, además, «que el contratista *no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*», en realidad cifras, dado que se trata de 15 mil euros para los contratos de suministro y servicios, pero se eleva a 40 mil para los contratos de obra.

Como ya se ha señalado, la más discutida de las cuestiones que ha suscitado la interpretación de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 es la relativa al ámbito objetivo de cómputo a efectos de la limitación introducida y, en concreto, si la posible incompatibilidad derivada de la limitación de la acumulación de contratos asignados a una misma empresa hay que entenderla establecida con carácter general e incondicionado, con independencia del tipo del contrato y del objeto contractual de que se trate o, por el contrario, si sólo resultará de aplicación dentro de cada una de las tres tipologías que están admitidas para los contratos menores (obras, suministros y servicios) o, es más, sólo cuando se trate de contratos menores que tengan el mismo objeto.

Una primera interpretación, a la que ya se ha hecho referencia como una suerte de mínimo común divisor, es que estamos ante un límite por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato, referencia ésta a cómputos diferentes para los contratos de obra, suministro, servicio. En este sentido se pronunció en primer lugar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, posición también mantenida por los órganos consultivos de la Comunidad de Madrid y de la Comunidad Autónoma Vasca. Sin embargo, determinados órganos consultivos han ido más allá, entendiendo que no sólo el tipo contractual, sino el propio objeto del contrato delimitará el ámbito del cómputo a efectos de una posible incompatibilidad de determinados licitadores. En este sentido se han pronunciado tres órganos consultivos especializados: la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en sus informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018; la Junta Consultiva de Galicia en su Informe 1/2018; y la Junta Consultiva de Cataluña en su Informe 1/2018.

La Junta estatal fue la primera en pronunciarse en este sentido, concluyendo en sus informes que será posible no tener en cuenta el límite establecido para cada empresa cuando las prestaciones de los diversos contratos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Esta circunstancia se dará bien cuando los objetos de los sucesivos contratos sean cualitativamente distintos o, incluso, cuando, siendo equivalentes las prestaciones que constituyen el objeto de los sucesivos contratos, no se susciten dudas de que no constituyen una unidad de ejecución ni en lo económico ni en lo jurídico. De acuerdo con estos criterios:

«La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista».

La Junta estatal parte de la idea de que el objeto, exclusivo, de la regla del art. 118.3 es prevenir la fragmentación indebida del objeto del contrato,

a lo existiría una cierta proclividad, precisamente para poder utilizar la figura del contrato menor. En consecuencia, recurre a la regulación general de lo relativo a la fragmentación del objeto de los contratos, que es de donde sale el concepto de «unidad de ejecución». En este sentido, también en el artículo 99 LCSP, en el que se incorpora el principio general de licitación separada de cada una de las partes de una prestación mediante su división en lotes, se prohíbe el fraccionamiento indebido y se establece que las normas de publicidad y procedimiento aplicables deberán determinarse en función del valor estimado acumulado del conjunto.

El concepto de «objeto cualitativamente distinto» no parece estar suficientemente determinado. Por otra parte, la Junta estatal atiende únicamente al objetivo de evitar fraccionamientos fraudulentos: «*la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada*»). Se argumenta en el siguiente sentido:

«...la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que *lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores*».

En suma, la Junta Consultiva del Estado en sus informes 41/2017 y 42/2017, interpreta que la finalidad de la limitación es evitar la división arbitraria del contrato para sortear los umbrales máximos del contrato menor. Ello junto a la idea también expresada por ese órgano consultivo de que una interpretación diferente, de un excesivo rigorismo, llevaría a resultados indeseables, como la imposibilidad de encomendar sucesivos contratos menores a un operador económico incluso siendo sus objetos cualitativamente distintos. Es por ello que circunscribe la aplicación de la regla de incompatibilidad a la reiteración de prestaciones que constituyan una «unidad de ejecución en lo económico y lo jurídico», pero que la limitación no tiene que operar respecto de objetos equivalentes si «no hay ninguna duda» de que no constituyen dicha unidad.

La conclusión del Informe 42/2017 es contundente:

«La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos

sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por eso, 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.»

Esta posición ha encontrado la plena y entusiasta adhesión de la Junta consultiva gallega en el Informe 1/2018, de 25 de abril. El razonamiento de este órgano autonómico es conciso y contundente:

«... a nuestro juicio, nueva LCSP no introduce en este aspecto ninguna modificación sustantiva en el régimen de los contratos menores. Se limita a remitirse a las normas generales de la Ley y a exigir de forma explícita una exigencia [sic] de justificación expresa de un aspecto que ya se debía considerar aplicable al amparo del régimen legal anterior, en el que, obviamente [sic], también existía la regla de prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos».

La posición de la Junta consultiva gallega es evidentemente discutible, aunque desde luego respetable, aunque su argumentación roza el desparpajo —quizá incluso superándolo— cuando se señala que entender que en el art. 118.3 existe un límite a la cuantía de los contratos menores que puede suscribir una determinada empresa es un «exceso interpretativo».

Se ha señalado que al fijar su posición, el órgano consultivo estatal no parece haber tenido suficientemente en cuenta los objetivos de publicidad, competencia e integridad perseguidos por la normativa europea y nacional, a los que resultaría más adecuado el criterio de límites cuantitativos «por empresario, por órgano de contratación y por tipo de contrato» (18). Por ello se ha señalado que la interpretación defendida por la Junta estatal supondría que nada hubiese cambiado en cuanto a los aspectos sustantivos con la regulación de los contratos menores incluida en la nueva Ley de contratos, además de prescindir como fuentes de interpretación de documentos comunitarios europeos como la Directiva 2014/24/UE o la ya citada Recomendación de Decisión del Consejo 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} Bruselas, 27.7.2016 COM(2016) 518 final (19).

Aparte de la cuestión de si con este criterio interpretativo puede contribuirse a reducir el abuso hasta ahora constatado de la contratación menor, lo

(18) UMEREZ (2018).

(19) Víctor ALMONACID LASIERRA (2018): ««Sigan sigan...»: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>.

cierto es que en la práctica administrativa va a resultar un criterio muy poco claro, ya que a la postre se trata de un criterio interpretativo que será objeto de reinterpretación constante en cada caso concreto (20). Esta falta de claridad, junto con el creciente interés de la jurisdicción penal en esta materia, coloca al gestor en una situación de riesgo, sin criterios claros que poder oponer a una eventual presión política y sin razones de peso frente a una eventual investigación por prevaricación administrativa.

Este tipo de consideraciones han podido llevar a órganos que siguen básicamente la interpretación de la Junta estatal a introducir algún matiz.

En este sentido, la Junta catalana, aún coincidiendo sustancialmente con el criterio de la Junta estatal, señala que junto a la finalidad de evitar el fraccionamiento hay que entender presente en el art. 118.3 una intención de aumentar la competencia «diversificando» las empresas con las que suscribir contratos menores. Por ello, «la limitación de no contratar con la misma empresa más de un determinado volumen de contratos tiene todo el sentido en el caso de que se trate de contratos con un mismo objeto, ya que es respecto de estos que se establece la competencia entre empresas existentes en un determinado mercado».

Es decir, sería la similitud del objeto el elemento determinante que obliga a la acumulación de cuantías, no limitándose ésta a los casos de fraccionamiento indebido del contrato, como hace la Junta estatal. Como señala la Junta catalana en su informe 1/2018, en caso de fraccionamiento ilegal lo que se dará será una serie de contratos nulos por haber prescindido total y absolutamente establecido y no puede entenderse que a eso se limite el art. 118.3: si los sucesivos contratos menores son nulos, no tiene sentido plantearse su acumulación.

En consecuencia, la Junta catalana prescinde del criterio de la «unidad funcional», aunque hace una interpretación muy cercana, entendiendo que la acumulación sólo será obligatoria y, por tanto la regla de incompatibilidad sólo se aplicará cuando no sólo los contratos pertenezcan al mismo tipo contractual, sino que además tengan objetos idénticos o, al menos, muy similares:

«...se considera que la limitación de contratar con una misma empresa contratista un determinado volumen de contratos menores cumple con su finalidad y tiene su razón de ser respecto de *contratos con los mismos objetos*, y que esta limitación no sólo opera respecto de contratos menores nulos de pleno derecho por resultar del fraccionamiento indebidamente del objeto de un contrato mayor.

Con respecto a la concreción de cuándo debe entenderse que se trata de los mismos objetos, y en concreto, respecto de la cuestión de *si tiene que tratarse de contratos idénticos o es suficiente que sean similares*, hay que entender que tienen

(20) ALMONACID LASIERRA (2018).

que ser contratos que tengan por objeto las mismas prestaciones, sustancialmente, sin que, tratándose de un contrato con varias prestaciones, la incorporación o la supresión de alguna de ellas se considere suficiente para permitir que se contrate a una empresa a la cual ya se le ha adjudicado el volumen máximo de contratos menores para el respectivo periodo. No se considera, por lo tanto, necesario que para que la limitación opere tenga que tratarse de contratos con una coincidencia exacta de prestaciones, de manera que se permitiera esquivar la aplicación de la limitación con pequeñas modificaciones de los objetos contractuales».

3. Límites subjetivos. En especial, ¿permiten la desconcentración o delegación de la contratación multiplicar el límite aplicable a los contratos menores?

Un elemento relevante para la aplicación de los límites cuantitativos derivados del art. 118 y especialmente de la regla de incompatibilidad del art. 118.3, que limita la cuantía de los contratos menores que pueden ser asignados a un determinado contratista. Podría plantearse que la acumulación de cuantías deba hacerse por Administración o persona jurídica a la que las reglas sean aplicables, por órgano de contratación o, finalmente, por unidad administrativa destinataria del bien o servicio a contratar, teniendo en cuenta o no las delegaciones para contratar que puedan haberse otorgado.

No todas las posibles interpretaciones ha sido asumidas en alguno de los informes administrativos que hasta ahora se han pronunciado sobre ello. Una primera posición es la sostenida por los órganos consultivos de Aragón y Madrid, que apoyan la regla del órgano de contratación, sin que la existencia de delegaciones pueda alterar la regla de cómputo. Una segunda, mucho más flexible, es la del órgano consultivo de Galicia, que la refiere a las unidades administrativas (quizá coherente con la interpretación de este órgano consultivo respecto a los criterios objetivos para el cómputo, respecto a los que sigue la regla de la «unidad de ejecución»).

La Junta aragonesa, en su Informe 3/2018 reconoce el hecho evidente de que en el art. 118.3 no se establece expresamente cuál sea el ámbito subjetivo, desde la perspectiva de la Administración pública o poder adjudicador a los que resulte aplicable, lo que obliga a plantearse la cuestión de si la regla de incompatibilidad se aplica a cada entidad contratante como tal o bien, aplicando más flexiblemente la regla, debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad. El órgano consultivo aragonés no parece plantearse la posibilidad de que pueda haber otra interpretación posible a las que plantea como alternativa: persona jurídica u órgano de contratación.

El órgano consultivo aragonés «se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de los órganos de contra-

tación», y ello porque el art. 118.3 contiene una referencia expresa a que *serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento»* de la regla de incompatibilidad. De ello puede deducirse que las adjudicaciones de contratos menores por parte de un órgano de contratación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad «adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad».

Sin embargo, el órgano consultivo aragonés no considera posible flexibilizar más la regla en función de que se haya podido producir una delegación de la competencia para contratar en otro órgano de la propia entidad. En este sentido, en el Informe 3/2018 se trae a colación lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante».

Si las resoluciones dictadas por delegación se consideran dictadas por el órgano delegante, la consecuencia de ello en el ámbito de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 es que «mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado».

Por el contrario, la Junta gallega en su Informe 1/2018 pone el acento en la existencia de una autonomía en la toma de decisiones por parte del órgano delegado, en cuyo caso los contratos que celebre deberán ser considerados separadamente (énfasis añadido):

«... esos órganos administrativos que cuentan con esta delegación y por lo tanto funcionan *como una unidad funcional separada* por ser responsables de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, y cuentan con *presupuesto propio para contratar*, los valores de la contratación de bienes y servicios pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. De la Directiva y de la LCSP se deduce que en estos casos se entiende que *existe una razón objetiva para la consideración separada del contrato* (la autonomía decisoria en la contratación con cargo al propio presupuesto) y que, por lo tanto, resulta lícito. Naturalmente, distintos serán los casos, a los que alude la Directiva, en los que no existe una autonomía real en la adquisición por limitarse la unidad funcional y ejecutar una decisión que viene adoptada por el órgano de contratación en el marco de una contratación realmente organizada por este».

Se trata de una argumentación atendible desde un punto de vista teleológico, pero que ignora una regla perfectamente establecida, no ya en el derecho vigente, sino en nuestra tradición jurídica, de acuerdo con la cual los acuerdos adoptados por el el órgano delegado se imputan al delegante —sin excepciones— e introduce un criterio difícilmente compatible con la seguridad jurídica: ¿cuándo es bastante la autonomía funcional acordada al delegado para considerar que concurre la «razón objetiva» para una consideración separada de los contratos celebrados por él?. Esa autonomía será un hecho fáctico, porque desde un punto de vista jurídico no cabe ninguna duda de que una delegación puede ser revocada en cualquier momento y con efectos inmediatos por el órgano delegante, que será además quien resuelva los eventuales recursos administrativos que puedan plantearse contra las actuaciones del órgano delegado.

Conectado con el ámbito subjetivo, debe recordarse el pronunciamiento de la Abogacía General del Estado en el Dictamen 2/2018, de 17 de enero, en el que como consecuencia de una consulta del Instituto de Crédito Oficial, se pronuncia sobre la aplicación del régimen de los contratos menores también a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública (PANAP) sobre la base de las similitudes entre el art. 318, a) y el art. 118 LCSP.

El art. 318 se inserta en el título dedicado a los «Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas», y tiene como título «Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada». De acuerdo con este precepto:

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

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato».

Aunque en el citado artículo no se empleen los términos «contratos menores» ni haya una remisión expresa al art. 118, la Abogacía del Estado entiende que el precepto encierra «una decisión deliberada del legislador», que «está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores». En consecuencia, si los contratos del art. 318, a) son contratos menores resulta lógico que se les aplique el régimen de los contratos menores. El art. 118 incorpora «ciertas cautelas» encaminadas a evitar el «uso abusivo» de los contratos menores que resulta lógico aplicar a los contratos menores de los PANAP dados los objetivos generales de la Ley, de conseguir un sistema de contratación pública «más eficiente, transparente e íntegro». Podríamos añadir que una de las características de la LCSP ha sido reducir la diversidad de regí-

menes contractuales, unificando el régimen de contratación de los PANAP con el régimen general, por lo que la equiparación realizada por vía interpretativa por la Abogacía del Estado resulta plenamente coherente.

Los términos en que se expresa la Abogacía General del Estado han sido hechos suyos, en términos casi literales, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, sin fecha.

VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS Y CONTRATOS MENORES

Una cuestión que se ha también suscitado es si, dadas las finalidades de la regulación de los contratos menores, la introducción de determinados trámites que puedan favorecer la concurrencia, como la publicación de una convocatoria o la solicitud de diversas ofertas, podría evitar la aplicación de la regla de acumulación de cuantías adjudicadas a un único operador económico y, en consecuencia, la consiguiente incompatibilidad para contratar. Tanto la Junta consultiva aragonesa, en el Informe 3/2018, como su homóloga catalana, en el Informe 1/2018, han sido reticentes a aceptar esta posibilidad, entendiéndose que los mecanismos para evitar las reglas de incompatibilidad son la utilización de los procedimientos contractuales ordinarios regulados en la LCSP, en especial el procedimiento abierto abreviado y el procedimiento abierto abreviado sumario.

El procedimiento para la adjudicación de un contrato menor precisa de un informe de necesidad, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de contratación de la correspondiente factura. No es necesario publicitar la licitación ni promover la concurrencia, aunque nada lo impide y muchas administraciones públicas incluyen en las bases de ejecución de sus presupuestos la publicación previa de la licitación de contratos menores o la consulta a tres o más empresarios con carácter previo a la adjudicación. Incluso en algún caso esta última medida ha sido introducida de forma obligatoria para determinadas cuantías por el legislador autonómico, pudiendo citarse en este sentido el art. 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

Sin embargo, estos supuestos no están contemplados en el art. 118.3 LCSP, en el que no se matiza su aplicación a aquellos contratos menores cuya adjudicación no haya sido directa, sino consecuencia de una licitación con publicidad o con concurrencia. Podría haberse previsto, puesto que la finalidad de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 se enmarca en una estrategia para reducir la contratación directa y limitarla a determinadas situaciones, evitando su utilización como un mecanismo ordinario de contratación. Debe

entenderse que en el art. 118.3 se plasma una estrategia más general de la que forman parte también otras medidas que tienen esa misma finalidad, señaladamente la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación del procedimiento abierto simplificado, como se manifiesta en el Preámbulo de la LCSP.

En todo caso, la naturaleza del contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación» definido por unos límites cuantitativos que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, ubicado entre los procedimientos de adjudicación, lo que se mantiene en la LCSP, en la que el art. 118, relativo al «expediente de contratación de los contratos menores» se sitúa en el ámbito de la regulación de la «preparación de los contratos de las Administraciones Públicas».

La Junta aragonesa, partiendo de lo anterior, admite que mediante una interpretación teleológica restrictiva podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. Pero, señala, «no parece haber sido éste el criterio del legislador». En este sentido son esclarecedores los trabajos parlamentarios: si el procedimiento abierto simplificado se introdujo como un sustituto del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, cuando se aprueba un régimen más restrictivo para la forma subsistente de contratación directa por razón de la cuantía —los contratos menores—, se introduce mediante una enmienda parlamentaria un nuevo procedimiento, todavía más simplificado.

El examen de los trabajos parlamentarios es esclarecedor: la introducción en la LCSP del procedimiento abierto simplificado «sumario» es producto de la Enmienda núm. 125, enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de la que ha resultado el art. 159.6 LCSP en términos casi idénticos a los propuestos. En la justificación de esta enmienda se alude a que sería (énfasis añadido):

«ineludible prever un *procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores* y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas».

Se añade seguidamente que

«la articulación de un procedimiento abierto simplificado y «sumario», para estas franjas de valor de la contratación que se proponen, puede representar un salto de eficiencia en la contratación, *sustituyendo todos los ajustes a los contratos menores que se están realizando desde las administraciones públicas exigiendo en el contrato menor un mínimo de proposiciones presentadas*. Téngase en cuenta que muchos ayuntamientos ya han derivado su contratación menor a portales de

licitación electrónica en los que se garantiza una concurrencia abierta con publicidad y se potencia el proveedor local si bien esta “reconversión” de la contratación directa tiene escaso soporte normativo».

Puede decirse que la voluntad del legislador está claramente expresada en la aceptación parcial de la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, respecto a la reducción del valor estimado máximo permitido para los contratos menores (durante la tramitación parlamentaria se han bajado los umbrales que figuraban en el Proyecto de Ley, si bien no tan drástica como la que se propugnaba en la enmienda), y de la Enmienda núm. 125, del mismo Grupo parlamentario, de la que procede el «procedimiento abierto simplificado sumario», pensado como procedimiento de contratación a seguir cuando se hayan excedido los límites del contrato menor.

En consecuencia, parece claro que la voluntad del legislador es que cuando se excedan los límites del contrato, se acuda al procedimiento abierto simplificado, incluso al denominado en la enmienda en que tiene su origen como procedimiento abierto «sumario» para facilitar esta exigencia, utilizable en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, sin restricción alguna respecto al número de veces en que dichos procedimientos pueden ser utilizados en cada ejercicio presupuestario. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, con unos plazos mínimos de presentación de ofertas de cinco o diez días hábiles según los casos, con exención expresa a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional y sin requisitos procedimentales adicionales, hasta el punto de que la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación. En la medida en que tales elementos mínimos sean seguidos en la licitación y adjudicación de los contratos, no resultarán aplicables las restricciones establecidas para el contrato menor, específicamente la limitación de los contratos —o mejor, de su cuantía acumulada— a un determinado empresario.

Puede concluirse que la publicidad previa del contrato aporta una mayor transparencia, pero no es suficiente para alterar las restricciones legales. Entender otra cosa «supondría de facto la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley, con el fin de sortear la limitación establecida en el art. 118.3 LCSP», como señala la Junta aragonesa en su informe. Con independencia de que la cuantía del valor estimado en sí misma permitiera la tramitación de un determinado expediente contractual como contrato menor, puede utilizarse cualquiera de los procedimientos establecidos legalmente, tal como el abierto

ordinario, el abierto simplificado —en su modalidad ordinaria o en la que en los trabajos parlamentarios se denomina sumaria—, con el efecto de que los límites que el legislador ha establecido para los contratos menores no resultarán aplicables. Concluye la Junta aragonesa que «la aplicación de mecanismos de publicidad y fomento de la competencia a los contratos menores, no sólo es lícita, sino que puede ser recomendable, pero no es en sí misma suficiente para evitar la aplicación de los límites contenidos en el art. 118.3 LCSP. Para ello será necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos del procedimiento abierto simplificado sumario».

La nueva regulación ha suscitado un gran descontento en determinados medios, considerando que los nuevos procedimientos no son suficientemente ágiles para las necesidades que se venían cubriendo mediante los contratos menores bajo la vigencia de la normativa anterior. Es necesario reconocer que es claro que cualquier procedimiento, por ágil que sea, no puede ser tan ágil como un mecanismo que se caracterizaba por la práctica ausencia de procedimiento. Existe pues un enfrentamiento entre el legislador, que introdujo de forma unánime la nueva regulación, y determinados medios administrativos, que consideran que ello se ha hecho desde el desconocimiento de la realidad. Es en este ámbito en el que ha incidido el ya citado Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, aprobado por la Comunidad Autónoma de Aragón. De acuerdo con el Preámbulo de la norma:

«el procedimiento abierto simplificado no satisface en ninguna de sus modalidades las necesidades de contratación expuestas, dado que en la alternativa más favorable el procedimiento se extenderá más allá de un mes. No permite dar respuesta, por ello, ni a las necesidades ordinarias de contratación de pequeña cuantía habituales en gran parte del territorio aragonés ni a las necesidades perentorias que han de atender las administraciones y que no pueden satisfacerse por esta vía ni declarando urgente otro procedimiento o apli— cando, indebidamente, la tramitación de emergencia».

En consecuencia, se modifica *la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón*, añadiendo un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4, con un procedimiento super-simplificado consistente en la publicidad en el perfil de contratante, incluyendo los criterios de adjudicación y un plazo de presentación de proposiciones no inferior a cinco días hábiles. Cuando se siga este procedimiento, no habrá acumulación que pueda acarrear una incompatibilidad para determinados contratistas:

«Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo

procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

La cuestión es, claro, si estamos ante un «desarrollo» del régimen de los contratos menores, para lo que sería competente el legislador regional, o ante una excepción a una norma básica, para lo que no tendría competencia suficiente.

VII. ¿ESTÁ CAMBIANDO LA MAREA? EL AGIGANTADO CONTRATO MENOR EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La regulación actual es producto de una toma de posición política contra la «contratación directa» cuando esta facilidad es permitida a la Administración pública por meras razones de cuantía, aunque cabe preguntarse si ante la presión ejercida desde instancias administrativas, el legislador va a mantener su posición. Han sido numerosos los pronunciamientos sobre las grandes dificultades en los que los parlamentarios, con su desconocimiento del funcionamiento real de la Administración iban a provocar con la introducción las garantías que rodean actualmente la contratación directa, con especiales referencias a la Administración sanitaria, o a los pequeños municipios o a la investigación (21).

En este último ámbito el legislador parece haber encontrado la resistencia especialmente difícil, de manera que la primera modificación de la LCSP se ha producido precisamente en lo relativo a los contratos menores. El cambio se ha introducido mediante la disposición final cuadragésima cuarta, dos, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018:

«Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, se introduce una nueva disposición adicional quincuagésima cuarta, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional quincuagésima cuarta. Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, *tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema*

(21) Entre otras cosas por su conocimiento directo de la problemática tienen un gran interés las reflexiones de Charo DELGADO FERNÁNDEZ (2018): «¿Por qué la Universidad pide una moratoria en la aplicación de la LCSP?», en el blog de María Pilar BATET, *La parte contratante*, accesible en <https://lapartecontratante.blog/2018/07/15/por-que-la-universidad-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-lcsp/>.

Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud”».

La excepción para la «ciencia» ha sido producto de una una enmienda transaccional presentada por el PSOE y Ciudadanos, pero ha sido aprobada por unanimidad. (22) Curiosamente, la opción adoptada por los diputados ha sido la de establecer un régimen excepcionalmente amplio para los contratos menores en el ámbito de la investigación científica, en vez de la exclusión de los contratos celebrados en ejecución de contratos de investigación del ámbito de aplicación de la legislación de contratos, que era la regulación anterior y que fue otra de las posibilidades barajadas durante la tramitación parlamentaria (23).

(22) Vid. Julio GONZÁLEZ GARCÍA (2018): «Contratos menores para la ciencia», accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/05/23/contratos-menores-ciencia/>.

(23) Enmienda núm. 3.311 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, por la que se proponía añadir un párrafo segundo al art. 8, remitiendo este tipo de contratos a la legislación patrimonial. En la motivación de la enmienda se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

«Sin embargo, la entrada en vigor de esta Ley también puede tener efectos menos positivos a la hora de la gestión de los proyectos de investigación y desarrollo. *Entre los efectos no deseados y que han sido públicamente denunciados por la comunidad científica, se encuentran la derogación de algunas excepciones que figuraban expresamente recogidas en el artículo 4 de la anterior normativa* (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) al objeto de simplificar los procedimientos de gestión de proyectos de investigación y desarrollo celebrados por organismos públicos. En efecto, el mencionado artículo 4 establecía: «1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas (?) q) Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la de los Diputados ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.» *La eliminación de esta excepción puede tener como consecuencia directa un incremento muy significativo del número de procedimientos que deben promover los centros públicos de investigación, suponiendo demoras en las ejecuciones de los proyectos y, por tanto, poniendo en peligro el buen desarrollo de su ejecución resultados».*

La nueva regulación es un tanto sorprendente, en la medida en que parece —la formulación no es precisamente clara— dismantlar todo el sistema del contrato menor para todo un conjunto de sujetos, respecto a una parte de su actividad, algunos de los cuales, como las universidades públicas, tienen (o deberían tener) capacidad técnica suficiente para aplicar correctamente una normativa, como la contenida en la LCSP, que obliga íntegramente a sujetos públicos como los pequeños municipios. La presión expresada públicamente por diversos investigadores, algunos de ellos ciertamente eminentes en sus propios campos científicos —aunque todos invariablemente ajenos al jurídico—, junto con la inexistencia de casos de corrupción dignos de mencionar en este campo está muy probablemente en el origen de este cambio de criterio tan radical.

En consecuencia, se considerarán contratos menores los contratos de suministro o servicios —excluidos los destinados a servicios generales y de infraestructuras del órgano de contratación— que celebren los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación cuando no superen los 50 mil euros, en lugar de los 15 mil euros que aplican para el resto de los órganos de contratación.

No obstante, la formulación no es en absoluto clara. En el texto se habla del «límite», en singular del art. 118 LCSP, cuando en ese artículo se contienen varios «límites» cuantitativos: uno para cada tipo de contrato de obras, servicios y suministros, estableciendo un umbral máximo para el contrato menor, y otro para la acumulación de contratos menores. Dada la finalidad del precepto, es preciso hacer una interpretación que flexibilice en la medida de lo posible la aplicación de los contratos menores en el ámbito de la norma, pero la regla resultante dista de ser clara. ¿Se han elevado ambos límites, individual de cada contrato y conjunto de los distintos contratos de suministro o de servicios celebrados con un único contratista, de 15 mil a 50 mil euros? ¿O debe entenderse que cualquier contrato de suministro o servicios, bajo las condiciones establecidas en la disposición quincuagésima cuarta, será tramitado como contrato menor, eliminando la incompatibilidad que puede derivar de la acumulación de cuantías? Esta última parece la intención más probable del legislador.

Junto al cambio de opinión del legislador estatal, puede señalarse la decisión del legislador aragonés de introducir en la legislación regional un mecanismo de competencia que, de acuerdo con la argumentación contenida en el preámbulo de la norma, evitaría la aplicación de la regla de la incompatibilidad de un contratista como resultado de la acumulación de cuantías de varios contratos menores. Esta regulación, formalmente de desarrollo de la legislación básica, fue introducida mediante el Decreto-ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y trans-

parencia de contratos del sector público de pequeña cuantía (24). Mediante el Decreto-ley se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, añadiendo un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4, manteniendo —un tanto extrañamente— el párrafo primero e inicialmente único. El art. 4.2, combinando el primer párrafo (original) y el segundo (añadido en 2018) queda redactado del siguiente modo:

«2. En los contratos menores de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros excluido Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario, se necesitará consultar al menos a tres empresas, siempre que sea posible, que puedan ejecutar el contrato utilizando preferentemente medios telemáticos.

La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

Se crea de este modo una «tramitación» que es todavía más simple que el procedimiento simplificado sumario de la legislación básica, pero que de acuerdo con la regla establecida por el legislador aragonés, al estar abierto a la concurrencia y establecer de antemano unos criterios de adjudicación —hay que entender que vinculantes— al órgano de contratación mediante la publicación de los criterios de selección que hayan de aplicarse, *evita la acumulación de valores estimados, impidiendo por tanto la generación de situaciones de incompatibilidad que puedan afectar a determinados contratistas*. La cuestión que habrá de dilucidarse, tarde o temprano, es si esta regulación es compatible con la normativa básica.

En todo caso, puede apreciarse un cambio en la marea: tras haber llegado la tendencia contraria a la contratación directa a su punto más alto con la aprobación de la LCSP, la corriente legislativa parece moverse ahora en otra dirección. Es decir, no se trata ya únicamente de los numerosos pronuncia-

(24) Resolución de las Cortes de Aragón, de 3 de mayo de 2018, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía (BOA núm. 89, de 10 de mayo de 2018).

mientos que ha sido emitidos por los diferentes órganos consultivos en materia de contratación administrativa sobre la cuestión de los contratos menores en la legislación vigente, informes que invariablemente se han traducido en interpretaciones flexibles de los requisitos que rodean la figura del contrato menor, aunque en algunos de casos de una forma que puede calificarse de prudente, mientras que en otros la interpretación ha sido extremadamente flexible, prácticamente equivalente a dejar casi sin contenido la reforma en este campo.

VIII. CONCLUSIONES: ¿TODO SEGUIRÁ IGUAL?

Las Cortes Generales son la encarnación de la voluntad de la nación y la Ley es —o debiera ser— la expresión de la voluntad general. (25) Por ello, todas las propuestas e intentos de regeneración democrática se han traducido en fórmulas para la reactivación de la vida parlamentaria, para devolver la centralidad al Parlamento. Pero cuando ello sucede, y un estado de opinión generalizado se traduce en un texto legislativo modificado en profundidad durante los trabajos parlamentarios para ponerlo de acuerdo con el sentimiento general, los resultados no parecen haber sido buenos. La plasmación de la decisión adoptada por las Cortes Generales en el texto legal parece carecer del rigor técnico suficiente, en detrimento de la seguridad jurídica, pero esa decisión tampoco parece estar revestida de la suficiente *auctoritas*: las interpretaciones emanadas de órganos consultivos de la Administración Pública, como tal constitucionalmente subordinada al Parlamento, «con sometimiento pleno a la Ley» según el art. 103 de la Constitución, han sido en mi opinión —al menos en algunos casos— poco respetuosas con la voluntad política plasmada en la Ley.

Yendo al fondo del asunto, ¿es inasumible el régimen de garantías que rodea a la contratación menor o que debiese rodearla, en caso de aplicarse la LCSP en sus propios términos, dentro de los límites propios de la interpretación?. ¿Es posible que la contratación menor quede limitada a la cobertura de necesidades puntuales de escasa cuantía, no susceptibles de programación, dejando de ser un mecanismo para cubrir necesidades recurrentes?. Porque en realidad éstas son las cuestiones relevantes, esa es la finalidad perseguida con una regulación más exigente en lo formal y más restrictiva en lo sustantivo.

(25) Por todos *vid.* Raymond CARRÉ DE MAHLBERG (1931): *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey. La expresión procede del célebre art. 6 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 y como tal forma parte del bloque de la constitucionalidad en Francia. En España ha de entenderse implícita en el derecho de participación política del art. 23 de la Constitución. La erosión del principio que denunció Carré de Mahlberg está claramente más avanzada en Francia y desde luego en España.

A mi juicio, los procedimientos abierto simplificado y simplificado sumario pueden ser instrumentos muy útiles, haciendo desaparecer la necesidad del contrato menor en muchos casos, pero sólo serán lo suficientemente ágiles cuando la contratación electrónica haya desplegado plenamente sus efectos. Es el déficit en la implantación de la contratación electrónica, mucho más avanzada en países de nuestro entorno como Portugal, en donde reside la real dificultad. (26) Pero es que además existen otros mecanismos de racionalización, como las centrales de contratación del art. 227 LCSP que pueden ser la solución para la contratación de bienes por los pequeños municipios, otro de los supuestos de dificultad para la aplicación de la legislación de contratos con todas sus garantías ... y con toda la racionalidad. Porque la contratación menor no es una contratación de emergencia, sino un mecanismo para contratar en supuestos en los que un procedimiento más complejo resulta antieconómico y, en general, contrario a la eficiencia. No es un mecanismo de eficacia, sino de eficiencia. Desde esta perspectiva, ya no por razones de lucha contra la corrupción —en realidad, dadas las cuantías, más bien contra la corruptela—, sino de eficiencia en el manejo de los fondos públicos, en muchos casos compensa acudir a mecanismos de racionalización o a licitaciones simplificadas hasta el extremo, incluso cuando por razones de cuantía pudiéramos estar bajo los umbrales máximos del contrato menor.

Los años ochenta fueron el escenario de la llamada «huida del Derecho administrativo», en que los operadores políticos buscaban en el Derecho privado (civil o mercantil) marcos más flexibles y que permitiesen una mayor eficacia administrativa. La creencia en la bondad intrínseca de las Administraciones democráticas facilitaron esa práctica sin censura social. El momento presente puede ser el escenario de otro tipo de «huida del Derecho administrativo», ya no hacia el Derecho privado ni por razones de rigidez excesiva del ordenamiento administrativo, sino hacia el Derecho penal, ante la a veces aparente falta de soluciones del Derecho administrativo ante las demandas sociales de mayor rigor y transparencia en las instituciones públicas, especialmente en la contratación administrativa (27). Los mecanismos de racionalización de la

(26) Vid. Francisco BLANCO LÓPEZ (2015): «La contratación pública electrónica», en Observatorio de Contratación Pública, accesible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.212/releategoria.208/relemenu.3/chk.32c20bc4f1c42f1ca424355ad7c397ed>.

(27) Pueden citarse a título de mero ejemplo pronunciamientos como las sentencias de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo núm. 259/2015, de 30 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1125/201, Ar. RJ 2015\1720, condena por prevaricación a viceconsejero y secretario general por el fraccionamiento ilegal de un contrato y presentación de tres presupuestos diferentes por el contratista preseleccionado de antemano; núm. 512/2015, de 1 de julio de 2015, recurso de casación núm. 2284/2014, condena al alcalde, al interventor y al arquitecto sucesivamente contratado con contratos menores; núm. 18/2014, de 23 enero, Ar. RJ 2014\1002, condena por prevaricación y malversación a concejal que realiza contratación fuera de todo requisito legal.

contratación menor son un intento de poner fin a una situación difícilmente sostenible, que debería haber sido articulada técnicamente mejor, pero que aplicados de buena fe pueden suponer un avance importante en nuestra contratación pública. Para ello hará falta la implicación de los funcionarios públicos, pero también del propio legislador, que puede articular o mejorar técnicamente la regulación, pero que no debe dar bandazos como la práctica exención de las reglas de contratación para determinados contratos en el ámbito de la investigación. Porque si la investigación merece una exención, ¿por qué no la educación? ¿o por qué no la sanidad pública o los pequeños municipios?

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID LASIERRA, Víctor (2018): «“Sigan sigan...”: a vueltas con los Informes de la Junta Consultiva en materia de contratos menores», <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/03/05/sigan-sigan-a-vueltas-con-los-informes-de-la-junta-consultiva-en-materia-de-contratos-menores/>.
- ÁLVAREZ, Javier Juan (2017): «Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: ¿nueva ley pero similares vicios?», Blog Hay Derecho, entrada de 18 de mayo de 2017. Accesible en <https://hayderecho.com/2017/05/18/proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-nueva-ley-pero-similares-vicios/>.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2015): «La contratación pública electrónica», en Observatorio de Contratación Pública, accesible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.212/recategoria.208/remenu.3/chk.32c20bc4f1c42f1ca424355ad7c397ed>.
- CANDELA TALAVERO, José Enrique (2011): «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública* núm. 53, pp. 85-94.
- CARRÉ DE MAHLBERG, Raymond (1931): *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey, 1931.
- DELGADO FERNÁNDEZ, Charo (2018): «¿Por qué la Universidad pide una moratoria en la aplicación de la LCSP?», en el blog de María Pilar BATET, *La parte contratante*, accesible en <https://lapartecontratante.blog/2018/07/15/por-que-la-universidad-pide-una-moratoria-en-la-aplicacion-de-la-lcsp/>.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista española de derecho administrativo* núm. 159, pp. 39-106.
- GIMENO FELIÚ, José María (2014): *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), Cizur Menor, Aranzadi.

- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública)», en Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Madrid, Marcial Pons, pp. 15-127.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2018): «Contratos menores para la ciencia», en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/05/23/contratos-menores-ciencia/>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): «¿Reclama la UE a España una modificación sustancial del ALCSP?», Observatorio de Contratos Públicos, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.250/recategoria.208/remenu.3/chk.5a707f7f7536a03f82684b263487f6c1>.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): «Cercos a los contratos menores», *Revista de estudios locales*. Cunal, núm. 194, pp. 38-54.
- RIAÑO, Miguel (2017): «Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público», *El Independiente*, 21 de febrero de 2017, accesible en la dirección web <https://www.elindependiente.com/politica/2017/02/21/contratos-menores-12-228-adjudicaciones-a-dedo-para-esquivar-el-concurso-publico/>.
- UMEREZ, Esteban (2018): «Pronunciamientos relevantes de la Junta Consultiva de Contratación sobre la nueva LCSP (I) Contratos menores», en <https://www.umerez.eu/blog/2018/3/3/pronunciamientos-relevantes-de-la-junta-consultiva-de-contratacin-sobre-la-nueva-lcsp-i-contratos-menores>.
- VILLACÍS, Begoña (2016): «Todo a 17.999 euros», *El Confidencial* de 19 de febrero de 2016, https://blogs.elconfidencial.com/espana/mirada-ciudadana/2016-02-19/todo-a-17-999-euros_1154843/.

¿EL RECURSO A LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS COMO ALTERNATIVA? LA LLAMADA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

VITELIO TENA PIAZUELO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS: PANEL DE MANDOS.– III. LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO DE UN PODER ADJUDICADOR: 1. Reflexión previa sobre aspectos competenciales. 2. Caracterización y requisitos de los medios propios.– IV. FORMALIZACIÓN, EJECUCIÓN Y EFECTOS DE LOS ENCARGOS.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los casos en que la Administración no acude al mercado para cubrir sus necesidades de realización de obras, de prestación de servicios o de suministro de bienes aplicando la normativa de contratación del sector público, sino que atiende las mismas a través de sus medios propios personificados han sido objeto de detallada regulación en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas europeas de cuarta generación adoptadas en 2014. El nuevo enfoque de la mal llamada contratación 'in house' ha introducido especialmente para los encargos de ejecución que hoy en día se califican legalmente como de cooperación vertical un conjunto de requisitos y límites que configuran un régimen jurídico peculiar.

Palabras clave: sector público; poderes adjudicadores; medios propios personificados; cooperación vertical; encargo de ejecución.

ABSTRACT: This paper aims to systematise the rules included in the new Spanish Public Procurement Act (Ley 9/2017) regarding the problems of the relationships between entities in the own public sector in order to provide goods, services or utilities. In other words, 'in house providing' cases that explain the public-public cooperation between the contracting authorities and other legal persons controlled by them. According to the European directives on public procurement (2014), these situations are not subject to the application of public procurement rules. Instead, they are subject to specific rules that need some analysis to clarify such rules and to avoid some interpretative issues.

Key words: public sector; contracting authorities; controlled legal persons; public-public cooperation.

I. INTRODUCCIÓN

La inflación normativa que ha supuesto, con respecto a la anterior, la nueva 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, con carácter general a lo largo de todo de su articulado, se produce igualmente en relación con la regulación «del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad» (apartado III del Preámbulo).

En efecto, a la materia se dedican directamente los artículos 31, 32 y 33, encuadrados sistemáticamente en el Capítulo I, denominado «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», del Título I, en el que se contienen unas denominadas «Disposiciones generales sobre la contratación del sector público», dentro del Libro I cuya rúbrica alude a la «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos». Un simple vistazo al periódico oficial ilustra ya inicialmente de manera muy cumplida sobre la complejidad de unos preceptos cuya reproducción requiere que sus prescripciones se vayan desgranando nada menos que a lo largo de cinco densas páginas (Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 2017, páginas 107759 a 107763).

Bien es cierto que, frente a lo que ocurre en muchos otros aspectos incluidos en la nueva ley contractual, en este caso dicha complejidad venía ya en buena medida anticipada por la propia densidad de las normas comunitarias cuya transposición al Derecho español se acomete. Conviene, ciertamente, tener

presente y a la vista el texto del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Diario Oficial de la Unión Europea L 94/65, de 28 de marzo de 2014). Se contemplan unos curiosamente calificados como «contratos públicos entre entidades del sector público» que, sin embargo, se excluyen de la aplicación de la Directiva habida cuenta que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva» (considerando 5 de la misma):

«1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

2. El apartado 1 también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,

ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

4. Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación.

5. Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio».

Así como, correlativamente, el artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Diario Oficial de la Unión Europea L 94/1, de 28 de marzo de 2014) en el que se regulan las «concesiones entre entidades del sector público» (1).

(1) «1. Las concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o una entidad adjudicadora contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a), a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público no entrarán en el ámbito de aplicación de la presente Directiva cuando concurren todas las condiciones siguientes:

a) que dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y

b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder adjudicador o entidad adjudicadora que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora, y

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador o entidad adjudicadora contemplado en el artículo 7, apartado 1, letra a), ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según dispone el párrafo primero, letra a), del presente apartado, cuando influya de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador o entidad adjudicadora.

2. El apartado 1 se aplicará también cuando una persona jurídica controlada, que es un poder adjudicador o entidad adjudicadora contemplado en el artículo 7, apartado 1, letra a), adjudica una concesión a su poder adjudicador o entidad adjudicadora de control, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder o entidad adjudicadora, siempre que no existe participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se ha adjudicado la concesión, con excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

3. Un poder adjudicador o una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra a), que no ejerza control en el sentido del apartado 1 del presente artículo sobre una persona jurídica de Derecho privado o público, podrá, no obstante, adjudicar una concesión a dicha persona jurídica, sin aplicar la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder o la entidad adjudicador a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra a), ejerza, conjuntamente con otros poderes o entidades adjudicadores, sobre dicha persona jurídica un control análogo al que ejerce en sus propios servicios;

b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder o entidad adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder o entidad adjudicador, y

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de

Puede comprenderse quizás que en el ámbito comunitario fuera precisa una redacción tan compleja por la propia dificultad sistemática que lógicamente entraña la consideración de una notable diversidad de ordenamientos nacionales con pretensiones armonizadoras. Así como fundamentalmente por el hecho de que en este caso se trataba de abordar por vez primera la regulación a escala comunitaria de una materia que había sido hasta entonces únicamente objeto de una determinada línea jurisprudencial sentada, no sin vacilaciones, durante un cierto periodo de tiempo desde el tránsito del siglo

control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, letra a), del presente apartado, se considerará que los poderes y entidades adjudicadores contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a), ejercen un control conjunto en una persona jurídica cuando concurren todas las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes o entidades adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes o entidades adjudicadores participantes o a todos ellos,

ii) que esos poderes o entidades adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan.

4. Se considerará que los contratos celebrados exclusivamente entre dos o más poderes o entidades adjudicadores, contemplados en el artículo 7, apartado 1, letra a), quedarán fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva cuando concurren todas las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o lleve a cabo una cooperación entre las entidades o poderes adjudicadores participantes con el fin de garantizar que los servicios públicos que han de realizar se prestan con miras a alcanzar los objetivos que tienen en común;

b) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que las entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto, menos del 20% de las actividades de que se trate mediante la cooperación.

5. Para determinar el porcentaje de las actividades mencionadas en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total o una medida basada en una actividad alternativa adecuada, tales como los costes soportados por la persona jurídica, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora de que se trate contemplada en el artículo 7, apartado 1, letra a), en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de las actividades de la persona jurídica, poder adjudicador o entidad adjudicadora pertinente o debido a una reorganización de sus actividades, no se disponga del volumen de negocios, o de una medida basada en una actividad alternativa como los costes, de los tres años precedentes o este ya no sea pertinente, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades».

pasado al actual por el conjunto de Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea iniciado por la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto Teckal, C-107/98), que habían tenido que responder fundamentalmente a las cuestiones prejudiciales que le fueron planteando en relación con los problemas surgidos por la aplicación a nivel nacional en determinados Estados de las Directivas de los años noventa que pretendían la armonización de la normativa de contratación pública (2).

En este sentido, el considerando 31 de la Directiva 2014/24 aclara el fundamento y la finalidad que se persigue, en clave de seguridad jurídica a nivel comunitario, al abordar dicha regulación aludiendo a ese origen:

«Existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública. La correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los distintos Estados miembros e incluso por los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos.

Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores».

A este respecto, recuérdese que las líneas maestras de la jurisprudencia comunitaria habían sido introducidas en nuestro Derecho positivo (3) en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y mantenidas en

(2) PERNAS GARCÍA (2008), GALLEGO CÓRCOLES (2015), BERBEROFF (2018: pp. 184-188), NOGUERA DE LA MUELA (2018: pp. 671-685).

(3) Con el mínimo y poco afortunado antecedente que supuso la modificación del artículo 3.1 l) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) mediante el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorporó una inicial alusión a «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública». Vid. BERNAL BLAY (2006).

los mismos términos hasta la derogación por la norma actual del texto refundido (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) mediante la curiosa pirueta de considerar, en primer lugar, como excluidos de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos por los cuales se encargara una determinada prestación a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador [artículo 4.1 n)], y proceder a continuación a delimitar y definir los parámetros básicos de semejante figura.

Conforme a lo señalado en el artículo 24.6 de la Ley, recogiendo los criterios fijados por la jurisprudencia al analizar el recurso a la técnica 'in house providing', la condición de medio propio y servicio técnico depende esencialmente del requisito de que se ostente sobre el mismo un control análogo al que se puede ejercer sobre sus propios servicios, entendiendo que, efectivamente, así es cuando puedan conferirles «encomiendas de gestión» que resulten de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con las instrucciones unilateralmente fijadas por el encomendante. Si se tratara de sociedades mercantiles, además, la totalidad de su capital social debería ser de titularidad pública (4).

Aquí terminan las coincidencias entre la anterior y la actual regulación, no solo por la evidente diferencia en punto a la extensión y la densidad normativa de los respectivos preceptos, sino también por la variación de enfoque que supone la desaparición de esta técnica del catálogo de negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación de la nueva Ley 9/2017 como primer elemento del régimen jurídico que esta establece y que pasaremos a analizar.

II. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS: PANEL DE MANDOS

Con carácter previo, hay que dejar sentado el esquema de las modalidades de cooperación no contractual en el sector público que ofrece el artículo 31 de la Ley, bajo la rúbrica «potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal», sin perjuicio de que en el mismo se incluya también, de manera un tanto sorprendente, la posibilidad de realización conjunta de contrataciones específicas por parte de diferentes entidades pertenecientes al sector público. Tal y como apuntan los apartados 2 y 3 del artículo 31, se admiten procedimientos contractuales que se desarrollen de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades en su totalidad o parcialmente (5).

(4) MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, Luis S. (2017).

(5) De donde se deriva que las entidades contratantes «solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente», mientras que cada una de ellas «será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia».

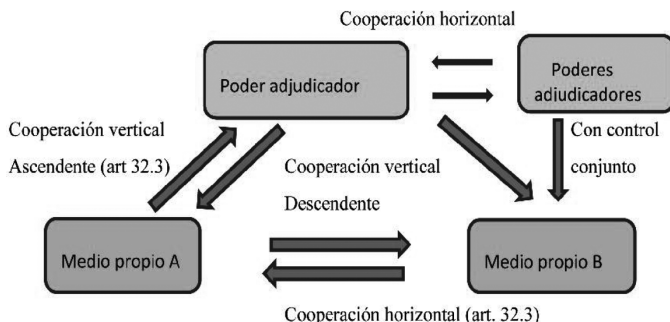
Así, a modo de hoja de ruta o catálogo donde queda fijada ya la nueva denominación legal descriptiva de cada categoría, se alude a:

a) Sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados, en ejercicio de la potestad de auto organización y mediante el oportuno acuerdo de encargo, remitiendo a los límites y exigencias establecidos para cada uno de los subtipos previstos sucesivamente en la norma:

- en el artículo 32 para los encargos realizados por parte de los poderes adjudicadores, ya sea de manera directa o «descendente» (a una entidad controlada) o bien de manera inversa o «ascendente» (de la controlada a quien tiene el control) o incluso horizontal ¿o sería preferible decir «transversal» para no incurrir en la contradicción de calificar como horizontal —a efectos meramente didácticos y de mejor comprensión— la técnica que legalmente se ha bautizado como vertical? (entre entidades idénticamente controladas por el mismo poder adjudicador);
- en el artículo 33 para los encargos realizados por parte de entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

b) Sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público acordados mediante convenios suscritos «en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6», que podríamos identificar con la idea o con la vocación del servicio público propiamente dicho. En síntesis, cooperación de carácter institucional que requiere ausencia de vocación de mercado, dicho de otro modo, inexistencia de algún tipo de beneficio económico para el contratista (elemento definitorio del carácter oneroso de los contratos conforme al artículo 2.1 de la Ley).

Valga la representación gráfica que insertamos a continuación, tomada de AMOEDO-SOUTO, que puede ilustrar sobre el esquema mencionado puesto que lo explicita visualmente y de manera dinámica (6).



(6) AMOEDO-SOUTO (2018a: p. 381, 2018b: p. 121).

Los artículos 5 a 11 de la Ley 9/2017 establecen con detalle el listado de negocios jurídicos y contratos excluidos de su ámbito de aplicación y a los que, consecuentemente, solo se aplicarán los principios de la misma con carácter interpretativo e integrador del ordenamiento, es decir, para resolver las dudas o lagunas que puedan plantearse, puesto que el artículo 5 remite su régimen jurídico a lo que dispongan las correspondientes normas especiales que los disciplinen.

Tales principios rectores son los que lucen enunciados en el artículo 1.1 de la Ley y expresan de manera palmaria el auténtico núcleo de lo que puede considerarse la ideología o la filosofía de la contratación pública a nivel comunitario. Podemos relacionarlos a través de tres grupos de conceptos que permiten considerar tanto las finalidades básicas de primer orden que se persiguen como, en cada uno de esos grupos, otros conceptos que son importantes en sí mismos y como tales constituyen principios que tienen su propia traslación al articulado legal pero que, además, aparecen como instrumentos necesarios para conseguir la finalidad de primer orden en cada caso perseguida:

- libertad de acceso a las licitaciones /
 - publicidad y transparencia de los procedimientos;
- no discriminación /
 - igualdad de trato entre los licitadores;
- utilización eficiente de los fondos públicos, estabilidad presupuestaria y control del gasto /
 - previa definición de necesidades, libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa.

A nuestros efectos, interesa destacar que resultan excluidos del ámbito de la Ley 9/2017, con esas consecuencias, entre otros, los recogidos en los diferentes apartados de su artículo 6:

a) Convenios no comprendidos en los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales, siempre y cuando se cumplan las condiciones que el precepto establece (orientadas a la constatación de que los sujetos intervinientes no tengan vocación de mercado): que las entidades intervinientes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de colaboración; que estas actividades se lleven a cabo con objeto garantizar que los servicios públicos respectivos se presten logrando los objetivos comunes a todas ellas; y que se atienda únicamente en dicha cooperación a consideraciones relacionadas con el interés público.

b) Convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado igualmente cuando su contenido no resulte comprendido en los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales.

c) En especial, la exclusión recogida en el apartado 3: «las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público», con remisión entonces a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como es sabido, en la actualidad el artículo 11 de la Ley 40/2015 regula esta técnica incluida entre las bases del régimen jurídico de todas las Administraciones Públicas, heredada de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y sustancialmente coincidente con las previsiones de esta última, a pesar de algún retoque como la eliminación de la confusa mención de las actividades de servicios como posible objeto de la encomienda (7).

En todo caso, se sigue manteniendo esta figura en nuestro Derecho positivo con unas determinadas características y régimen jurídico que no podemos obviar, a pesar de la existencia de propuestas doctrinales tendentes a la matización de la misma o sencillamente a su desaparición del panorama jurídico (8).

Los rasgos esenciales del régimen de la encomienda de gestión propiamente dicha tal y como dispone la Ley de Régimen Jurídico (y superada ya, por tanto, la confusión terminológica ¿definitivamente?) (9) permiten confrontar esta figura con la de los encargos a medios propios incluidos bajo el paraguas de la denominada cooperación vertical.

Se resumen, en términos objetivos, en su consideración como forma de traslación de la competencia que implica una simple alteración del ejercicio (no la titularidad competencial) por la que se encargan actividades de pura gestión, de «carácter material o técnico», que no pueden consistir en prestaciones propias de los contratos del sector público, pues en ese caso implicarían

(7) VILALTA REIXACH (2012) (2017: pp. 84-86).

(8) «A mi juicio, la técnica normativa más correcta habría consistido en considerar todas las formas de cooperación, verticales u horizontales, como negocios excluidos, remitiendo a continuación la regulación sustantiva de estas figuras de autoprovisión o bien a una disposición adicional de modificación de la Ley 40/2015, en la que se introdujese un capítulo específico destinado a la regulación básica de estas técnicas, o bien a una ley básica específica, dictada al amparo del art. 149.1.18.º. Una tal regulación básica, en uno u otro formato, debería abordar sistemáticamente una reordenación de las técnicas de las encomiendas de gestión, convenios y encargos, reconduciéndolas a dos tipologías: encargos y convenios de colaboración», AMOEDO-SOUTO (2018a: p. 381).

(9) Confusión nominal en que se ha venido incurriendo con cierta frecuencia en la práctica administrativa (obviamente incentivada por la falta de claridad de la legislación) en aquellas ocasiones en que se utilizaba indistintamente el término para todo tipo de prestaciones o de actuaciones, sobre lo que convendrá ahora extremar el cuidado para asignar a cada técnica el 'nomen iuris' correspondiente tras esta importante clarificación terminológica, de manera que solamente se califiquen como encomienda de gestión y como encargo a medios propios las actuaciones para las que queda reservada dicha denominación por cumplir los requisitos respectivamente exigibles [MIGUEZ MACHO, SANTIAGO IGLESIAS (2018: pp. 20-21)].

otro tipo de actividad constitutiva de un contrato de obras, de suministro, de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicio que debería someterse a la legislación contractual. Desde el punto de vista subjetivo, en cuanto a los sujetos concernidos, mientras la simple encomienda de gestión puede utilizarse tanto entre órganos de una misma Administración o entidad de Derecho público como entre ellas, el encargo de ejecución exige el vínculo instrumental entre quien lo hace y quien lo recibe que viene caracterizado por la personificación jurídica y que admite tanto sujetos públicos como privados en su configuración jurídica.

En consecuencia, frente a la exclusión de las encomiendas de gestión, los encargos entre poderes adjudicadores o entre poderes adjudicadores y entidades del sector público sí que aparecen regulados en la legislación contractual al haberse introducido ahora en la Ley 9/2017 el minucioso régimen jurídico que contienen los artículos 31 y siguientes. En nuestra opinión, la existencia del mismo resulta coherente desde un punto de vista sistemático por cuanto necesita como elemento de referencia para su comprensión el complejo esquema de la legislación contractual con la que debe contrastarse a efectos de poder definir adecuadamente la concurrencia de aquellos requisitos cuya existencia permite que las necesidades en cuestión se satisfagan precisamente en la órbita del sector público como excepción que justifica no acudir al mercado de la contratación.

De modo que creemos absolutamente imprescindible valorar el uso de las técnicas 'in house' en el contexto normativo en el que se sitúan. Por eso hay que destacar su ubicación en aquella parte de la Ley que predica y exige la «racionalidad y consistencia de la contratación del sector público» (Capítulo I del Título I del Libro I), empezando por las exigencias de necesidad e idoneidad del contrato y de eficiencia en la contratación que proclama el artículo 28 de la Ley 9/2017, en conexión con los principios fundamentales que sustentan toda la arquitectura institucional de la contratación del sector público.

No cabe ignorar la contundente invocación que se hace en este precepto legal para que todas las entidades del sector público realicen, en primer lugar, una precisa actuación, previa al inicio de cualquier procedimiento contractual, consistente en algo que no puede nunca presumirse o darse por sentado, esto es, la justificación de que el contrato que se pretende realizar resulta necesario para el cumplimiento de los respectivos fines institucionales, de lo que se deduce que nunca la contratación podrá ser un fin en sí misma, sino que deberá acreditarse que resulta el instrumento más adecuado (léase eficiente) para el logro de tales fines.

Y, en segundo lugar, que las características concretas del contrato en cuestión y el propio desarrollo de los procedimientos contractuales que se lleven a cabo respondan igualmente a las mismas exigencias de idoneidad y eficiencia.

Nos encontramos, al fin y al cabo, ante la plasmación en sede contractual del principio constitucional que exige que la programación y ejecución del gasto público responda a criterios de eficiencia y economía de los recursos públicos (artículo 31.2 de la Constitución). La falta de una adecuada justificación de la necesidad de acudir a la contratación pública puede equipararse a la constatación de la ineficiencia o al menos suscitar la duda sobre la eficiencia de tal actuación, lo que debería determinar sencillamente la imposibilidad de acometerla.

Por tanto, cobra relevancia la indicación de los supuestos en que se admite la ejecución directa de prestaciones por la Administración previstos en el artículo 30 (aunque sea considerado como un precepto no básico por el legislador estatal), el cual alude tanto a la colaboración de empresarios particulares como a los medios propios no personificados, ante determinadas circunstancias de variado signo que determinan la imposibilidad de contratar la realización de obras o la fabricación de bienes mueble (entre otras, la inexistencia de ofertas en la licitación efectuada, los supuestos de tramitación de emergencia ante acontecimientos catastróficos o situaciones de grave peligro, la imposibilidad de fijar previamente un precio cierto o un presupuesto por unidades), debiendo destacarse que el primero de los casos enunciados es que la Administración tenga «fábricas... servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución» [artículo 30.1 a)].

El artículo 30.5 determina el órgano competente para adoptar las autorizaciones necesarias, identificado con el que lo sea para la aprobación del gasto, dejando a salvo lo que puedan determinar, en su propio ámbito de actuación, las disposiciones orgánicas de las Comunidades Autónomas. El reciente proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón aprobado por el Gobierno de Aragón en su reunión del día 24 de julio de 2018 con la intención de reemplazar a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, adopta la fórmula precisa a estos efectos (10). El artículo 4 del proyecto de ley establece que la misma no será aplicable a las fórmulas organizativas utilizadas como alternativa a la contratación, con excepción de lo dispuesto sobre la autorización de los expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón (a lo que nos referiremos más adelante al reseñar las reglas que introducen ciertos límites a la utilización de la figura de los encargos de ejecución).

(10) Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 266, de 3 de agosto de 2018, pp. 19869-19887, puede accederse y consultar toda la documentación relativa a la tramitación del proyecto normativo en el Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón <https://transparencia.aragon.es>.

Además, extiende la aplicación de esta competencia a los encargos a medios propios personificados regulados en los artículos siguientes, conexión que aparece como natural dada la identidad sustancial en cuanto medios propios, a pesar de que los no personificados se refieran exclusivamente a servicios u órganos de la propia Administración pública (11), mientras que los personificados afecten a una abanico mayor de entes que incluyen el resto de poderes adjudicadores que no se consideran Administración (12), así como otros entes del sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador (13).

Por su parte, en cuanto a la prestación de servicios, se formula con claridad una regla en términos absolutos y muy comprensibles, junto a una posible excepción a la misma. La regla general es precisamente que «se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios», mientras que la excepción habilita que «cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar» (artículo 30.3).

Se aprecia, con todo, una cierta quiebra en el esquema seguido por la Ley 9/2017 al configurar como obligatoria y preferente la ejecución a través de medios propios no personificados, mientras que la canalizada a través de personificaciones instrumentales adquiere perfiles potestativos y discrecionales vinculados a la potestad de auto organización. Aflora aquí, sin duda, el peso de una tradición jurídica muy vinculada al dogma de la personalidad, a la conjura de los riesgos de la huida del Derecho administrativo y a una cierta desconfianza hacia lo público con carácter general, al mismo tiempo que el influjo del mito de la libre competencia a ultranza que reclama, permanente y crecientemente, campos exentos a la actuación pública (14).

(11) Conforme a la identificación del ámbito subjetivo en el artículo 3 de la Ley, se consideran Administraciones públicas las Administraciones territoriales de cualquier nivel, así como sus Organismos Autónomos, las autoridades administrativas independientes, las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades públicas, los Consorcios y otras Entidades de derecho públicos no financiadas mayoritariamente con ingresos de mercado.

(12) Incluyen las fundaciones públicas que cumplan algunos de los requisitos del artículo 3.1 e) (referentes a la mayoría pública en la aportación inicial o en el patrimonio o en los derechos de voto en el patronato de la fundación), las entidades personificados creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial ni mercantil y que sean financiadas o controladas por un poder adjudicador en los términos del artículo 3.1 j), así como las asociaciones que sean constituidas entre diferentes poderes adjudicadores.

(13) Incluyen las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las Entidades Públicas Empresariales de ámbito estatal reguladas en los artículos 103 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y los fondos sin personalidad jurídica.

(14) Vid. la explicación de la calificada como «lógica de la sospecha» en AMOEDO-SOUTO (2018a: pp. 370-372).

III. LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO DE UN PODER ADJUDICADOR

La condición de medio propio y la consiguiente posibilidad de recibir encargos de ejecución realizados por el correspondiente poder adjudicador se hace depender de un conjunto de requisitos que se formulan en el texto legal de manera ciertamente farragosa, por lo que resulta muy conveniente sistematizar tales previsiones y aclarar algunos aspectos oscuros.

1. Reflexión previa sobre aspectos competenciales

En primer lugar, el alcance de esas previsiones que se presentan como legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas dictada al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, por lo que resultan aplicables de manera general a cualesquiera Administraciones públicas, organismos y entidades dependientes, tal y como se desprende de la disposición final primera de la Ley 9/2017. En el segundo párrafo del apartado 3 de la misma se declara, como excepción a la regla general del carácter básico de la Ley de Contratos del Sector Público, que no tienen sin embargo dicho carácter los artículos o partes de los mismos que expresamente se relacionan, entre los que, por lo que ahora importa, se encuentran el artículo 30 y la letra c) del apartado 6 del artículo 32, que resultan ser los únicos mencionados de todo el capítulo dedicado a establecer, como veíamos, las normas sobre racionalidad y consistencia de la contratación del sector público.

En vista de lo anterior, surge alguna duda sobre la solidez de una calificación competencial como legislación básica tan extensa y exhaustiva como la que se formula. Extremo este sobre el que nos limitaremos a apuntar la aparente incongruencia que se pone de manifiesto al legislar sobre aspectos que el legislador estatal entiende que deben ser básicos cuando el mismo legislador deja claramente establecido que las fórmulas y mecanismos de cooperación previstos en el artículo 31 tienen naturaleza organizativa y se vinculan a la potestad de auto organización, dado que como se proclama en el apartado 1 del artículo 31, el resultado de esa cooperación no puede calificarse de contractual ¿Es esto coherente? ¿Son normas contractuales o normas organizativas?

Como hemos afirmado anteriormente, la regulación de estas cuestiones en la Ley 9/2017 la entendemos en términos referenciales por tratarse de mecanismos que, en definitiva, se construyen desde y para la eficiencia de la actuación pública, en cuanto alternativas a la externalización contractual, que permiten satisfacer las mismas finalidades con ventaja comparativa, alcanzar idénticos objetivos sin que exista procedimiento competitivo contractual. Pero, a nuestro entender, la calificación de esa normativa como legislación básica incurre en un claro exceso competencial, desde un punto de vista cuantitativo (¿realmente constituyen todos ellos aspectos básicos que necesariamente deban

ser previstos por la legislación estatal y asumidos en cuanto tales por una hipotética legislación autonómica de desarrollo de la legislación básica?) y, finalmente también, desde de un punto de vista material, habida cuenta que semejante técnica normativa no parece dejar margen alguno al ejercicio de la eventual competencia autonómica.

Lo cual nos lleva a considerar, por otro lado, que nada impediría que algunas de las cuestiones minuciosamente reguladas, con el nivel de detalle que vamos a comprobar inmediatamente (en particular las que afectan a cuestiones meramente adjetivas, formales o de naturaleza realmente ejecutiva), fueran declaradas como legislación no básica aun predicando, por supuesto, su carácter íntegramente obligatorio en el ámbito del sector público estatal (15).

En esta misma línea, a mayor abundamiento, se sitúa el interrogante que plantea la disposición final cuarta cuando declara, en su apartado 3, que «en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público». Regla que por tener a su vez carácter básico al no aparecer en el listado contenido en la disposición final primera, ha llevado a considerar que «el legislador ha querido rectificar su criterio de la Ley 40/2015 y convertir sobrevenidamente en básico —por tanto, de aplicación general para todas las Administraciones—, el artículo 86 de la Ley 40/2015» (16), en el que se reguló la condición de medio propio y servicio técnico exclusivamente para su aplicación en el ámbito del sector público estatal (17).

La conclusión no es en absoluto inocua pues implica asumir también para todo el sector público no estatal las condiciones específicas que se introdujeron en la Ley 40/2015, de acuerdo a su peculiar técnica normativa de doble naturaleza (reflejada en la disposición final decimocuarta) que compatibiliza preceptos que constituyen las bases del régimen jurídico de todas las Administraciones Públicas anclados en la competencia estatal reservada en

(15) Sobre ellas —y sobre muchas otras a las que se imputa alguna tacha de inconstitucionalidad en un amplísimo listado de preceptos impugnados que alcanza la centena: ver BOE de 8 de septiembre de 2018— tendrá ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional cuando resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el mes de julio de 2018 por el Gobierno de Aragón, por entender fundamentalmente vulnerada la competencia compartida que corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de contratación de las Administraciones públicas aragonesas atribuida en el artículo 75.11.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, conforme al cual la Comunidad Autónoma «ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución, desarrollando políticas propias».

(16) AMOEDO-SOLITO (2018a: p. 388).

(17) GALLEGO CÓRCOLES (2016), PACHECO GUERRERO (2016).

el artículo 149.1.18^a de la Constitución, con preceptos de exclusiva aplicación a la Administración General del Estado y al sector público estatal. Entre estos últimos se encuentran los relativos a la organización y funcionamiento del sector público institucional estatal, como el mencionado artículo 86 en el que se plasma una concepción especialmente restrictiva sobre el recurso a la técnica del encargo de ejecución, mediante el añadido de una serie de requisitos —exigidos adicionalmente— a los previstos con carácter general en la legislación contractual encarnada en ese momento por los artículos 4.1 n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al cual se remite expresamente el precepto.

Efectivamente, el legislador estatal consideró oportuno restringir en su propio ámbito las opciones organizativas al alcance de los gestores públicos al requerir la concurrencia de determinadas circunstancias concretas justificativas de la utilización del medio propio (ya sea la necesidad de disponer de ciertos bienes o servicios por razones de urgencia o de seguridad pública o bien que se trate de la opción más eficiente, sostenible y eficaz, «aplicando criterios de rentabilidad económica») que serían las únicas habilitantes para el uso de esa técnica, convertida así en un mecanismo meramente subsidiario (18), a las que se añaden otras exigencias de tipo procedimental (como la memoria justificativa, informada por la Intervención General de la Administración del Estado, que debe acompañar a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico y el control de eficacia de éstos) y meramente formales (como la necesaria indicación identificadora de la condición de medio propio que debe aparecer en su misma denominación, aunque sea mediante la abreviatura «M.P.»).

Todo ello en un contexto socioeconómico, presupuestario y de contracción de lo público como respuesta al tremendo impacto de la crisis económica que estalló en 2008, sobre el que no hace falta insistir por ser de sobras conocido, cuyas consecuencias jurídicas se han propagado con fuerza a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico público (19).

Entendemos que un planteamiento semejante no se compadece bien con las precisas reglas, ahora sí de carácter pretendidamente básico, introducidas

(18) Así, en efecto «la LRJSP limita notablemente la libertad organizativa que había venido caracterizando hasta ahora la utilización por la Administración de los encargos a medios propios, introduciendo una especie de presunción de ineficacia de la actuación pública y un claro criterio de subsidiariedad de ésta respecto al mercado. De este modo que, a no ser que se demuestre expresamente que la autoprovisión es una opción más eficiente, eficaz y sostenible, todos aquellos encargos de actividades contractuales susceptibles de explotación privada deberán ser, inicialmente, de un procedimiento de licitación» VILALTA REIXACH (2017: p. 95).

(19) EZQUERRA HUERVA (2016).

en la nueva Ley 9/2017, por lo que propugnamos un criterio interpretativo distinto según el cual mientras luzcan en la norma básica los artículos 31 a 33 con sus actuales alcance y contenido, los entenderemos como tales en sus propios términos. Atendiendo además a la dicción literal del artículo 32.1 como pórtico de entrada al nuevo régimen jurídico de la cooperación vertical, en el mismo se anticipan los elementos esenciales para la admisibilidad del encargo a un medio personificado que no tendrá entonces la consideración de contrato, es decir, el conjunto de requisitos establecidos en los tres apartados siguientes (apartados 2, 3 y 4 del artículo 32), «y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público». Parece claro que de no mediar ese inciso final podría entenderse que el régimen del artículo 86 había quedado arrumbado y enteramente sustituido por el de la Ley de Contratos del Sector Público (20).

Por tanto, esa mención al régimen jurídico propio del sector público estatal se dirige a salvaguardar o preservar la vigencia del mismo —con sus actuales contenidos o con los que pueda llegar a tener en otro momento y con el carácter no básico que implica, no obstante, la posibilidad de aplicación supletoria fuera del ámbito estatal— de manera que no se apuntara a su hipotética derogación por contraste con las nuevas reglas de la Ley 9/2017 (21). Mucho nos tememos que lo contrario nos abocaría no solo a la contradicción con los principios básicos de la propia legislación contractual que comentá-bamos, sino también a una intensificación del hipotético exceso competencial que ha quedado referenciado.

2. Caracterización y requisitos de los medios propios

Retomando el hilo argumental, hay que recordar el planteamiento que hace el artículo 32.1, empezando por destacar el carácter discrecional de la técnica y sumando después los trazos característicos o elementos centrales de la misma, así como otro tipo de requisitos, de carácter sustantivo unos y meramente formales otros.

El artículo 32 de la Ley regula los encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados como mecanismo organizativo por el que pue-

(20) Por ello, y a diferencia de los dos apartados precedentes de la disposición final cuarta, carece de sentido la atribución de carácter básico a lo dispuesto en el apartado 3 de la misma, el cual no haría sino redundar el «sin perjuicio...» del artículo 32.1, de manera que donde sí debería figurar dicho apartado, en cambio, es en la correspondiente relación —esta sí, explícita— de la disposición final primera que identifica aquellos preceptos de la Ley que no tienen carácter básico.

(21) LOZANO CUTANDA, FERNÁNDEZ PUYOL, (2018: p. 49); MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, GÓMEZ ZAMORA (2018: p. 241).

den decidir ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, valiéndose de otra persona jurídica distinta que tenga la condición de medio propio respecto de aquellos, esto es, que cumpla los requisitos en cada caso exigidos, con independencia de que la misma sea de derecho público o de derecho privado (indiferencia formal del medio).

La decisión de realizar este tipo de ejecución directa de prestaciones de tipo funcional o instrumental, que se formula inicialmente con carácter potestativo, se hace pasar por un tamiz muy fino puesto que se vincula al cumplimiento íntegro de toda una serie de requisitos y condiciones determinantes de su plena validez que incluyen la previa formalización del encargo y la necesaria compensación tarifaria que debe recibir el medio propio a cambio de la realización del encargo.

Algunos de esos requisitos tienen una especial relevancia porque son de carácter sustantivo, auténticamente definitorios del fondo de la relación existente entre los sujetos intervinientes:

a) Que exista un control por el poder adjudicador análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades, exigiéndose un control real y efectivo, una dependencia funcional que le permita ejercer «influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas» [artículo 32.2 a) párrafo primero].

La propia norma establece un test que implica una presunción de que existe el tipo de control exigido: si puede conferirle (directa o indirectamente, es decir, por el mismo poder adjudicador o por otras entidades controladas del mismo modo) encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo según sus estatutos o acto de creación, «de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo» [artículo 32.2 a) párrafo segundo].

Y, de forma paralela, prevé la adaptación de este requisito para el supuesto especial de control conjunto de varios poderes adjudicadores [artículo 32.4 a)] (22)

b) Que exista una vinculación decisiva entre el medio propio y el poder adjudicador consistente en que aquel realice esencialmente su actividad en dependencia (directa o indirecta). La medida de la dependencia se fija repro-

(22) La existencia de control conjunto de varios poderes adjudicadores requiere que se cumplan las tres condiciones: que todos ellos se encuentren representados en los órganos decisorios del ente; que puedan ejercer de este modo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas del ente destinatario del encargo; y que el mismo no persiga intereses contrarios a los de aquellos.

duciendo exactamente el porcentaje mínimo establecido en el artículo 12.1 b) de la Directiva 2014/24: el ente destinatario del encargo debe llevar a cabo más del 80 por ciento de sus actividades precisamente por encargo de ese mismo poder adjudicador o de otras entidades controladas por éste [artículo 32.2 b)].

Los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 32. b) establecen las correspondientes reglas de cálculo de este porcentaje mediante el uso de indicadores fiables (volumen global de negocio, gastos soportados...), actuales (referidos a los últimos tres ejercicios completos) y reales (justificados, al menos, mediante proyecciones de negocio si no estuviera disponible la información requerida). Se exige, finalmente, que este extremo sea verificado en el informe de auditoría una vez quede reflejado en la memoria integrante de las cuentas anuales del ente destinatario del encargo.

c) Para el caso específico de personificaciones jurídico-privadas, como las sociedades mercantiles y las fundaciones, se exige, respectivamente, que el capital social o el patrimonio aportado sea íntegramente público [artículo 32.2 c)] (23).

Por lo que hace a los encargos que hemos denominado inversos o «ascendentes» (de la entidad instrumental controlada al poder adjudicador que tiene el control) y a los de carácter «transversal» (entre entidades «hermanas» —o «primas»— idénticamente controladas por el mismo poder adjudicador), el artículo 32.3 se limita a extender la aplicación de los requisitos previstos en el apartado 2, con el único límite infranqueable de que «no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo». Al margen de esta sencilla evidencia, la constatación práctica de algunos extremos requerirá sin duda de una cierta adaptación conceptual para comprobar la existencia de los mismos, aun cuando presenten ciertas características diferenciales que en algún extremo los pueden volver incomprensibles.

La esencialidad de estos requisitos implica que no existe petrificación o perpetuación ninguna al respecto, sino que deben mantenerse para conservar la propia condición de medio propio. Así lo confirma el artículo 32.5) de la Ley donde queda proscrito «el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso», lo que determinará perder la condición de medio propio y, consiguientemente,

(23) Regla que ciertamente no afecta a los Consorcios puesto que tienen personalidad jurídico-pública según la expresa configuración legal los mismos en el artículo 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la previsión de la disposición final decimocuarta, apartado 2 c) de la ley en cuanto a su consideración como bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas: VILALTA REIXACH (2017: p. 98).

temente, la imposibilidad de ejecutar nuevos encargos, aun cuando se admita la conclusión de los encargos en curso (24).

En relación con los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados, se acogen en el artículo 33 con la consiguiente flexibilización y rebaja de los requisitos coherente con el menor nivel de aplicación de la legislación contractual a este tipo de entes. La adaptación que se realiza en el artículo 33.2 mantiene la esencialidad de las condiciones de control por parte del dominante (remitiendo ahora a las condiciones definidas en la legislación mercantil, artículo 42 del Código de Comercio) y de vinculación decisiva del medio propio al ente correspondiente y exige que el ente destinatario del encargo sea de titularidad pública en su integridad (todo el capital social o el patrimonio), con independencia de que se trate de una personificación jurídica pública o privada.

A los aspectos sustanciales o materiales, se añaden en el artículo 32.2 d) otros requisitos que tienen un carácter formal y vienen referidos a la plasmación y reconocimiento formal de la condición de medio propio, aunque debe señalarse que se introdujo en relación con estas previsiones una 'vacatio legis' específica y más amplia que la general del conjunto de la Ley (25). Así, se recoge la obligación de incluir en el estatuto o en el acto de creación de la entidad instrumental:

- la mención expresa de la condición de medio propio personificado respecto de aquel o aquellos poderes adjudicadores para los que se acrediten las circunstancias de control, dependencia (y, en su caso, titularidad o patrimonio);
- precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se le pueden conferir;
- y establecer la imposibilidad de participar en las licitaciones convocadas por aquel, si bien, como ya contemplaba el anterior texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en ausencia de licitadores pueda encargársele a un medio la ejecución de la prestación objeto del contrato que haya quedado desierto.

(24) Si bien cabría dudar de esta extemporaneidad, en determinados supuestos, en función del plazo previsto para la ejecución del encargo.

(25) Conforme a la disposición final decimosexta de la Ley 9/2017, su entrada en vigor se previó no a los cuatro sino a los diez meses desde la publicación, es decir, el 9 de septiembre de 2018, fecha a partir de la cual operan y son exigibles los nuevos requisitos establecidos. Hasta ese momento, la disposición transitoria cuarta determina coherentemente que las entidades sigan actuando con arreglo a sus estatutos vigentes, lo que únicamente afecta a estos aspectos formales y no en absoluto al necesario cumplimiento de los requisitos sustanciales.

Todo lo cual debe venir precedido de unas actuaciones desarrolladas en el ámbito propio del poder adjudicador, ya que debe existir por su parte la conformidad o autorización expresa, así como una concreta verificación de que la entidad instrumental cuenta con los medios personales y materiales apropiados para realizar los encargos conforme a su objeto social. La cumplimiento de este último requisito puede presentarse quizás algo dificultosa o, al menos, enojosa, por lo que resultará extraordinariamente útil echar mano de la presunción legal al respecto (26).

IV. FORMALIZACIÓN, EJECUCIÓN Y EFECTOS DE LOS ENCARGOS

Supuesta la acreditación y cumplimiento de todos los requisitos contemplados, tanto de orden material como de tipo formal, y que desde un punto de vista estructural o estático habilitan a canalizar la satisfacción de las necesidades existentes a través del encargo a algún medio propio, el cual obviamente no tiene la consideración jurídica de contrato ni deberá adecuarse, en consecuencia, al régimen contractual, resta referirnos al marco normativo establecido principalmente en el artículo 32.6 y 32.7 de la Ley, con remisión a otros preceptos en algún caso.

En los mismos se apuntan las reglas procedimentales y de régimen jurídico que deben seguirse para la concreta realización de un determinado encargo a alguna de las entidades instrumentales que resulten aptas para ello por encajar con precisión en el molde jurídico conceptual de la condición de medio propio personificado. Pero hay que añadir también las referencias incidentales al régimen de compensación económica contenido en los dos últimos párrafos del artículo 32.2 a) (27), que tiene rasgos propios:

- debemos destacar, en principio, que la exigencia de contraprestación y la caracterización inicial de esta forma parte del mismo concepto legal que apunta el artículo 32.1 de la Ley: «a cambio de una compensación tarifaria»;
- el régimen tarifario excluye, por supuesto, que solamente existan, como toda referencia documental, simples facturas emitidas por el medio propio y asumidas por quien se hace cargo del coste del encargo, tanto más

(26) Establecida en el último párrafo del artículo 32.2 d) si ha obtenido la clasificación que corresponda («la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente») conforme a lo dispuesto en los artículos 77 y siguientes de la Ley y normativa complementaria (artículos 25 y siguientes del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

(27) Reproducidas en los dos últimos párrafos del artículo 32.4 a) para el supuesto de control conjunto de varios poderes adjudicadores sobre el ente destinatario del encargo.

cuanto que este se somete ahora a exigencias precisas de formalización y documentación;

- se pretende que las tarifas fijadas por el poder adjudicador representen los costes reales de las unidades producidas directamente por el medio propio (coste efectivo);
- se remite al establecimiento mediante reglamento del método de cálculo de la compensación de las prestaciones recibidas por el medio propio cuando este, por su parte, contrate con empresarios particulares la realización de alguna de las actividades que constituyen el objeto del encargo (sujetándose al régimen jurídico y a los límites cuantitativos correspondientes), en los casos en que el coste efectivo para el medio contratante sea inferior al que resultaría de aplicar las tarifas a las actividades «subcontratadas».

No cabe entonces contemplar un beneficio en sentido estricto para el medio propio, lo cual resulta de cualquier modo completamente lógico puesto que lo que debe buscarse en todo caso por parte de quien formula el encargo es el uso eficiente de los recursos públicos. Hay que notar que a ello se dirige precisamente la modificación que introduce la propia Ley 9/2017 en su disposición final décima mediante la que se modifica la legislación tributaria (28) en el sentido de considerar que tales servicios no se encuentren sujetos al IVA en general (29), lo que parece que redundará en una desincentivación de la subcontratación (30).

A este respecto, sin embargo, hemos de advertir que la limitación de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros a la mitad de la cuantía del encargo, como máximo, se ha flexibilizado inmediatamente al haberse dado nueva redacción al artículo 32.7 b) para añadir otras nuevas a las excepciones inicialmente admitidas, así como también una cláusula general que se tilda de excepcional pero que parece abrir un portillo de dimensiones considerables e imprevisible efecto: «siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la

(28) Modificación mediante la que se da nueva redacción al artículo 7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, adaptando al nuevo escenario de los medios propios el régimen que ya fue avanzado por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre y profundizando en la clarificación de las operaciones no sujetas al IVA.

(29) Salvo que se trate de alguna de las actividades que se relacionan en la letra F) del artículo 7.8º entre las que se incluyen las telecomunicaciones, la distribución de agua y energía, el transporte de personas y mercancías, servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior, explotación de ferias comerciales, almacenaje y depósito, oficinas comerciales de publicidad o agencias de viajes, entre otras.

(30) AMOEDO-SOUTO (2018a: pp. 391-394).

prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución» (31).

El nuevo régimen jurídico comporta un reforzamiento de la publicidad al exigirla, primero, con carácter general en relación con la propia condición de medio propio y, segundo, respecto de los concretos encargos realizados. Debe publicarse en la Plataforma de Contratación correspondiente la condición de medio propio, precisando para cada ente instrumental las características específicas de su condición de tal, es decir, respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta y en qué sectores de actividad (comprendidos en su objeto social) resultará posible realizarle encargos por tener la aptitud y la capacidad necesarias para poder llevarlos cabo.

Por otro lado, el régimen de publicidad alcanza prácticamente a todos los concretos encargos a medios propios que se realicen, los que tengan una cuantía superior a 5.000 euros. Así lo preceptúa con carácter de norma básica el artículo 63.6, ordenando la publicación en el perfil de contratante:

- del documento de formalización del encargo si es superior a 50.000 euros;
- con carácter trimestral, como mínimo, relación de todos los encargos cuyo importe sea superior a 5.000 euros, debiendo precisar, al menos, su objeto, la duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, a cuyo efecto se prescribe que la información se presente ordenándose los encargos por la identidad del medio propio para permitir una fácil localización y una mejor percepción del volumen de actividad asumido.

Tal como se apuntaba al referir las cuestiones de tipo competencial, y como se desprende de su propio tenor literal, la letra c) del apartado 6 del artículo 32 contiene la única parte de toda la nueva regulación de los encargos a medios propios a la que no se confiere carácter de norma básica. Se trata de diseñar un procedimiento de control 'ex ante' de este tipo de operaciones: quedan sometidas en ciertos casos a autorización administrativa previa, cuya competencia se atribuye al Consejo de Ministros, previa tramitación del correspondiente procedimiento.

Los dos supuestos que requieren previa autorización responden a la preocupación general por aquellos encargos que comportan un nivel de gasto que se considera importante al superar determinado umbral (cifrado en un importe igual o superior a doce millones de euros) y una prevención añadida frente a la hipótesis del engorde o 'fragmentación' del encargo mediante sucesivas

(31) Modificación realizada a través de la disposición final cuadragésima cuarta —¡sí, efectivamente, la 44ª!— de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

modificaciones al alza. En este último caso, la regla se refiere a modificaciones de encargos que ya fueron autorizados por el Consejo de Ministros si superan el 20 por cien del importe inicialmente autorizado (32).

En cuanto al desarrollo del procedimiento, únicamente se apunta en la Ley la exigencia de dos trámites preceptivos (informe jurídico —«del servicio jurídico»— y certificado de existencia de crédito o, en su caso, acreditación de la financiación existente), por lo que los documentos respectivos, al menos, deben acompañar al texto del encargo que se eleve al órgano autorizante (33). Importa tener en cuenta las consecuencias de este procedimiento de carácter necesario, a las que se alude en el último párrafo del precepto (a pesar de la poco afortunada expresión inicial que no debe inducir a error sobre su alcance a la operativa concreta de cada encargo objeto de la misma): «La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo».

Es decir, el acuerdo autorizatorio ni subsana la falta de tramitación del procedimiento o los errores cometidos en el mismo, desde la propia propuesta planteada por el poder adjudicador interesado en conferir el encargo, ni exonera, por supuesto, a las entidades intervinientes de asumir las respectivas obligaciones consistentes, en esencia, en realizar adecuadamente el ente instrumental las actividades a través de las cuales se satisfacen los objetivos del encargo de ejecución y hacer efectiva la correspondiente compensación el ente a cuyo servicio se ha actuado. Y, por otra parte, aunque pueden plantearse dudas sobre cuál es el efecto que tiene el acuerdo autorizatorio, particularmente sobre las consecuencias jurídicas que tiene la falta de autorización cuando resulta preceptiva, la respuesta la da el artículo 40 de la Ley al prever las causas de anulabilidad de derecho administrativo con remisión a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es decir, considerando como tal cualquier infracción del ordenamiento jurídico «y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley» (artículo 40.1 de la

(32) Entendemos que no sería en absoluto descabellado afinar algo más esta regla limitativa de modo que la necesidad de autorización alcanzara también a aquellos supuestos que aun no habiendo sido objeto de autorización previa al encontrarse el encargo inicial por debajo del umbral, sin embargo, de haberse incluido en este la modificación ahora pretendida hubiera determinado su obligatoria autorización.

(33) Sobre el régimen de fiscalización previa de los encargos, *vid.* la CIRCULAR 2/2018, de 8 de marzo de 2018, DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, EN RELACIÓN CON LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS, consultable a través del Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón.

Ley 9/2017) y recordando el régimen general de convalidación de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, conforme al artículo 52 de la Ley 39/2015, cuyo apartado 4 dispone que «Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente» (34).

En Aragón se encuentran en tramitación dos proyectos de ley que de ser aprobados en los términos en que han sido remitidos para su trámite parlamentario en las Cortes de Aragón, permitirán disponer por fin de una normativa completa y actualizada sobre los encargos a medios propios personificados que venga a sustituir el incompleto régimen jurídico todavía vigente (35).

Se trata del proyecto de Ley de organización y régimen jurídico del sector público autonómico de Aragón (36) y del proyecto de Ley de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón anteriormente mencionado. El primero (aprobado antes de la Ley de Contratos del Sector Público) dedica el artículo 56 a los encargos de ejecución a medios propios, introduce una regulación que se remite en buena medida a la normativa de contratos del sector público e incorpora algunas cuestiones del ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, como las que tienen que ver con la competencia para la formalización (atribuida a los titulares de los departamentos o presidentes o directores de los organismos públicos o al órgano competente de la entidad de que se trate) y con el sometimiento a autorización previa del Gobierno de Aragón de los encargos de importe superior a tres millones de euros. El segundo proyecto de ley, por su parte, elaborado ya bajo la vigencia de la nueva legislación básica contractual, prevé en su artículo 6 idéntico supuesto

(34) No obsta a esta conclusión que el artículo 40 c) particularice como causa de anulabilidad de los encargos «cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio» (a pesar de que el anteproyecto de ley tipificaba este supuesto como causa de nulidad, las observaciones realizadas por el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, teniendo en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho en la teoría de los vicios invalidantes y determinó la alteración de la calificación jurídica del vicio en la versión final del proyecto de ley).

En Navarra, sin embargo, se prevé la nulidad de pleno derecho (artículo 8.10 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Público).

(35) Nos referimos a la disposición final decimotercera de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón), dedicada a regular los encargos de ejecución a empresas públicas. Disposición vigente todavía siquiera sea parcial y fragmentariamente, aunque evidentemente afectada de manera frontal por la entrada en vigor de la Ley 9/2017, e incluso antes, por el conocido efecto directo del artículo 12 de la Directiva 2014/24.

(36) Aprobado por el Gobierno de Aragón con fecha 9 de mayo de 2017, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 160, de 23 de mayo de 2017, pp. 12254-12293.

de autorización preceptiva previa, al que añade el de la modificación que supere el 20 por ciento del importe, al mismo tiempo que permite que en casos en que la autorización no sea preceptiva o bien por parte del Consejero competente decida elevarse al Gobierno o bien que este por sí mismo recabe discrecionalmente el conocimiento y autorización del encargo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO-SOUTO, Carlos Alberto (2018): «Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?», en José María GIMENO FELIÚ (Director), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters (Aranzadi), pp. 369-410.
- (2018): «En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 81-129.
- BERBEROFF, Dimitri (2018): «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en José María GIMENO FELIÚ (Director), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 163-202.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2006): «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, pp. 77-90.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio (2016): *Crisis económica y derecho administrativo. una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi.
- GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (2016): «Nuevos desarrollos de la contratación «in house» en el derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», en José María GIMENO FELIÚ (Director), *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017): «Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP», en *Contratación Administrativa Práctica*: núm, 147, pp. 18-26.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y FERNÁNDEZ PUYOL, Irene (2018): «Encargos a medios propios personificados y sistemas de cooperación pública horizontal», en Blanca LOZANO CUTANDA, Ignacio CALATAYUD PRATS (Coordinadores), *Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, pp. 45-55.
- MIGUEL MACHO, Luis y SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2018): «Negocios y contratos excluidos», en Blanca LOZANO CUTANDA, Ignacio CALATAYUD PRATS (Coordinadores), *Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, pp. 45-55.

- MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, Luis S. (2017): *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Reus.
- y GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J. (2018): «Los sistemas de cooperación vertical y horizontal dentro del sector público», en Juan Francisco MESTRE DELGADO, Luis MANENT ALONSO, *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén (2018): «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en Eduardo GAMERO CASADO, Isabel GALLEGO CÓRDOLES (Directores), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, pp. 667-712.
- PACHECO GUERRERO, Pedro (2016): «Medio propio y servicio técnico», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Director), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, Aranzadi, pp. 1456-1464.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2008): *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, IUSTEL, 2008.
- VILALTA REIXACH, Marc (2012): *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters – Aranzadi.
- (2017): «La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines», en Joaquín TORNOS MAS (Coordinador), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, pp. 77-105.

EL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN

MARÍA SALDAÑA TORRES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PILARES DEL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN.– II. TRANSPARENCIA: 1. El Perfil de Contratante. Integración del Perfil de Contratante del Gobierno de Aragón en la Plataforma de Contratación del Sector Público. 2. El Registro de Contratos y la rendición de cuentas. 3. El Registro de Licitadores.– III. PARTICIPACIÓN: EL FORO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN.– IV. ASISTENCIA A ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN: 1. La Oficina de Contratación Pública de Aragón. 2. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.– V. LA FUNCIÓN DE CONTROL: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN: AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS Y PROFESIONALIZACIÓN DE SUS MIEMBROS.– VI. SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. El informe de supervisión. 2. La Agencia de Integridad y Ética Públicas.– VII. CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo analiza las actuaciones del Gobierno de Aragón encaminadas a la implantación de un sistema de gobernanza en la contratación pública, que pasa por la rendición de cuentas y el cumplimiento de las obligaciones de publicidad e información, la participación, la transparencia en las licitaciones y la supervisión de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público aragonés con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación en materia contractual.

Palabras clave: contratos públicos; gobernanza; rendición de cuentas; obligaciones de información; participación; transparencia; control.

Abstract: The work analyzes the actions of the Government of Aragon aimed at the implementation of a governance system in public procurement, which involves accountability and compliance with publicity and information obligations, participation, transparency in bids and the supervision of the contracting authorities of the whole of the Aragonese public sector in order to ensure the correct application of the legislation on contractual matters.

Key words: public procurement; governance; accountability; information obligations; participation; transparency; control.

I. INTRODUCCIÓN. PILARES DEL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN

La política de contratación pública es, en la actualidad, un instrumento fundamental para el desarrollo del mercado único, el logro de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos ((1)). Tiene, además, una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional, y representa una proporción muy significativa del PIB de nuestro país.

Con el fin de revisar y modernizar la regulación en la materia, en el ámbito de la Unión Europea se aprobó el paquete legislativo que aglutina a la cuarta generación de Directivas en materia de contratación pública, compuesta por 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 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la 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.

El título IV de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, recoge unas normas sobre «Gobernanza» que se dirigen de forma principal a la Comisión, los Estados miembros y los poderes adjudicadores, y se refieren sobre todo a la supervisión de la aplicación de las normas sobre contratación pública, a la información y estadísticas sobre los contratos, y a la cooperación administrativa.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define Gobernanza como *«Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía»*. Se trata, no obstante, de un término con diferentes connotaciones, que no es jurídico, y que, tal y como define Cerrillo (2), *«está constituido «por las normas y reglas que pautan la interacción en el marco de redes de actores públicos, privados y sociales, interdependientes en la definición del interés general en entornos complejos y dinámicos, asociándose sobre todo la idea de gober-*

(1) Así lo afirma el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe especial 17/2016, «Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública», Luxemburgo, pág. 10.

(2) CERRILLO I MARTÍNEZ, A, (2005), «Prólogo», *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 10.

nanza a una mayor implicación de actores no gubernamentales en el diseño e implementación de las políticas públicas».

Así, este concepto trae como primera consecuencia que el Estado ya no es el único punto de referencia en la toma de decisiones ni en la construcción de *políticas públicas*, sino que éstas se ven condicionadas, por arriba, por la existencia de áreas supranacionales, como la Unión Europea, y por abajo por la necesaria interrelación con el ciudadano, diluyéndose además los límites entre lo público y lo privado.

La legitimidad del poder exige, por tanto, un mayor *diálogo y transparencia*, y una toma en consideración de esos múltiples actores implicados en la gestión de lo público a diferentes niveles. En definitiva, un redimensionamiento de la gobernabilidad orientado al servicio a los ciudadanos y a la democratización de los servicios públicos. Dichos cambios vienen impulsados por la revolución tecnológica, sobre la base de las tecnologías de la información y comunicación, que permiten una expansión del conocimiento, la información y la comunicación desconocidas hasta el momento.

En definitiva, la Gobernanza se presenta como un sistema de organización, que se instaura a nivel europeo a través del Libro Blanco para la Gobernanza Europea (3), elaborado por la Comisión Europea en 2001 y que se basa en los principios —acumulativos—, de *apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia*. Todo ello unido a la necesidad de un liderazgo político y de un firme compromiso por parte de las Instituciones para garantizar este enfoque coherente, frente a la cada vez mayor complejidad del sistema y diversidad de la acción comunitaria. Es sobre todo una cuestión de voluntad política, que exige el compromiso del conjunto de las instituciones y de los Estados miembros.

Para lograr un sistema de Gobernanza, la Comisión propone varios cambios: Una mayor participación de todos los actores sociales, hacer más transparente el sistema de funcionamiento de la Unión, llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia regional y local, implicar a la sociedad civil, una consulta más eficaz y más transparente en el centro de la elaboración de las políticas de la Unión Europea, establecer vínculos con las redes entre las empresas, las comunidades, los centros de investigación y los organismos regionales y locales. Estas redes pueden favorecer el éxito de las políticas comunitarias. A lo que hay que añadir una mejora de la normativa para hacerla más rápida, simplificada y mejor.

Todo ello trasladado a la contratación pública, se traduce en la necesidad de adaptar el sistema de contratación español a un modelo organizativo que

(3) Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea. Un Libro Blanco» (COM [2001] 428 final — Diario Oficial C 287 de 12.10.2001).

garantice el derecho a una buena administración y los principios de eficacia, eficiencia, transparencia e integridad.

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), acoge, como veremos más adelante, este sistema de Gobernanza en términos de supervisión, con el objetivo de reconducir los problemas de corrupción y falta de transparencia de los contratos públicos en España.

El Gobierno de Aragón se suma a dicho objetivo y, como se infiere de su normativa y de sus políticas en la materia, también asume el compromiso de avanzar hacia un nuevo modelo de contratación pública transparente, participativo, socialmente responsable, abierto, eficaz, basado en el conocimiento, la investigación y la innovación, para alcanzar con ello un desarrollo económico sostenible.

Para ello, el sistema de Gobernanza que articula nuestra Comunidad Autónoma se configura como un modelo organizativo sustentado sobre los siguientes pilares, con las correspondientes herramientas e instrumentos a su servicio:

1. Transparencia, que en materia de contratación pública se identifica con el Perfil de Contratante y los Registros de Contratos y de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, además de la información de la actividad contractual que periódicamente se publica en el Portal de Transparencia.
2. Participación, con el Foro de Contratos de Aragón como elemento vertebrador.
3. Asistencia a órganos de contratación, prestada a través de la Oficina de Contratos Públicos de Aragón y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa autonómica.
4. Control, efectuado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
5. Supervisión, que, transcurrido el actual régimen transitorio, se ejercerá por la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

II. TRANSPARENCIA

La contratación pública es uno de los sectores de la actividad pública en los que es especialmente relevante el principio de transparencia, pues representa un importante volumen económico. La Transparencia se ha convertido así en el paradigma de la Gobernanza, y va íntimamente ligada al concepto de publicidad, siendo aquella un presupuesto para el cumplimiento de otros principios como son el de igualdad y no discriminación, y libertad de acceso.

Como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Recomendación 1/2014 (4), *«la transparencia en la actividad pública tiene una doble configuración. Por un lado, la transparencia deriva del Derecho a la buena administración de los asuntos públicos, como requisito esencial para que exista un tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos. Por otro lado, las nuevas leyes de transparencia que se vienen aprobando dentro del marco del «Gobierno Abierto», usan el término transparencia en una nueva acepción, de apertura de la información pública al ciudadano en general, de forma que superando el sistema burocrático, el conocimiento y gestión de los asuntos públicos deje de ser exclusividad de los poderes públicos y se incorpore a otros agentes —ciudadanos, colectivos— a la toma de decisiones.*

Esta doble configuración de la transparencia tiene su reflejo en el ámbito de la contratación pública, en el que hay que distinguir entre las obligaciones que derivan de la normativa en materia de contratos, que incorpora la transparencia como uno de sus principios rectores; de las obligaciones que establecen la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y otras normas de ámbito autonómico (hoy la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón) y local sobre la materia.

En el primer caso, la transparencia está íntimamente ligada a los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores, y se instrumenta fundamentalmente, en lo que se refiere a las obligaciones de publicidad activa, a través del Perfil de contratante.

Por el contrario, las obligaciones de publicidad que exigen las leyes de transparencia en materia de contratos públicos, tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se están gestionando los contratos públicos y se realizan a través del portal de transparencia.

Perfil de contratante y portal de transparencia son herramientas distintas, con distintos objetivos y distinta configuración jurídica, destacando que la publicidad en el Perfil tiene en muchas ocasiones efectos jurídicos, mientras que esto no ocurre en ningún caso con la publicidad en el portal de transparencia».

Según se indica en la web del Portal de Transparencia (5), *«la publicidad de los contratos se realiza a través del Perfil de Contratante y de los Boletines Oficiales. Dentro de la transparencia en materia de contratos tiene especial*

(4) Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública.

(5) www.transparencia.aragon.es.

importancia la publicidad de las *modificaciones contractuales* o «modificados», así como el seguimiento y control de los contratos de obras e infraestructuras estratégicas».

El Gobierno de Aragón publica periódicamente la información relativa a la actividad contractual de la Comunidad Autónoma en el Portal de Transparencia, cumpliendo así con las obligaciones legalmente exigidas.

A su vez, de la transparencia se deriva el concepto de «Contratación Abierta» (6). Para la Open Contracting Partnership (7), un sistema de Contratación Abierta exige:

- Desarrollar mecanismos de contratación pública que garanticen procesos transparentes y justos.
- Reconocer que el ciudadano tiene derecho a acceder a la información sobre contratación pública.
- Capacitar al público para que comprenda los datos de contratación pública, sea capaz de seguirlos y actuar en consecuencia.
- Publicar los documentos y datos esenciales sobre la contratación pública.
- Crear mecanismos de participación y reparación en la contratación pública.
- Encontrar fórmulas de financiación de los contratos Públicos que fomenten la participación.

Y lo que es fundamental, la Contratación Abierta cubre todo el proceso, desde la convocatoria, la concesión, la ejecución, el rendimiento y la finalización de los contratos públicos, y toda la gama de contratos. Con estos requisitos, la información sobre la gestión de la contratación pública se perfilará indudablemente como instrumento de control de la buena administración de los asuntos públicos.

El principal instrumento a través del cual se hace efectiva la Transparencia como principio rector de la contratación pública en Aragón, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones que derivan de la normativa en materia de contratos es, como bien afirma la Junta Consultiva, el Perfil de Contratante. A él hay que añadir el Registro de Contratos y el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma.

(6) Vid. artículo de opinión «Contratación Abierta, ¿qué es?», de María Asunción Sanmartín Mora, el 21/04/2014, en www.obcp.es.

(7) <https://www.open-contracting.org>.

1. El Perfil de Contratante. Integración del Perfil de Contratante del Gobierno de Aragón en la Plataforma de Contratación del Sector Público

Las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vienen a configurar un escenario en el que la tramitación electrónica debe constituir la actuación habitual de las Administraciones en sus múltiples vertientes de gestión interna, de relación con los ciudadanos y de relación de aquellas entre sí. Por tanto, en este actual contexto normativo, social y de innovación en el que la sociedad se encuentra inmersa, parece claro que la utilización de medios electrónicos en la contratación pública contribuye sin duda a alcanzar mayores cotas de buena administración, y por lo tanto se convierte en un instrumento al servicio del buen gobierno.

La Directiva 24/2014/UE impone a los poderes adjudicadores la obligación de llevar a cabo una comunicación totalmente electrónica con los poderes económicos durante los procesos de licitación (8). Su considerando 52 dispone que *«los medios de información y comunicación electrónicos deben de convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas»*.

En esta línea, la LCSP se muestra clara y rotunda en relación con la contratación electrónica, al establecer en su Exposición de Motivos *«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 establecidos a nivel comunitario»*.

Y se anticipa porque, a nivel europeo, el plazo para implantar la gestión electrónica es el 18 de octubre de 2018, fecha en la que la gestión electrónica de la contratación será obligatoria, «salvo el tratamiento electrónico de las ofertas, su evaluación electrónica o su tratamiento automatizado. Tampoco será obligatoria la gestión electrónica de la ejecución del contrato (tras la

(8) García Jiménez, Antonio (2014): Instrumentos para una comunicación íntegramente electrónica. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014.

adjudicación dice la Directiva), ni la comunicación interna en el marco del poder adjudicador» (9).

Fue la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 la que introdujo la herramienta del Perfil de Contratante en el ordenamiento jurídico español. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (10) lo define, como «*un medio de difusión por Internet de la diferente información de los contratos que se genera en los órganos de contratación y que tiene su origen en el denominado «perfil de comprador» regulado como instrumento de publicidad en la Directiva 2004/18/CE, que en su anexo VIII sobre especificaciones relativas a la publicación, apartado 2, letra b), indica la función que se le asigna mencionando que puede incluir anuncios de información previa, información sobre las licitaciones en curso, las compras programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra información útil de tipo general, como, por ejemplo, un punto de contacto, los números de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica*».

En la actual Ley de Contratos del Sector Público, este instrumento cobra más relevancia si cabe, pues el Preámbulo dispone que la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, «*más exhaustiva que la anterior, le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad*». Su regulación básica se contiene en el artículo 63, que, siguiendo las disposiciones de la Directiva, dispone que los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos.

El artículo 347 LCSP establece la obligatoriedad de que los perfiles de contratante se alojen en la Plataforma de Contratación del Sector Público, ofreciendo una doble opción a las Comunidades Autónomas en el apartado tercero de dicho precepto (11), pues les permite, bien establecer sus propios

(9) Considerando 52º de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE

(10) Informe 72/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

(11) El artículo 347.3 LCSP dispone que «*Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público en los que deberán alojar sus perfiles de contratante de manera obligatoria, tanto sus propios órganos de contratación como los de sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de los mismos y constituyendo estos servicios un punto de acceso único a los perfiles de contratante de los entes, organismos y entidades adscritos a la Comunidad Autónoma correspondiente*».

servicios de información para alojar sus perfiles, bien alojarlos directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público. No obstante, en cualquier caso, y sea cual fuere la opción elegida, *«deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público»*.

No es esta una obligación baladí, pues el artículo 39 c) LCSP establece como causa de nulidad de derecho administrativo *«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»*. Probablemente, la explicación de esta regulación está en el escaso grado de cumplimiento que esta obligación ha obtenido desde su aprobación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y para remediarlo, el legislador ha vinculado la validez del procedimiento de licitación a este requisito.

Añade el apartado 5 del artículo 347 que *«La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del presente artículo»*

En la Comunidad Autónoma de Aragón se ha optado por que los Perfiles de contratante de los órganos de contratación del Sector Público autonómico —y entidades locales adheridas— se alojen en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Para facilitar la introducción de datos y cumplir con las exigencias de la Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Públicas en este sentido, se ha creado la «Herramienta de Gestión de Licitaciones», que permite la adecuada comunicación de los datos con la Plataforma de Contratación del Sector Público y la publicación de anuncios en los perfiles de contratante alojados en la misma. Además, dicha herramienta satisface la

Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas que no hubieran optado por establecer sus propios servicios de información, y alojen, por tanto, sus perfiles del contratante directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público, podrán utilizar todos los servicios que ofrezca la misma, así como participar en su gestión en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan y de acuerdo con los convenios que a tal efecto se suscriban entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma (...).

necesidad de incorporar nuevos campos de información que el seguimiento de los datos económicos y estadísticos sobre la contratación pública en Aragón requería, y que serán de gran utilidad en el futuro para su interoperabilidad, particularmente a efectos de rendición de cuentas.

La gestión de usuarios y publicadores se centraliza desde la Oficina de Contratación Pública, en coordinación con el Servicio de Administración Electrónica. Se ha ido activando progresivamente a los diferentes órganos de contratación para que a partir del 9 de marzo de 2018 publicaran correctamente en la Plataforma de Contratos del Sector Público. Igualmente, y puesto que el artículo 63 LCSP señala que *«la forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos»*, en los nuevos Pliegos Tipo adaptados a la LCSP se ha introducido una referencia expresa a la url de acceso a la Plataforma.

De manera complementaria, para clarificar los pormenores de la integración y de la publicación, se aprobó la Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público de Aragón a través de Internet, publicada en el BOA N°32, de 14 de febrero de 2018.

Pero ya hemos recalcado que el Perfil de Contratante no sólo es instrumento imprescindible para la contratación electrónica y garantía de la igualdad entre los licitadores y la libre concurrencia, sino que con la nueva regulación se convierte también en mecanismo esencial para cumplir uno de los objetivos estratégicos de la Ley, como es la transparencia, al imponer unas obligaciones de publicidad más exigentes que las que existían hasta la fecha.

El artículo 63 LCSP regula exhaustivamente la información que deberá publicarse en el Perfil, y que incorpora prácticamente todo el expediente de contratación en formato electrónico. Desde el inicio del expediente, con la memoria justificativa del contrato, pasando por la justificación del procedimiento elegido, toda la información relativa a los contratos será objeto de publicación en el perfil, incluyendo también las incidencias que se produzcan con posterioridad, como la no adjudicación del contrato, el desistimiento, o la interposición de recursos. Deberá igualmente publicarse toda la información relativa a la composición de las mesas de contratación y la designación de los miembros del comité de expertos, a efectos de detectar cualquier eventual conflicto de intereses, en coherencia con la relevancia que adquiere el control y prevención de la corrupción en la nueva regulación.

Se amplían notablemente las obligaciones de publicidad en relación con los contratos menores, pues a diferencia de la indefinición de la normativa

anterior, ahora se especifica exactamente el contenido de la información a publicar: objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, con la particularidad de que deberán publicarse ordenados por identidad de adjudicatario, para facilitar el control que exigen las nuevas condiciones del artículo 118.

En este contexto, la «Herramienta de Gestión de Licitaciones» desarrollada por la Comunidad Autónoma de Aragón, que permite la publicación de anuncios en los perfiles de contratante alojados en la Plataforma de Contratos del Sector Público, va a resultar clave a efectos de información y rendición de cuentas. Y es que no sólo permite una adecuada comunicación de los datos con la Plataforma de Contratos del Sector Público, sino que, además, permite recabar todavía más información que la exigida por el Perfil de Contratante, puesto que incorpora nuevos campos de información fundamentales para el seguimiento de los datos económicos y estadísticos sobre la contratación pública en Aragón.

2. El Registro de Contratos y la rendición de cuentas

Sin duda, otro de los elementos clave que sustentan la Gobernanza es la rendición de cuentas, entendida en una doble vertiente al cumplir, por un lado, con unas determinadas obligaciones de publicidad que aporten transparencia en los procedimientos de licitación, y, por otro, con las obligaciones de información a distintos entes fiscalizadores y de control que establece la normativa en materia de contratación.

En relación con la publicidad, la Ley 5/2017 de Integridad y Ética públicas, modificó la Ley 3/2011 de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón, estableciendo, entre otros aspectos, obligaciones de información y publicidad por encima de lo exigido en la normativa estatal, pues la ley aragonesa distingue ahora la publicidad de las licitaciones, de las adjudicaciones (artículo 12 quáter), de los modificados (artículo 12 bis) y de la ejecución del contrato (artículo 12 quinquies), superando así los estándares mínimos de publicidad y transparencia.

En esta línea, el proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la contratación pública en Aragón —actualmente en tramitación—, contiene un capítulo IV dedicado al fomento de la transparencia y la concurrencia, que precisamente viene a recoger este «plus» de publicidad, señalando que en el perfil de contratante se publicarán los anuncios de licitación, de adjudicación, modificación y ejecución de los contratos. Igualmente podrá publicarse un anuncio en el caso de procedimientos con negociación en los que, de acuerdo con la LCSP, no es necesaria esa publicidad. Se determinan también los efectos de la publicidad en el caso de adjudicarse contratos menores, en la línea

de lo establecido por el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía.

El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ya preveía la existencia de registros de contratos en el ámbito competencial de las Administraciones Públicas, como también lo hacía la normativa anterior y como de nuevo viene a hacerlo la actual LCSP, que señala que en él se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros. El artículo 346 LCSP (12) contiene su regulación específica.

En el marco de las competencias del Gobierno de Aragón en materia de organización administrativa y de contratación pública, y de acuerdo con la previsión contenida en la normativa básica sobre la existencia de registros de contratos de administraciones públicas diferentes de la Administración General del Estado en los respectivos ámbitos de competencias, se hace necesaria la utilización del Registro público de contratos del Gobierno de Aragón por parte de todas las Administraciones Públicas aragonesas.

La normativa reguladora de dicho registro en Aragón es común con el Registro de Licitadores, y se contiene en el Decreto 82/2006, de 4 de abril, del

(12) El artículo 346 LCSP dispone que *«El Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España. La información sobre la contratación pública deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional.»*

3. Los poderes adjudicadores comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos por ellos adjudicados, entre los que figurará la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación de los mismos, junto con el desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Igualmente comunicarán, en su caso, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos. El contenido y el formato de dichas comunicaciones, así como el plazo para efectuarlas, se establecerán reglamentariamente.

Se exceptuarán de la comunicación señalada en este apartado los contratos excluidos por la presente Ley y aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, 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. En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final.

4. Las comunicaciones de datos de contratos al Registro de Contratos del Sector Público se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en la forma que determine el Ministro de Hacienda y Función Pública.

5. El Registro de Contratos del Sector Público facilitará de modo telemático el acceso a sus datos a los órganos de las Administraciones Públicas que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas».

Gobierno de Aragón, por el que se crean el Registro Público de Contratos y el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento. En él deben inscribirse los datos básicos de los contratos administrativos adjudicados por el sector público. Los poderes adjudicadores están obligados a comunicar a este Registro los datos básicos de los contratos que adjudiquen y, en su caso, modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción.

En este sentido, resulta imprescindible actualizar la forma en que las entidades contratantes pueden inscribir sus datos contractuales en el Registro público de contratos, vistas las obligaciones de utilización de medios telemáticos establecidas en la LCSP y la evolución de las herramientas y los sistemas de información que permiten la interoperabilidad telemática entre los diferentes órganos del Gobierno de Aragón y su sector público. El Gestor de expedientes resultará clave a estos efectos, pues al contener la información de todo el ciclo de vida de los contratos no sólo facilitará la tramitación electrónica de los expedientes, sino que actuará como un auténtico Registro, accesible, fiable y transparente.

La información recabada a través del Registro de contratos es la que permite al Gobierno de Aragón cumplir con sus obligaciones de rendición de cuentas a Las Cortes de Aragón y a la Cámara de Cuentas.

En el caso de Las Cortes, la obligación de información sobre la contratación pública trae causa en la correspondiente ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para cada ejercicio económico, y, al objeto de dar cumplimiento a la misma, una vez obtenidos los datos se remiten con carácter trimestral a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón. En concreto, la relación de contratos menores y de contratos adjudicados por el procedimiento negociado, regulados en los artículos 118, 131 y 166 de la LCSP.

Como novedad de la actual la Ley 2/2018, de 28 de febrero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018, se incluye la obligación de informar trimestralmente a dicha Comisión —además de las encomiendas de gestión o encargos, contratos menores y negociados— sobre el «grado de cumplimiento, por organismo o entidad concedente, del porcentaje de contratos reservados a los efectos del art. 7 de la citada Ley de Contratos del Sector Público, según lo establecido en la disposición adicional decimonovena» (13) (artículo 54.c).

(13) «D.Ad Decimonovena. Reservas sociales de contratos para el año 2018: A los efectos previstos en el artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el porcentaje mínimo de contratos reservados al que allí se hace referencia para el ejercicio 2018 será del 3%».

Para impulsar el cumplimiento de este mandato legal se está elaborando desde la Oficina de Contratación un «Plan de supervisión» que abarca a todos los órganos de contratación del Gobierno de Aragón, y que supone un seguimiento de los mismos en relación con el grado de cumplimiento del porcentaje de reserva —entre otros indicadores—. Información que, a futuro, se hará constar en el correspondiente Informe de supervisión.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, dispone que esta institución, en el ejercicio de su función fiscalizadora, examinará, en particular, los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, de los entes integrantes del sector público de Aragón, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público.

El artículo 335 LCSP, regula la remisión de los contratos que celebren las entidades del sector público al Tribunal de Cuentas o a los respectivos órganos de control externo autonómicos, siempre que las cuantías de los contratos excedan de determinados umbrales. Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía.

Estas disposiciones normativas se materializan en la obligación que tienen los órganos de contratación de las entidades del sector público aragonés, tanto autonómico como local, de remitir una relación anual de los contratos formalizados en el ejercicio anterior, así como los extractos de contratación de todos aquellos contratos que superen los umbrales establecidos en la Ley.

Al efecto, el Gobierno de Aragón y la Cámara de Cuentas firmaron el 21 de junio de 2013 un Convenio de colaboración para establecer el suministro de información sobre contratación a través del Registro público de contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón, que sigue vigente. Este convenio se complementa con la Instrucción 2/2016, de 7 de junio (14), de la Cámara de

(14) «Regla Segunda.— Cumplimiento de la obligación de presentar la relación anual de contratos.

1.— La forma de cumplimiento de la obligación de presentar a la Cámara de Cuentas de Aragón la relación anual de contratos será la siguiente:

a) Para los órganos de contratación autonómicos, mediante el suministro completo al Registro Público de Contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón de la información requerida, conforme a las disposiciones del Decreto 82/2006, de 4 de abril, que regula dicho Registro, y disposiciones concordantes o sucesivas. El Registro Público de Contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón enviará a la Cámara de Cuentas de Aragón la información acordada en el Convenio firmado al respecto por el Gobierno de Aragón y la Cámara de Cuentas, a través del portal telemático o, en su caso, sede electrónica de esta última institución».

Cuentas de Aragón, relativa al suministro de información sobre la contratación de las entidades del sector público de Aragón y a los medios telemáticos para su remisión a la misma.

Con base en esta normativa, el Gobierno de Aragón remite con carácter anual la relación de contratos formalizados por los órganos de contratación autonómicos en el ejercicio correspondiente, a través de la plataforma para el intercambio telemático de archivos con la Cámara de Cuentas de Aragón. También se remiten las certificaciones expedidas por aquellos órganos de contratación autonómicos que no han formalizado contratos que deban incluirse en la relación anual.

3. El Registro de Licitadores

Los registros de licitadores son instrumentos al servicio de la contratación pública que facilitan la concurrencia de las empresas en el momento de participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos, evitando presentar en cada licitación toda la documentación acreditativa de su personalidad, capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia y en su caso clasificación. También la existencia de dichos registros reduce la carga de los diferentes órganos de contratación al evitar tener que comprobar toda la documentación que debería aportar el licitador de no estar inscrito en el registro de licitadores en cada procedimiento, lo cual simplifica y agiliza la gestión de los expedientes de contratación (15).

Tanto la Comunidad Autónoma de Aragón como la mayoría de las comunidades autónomas se adelantaron a la Administración del Estado en la creación de un registro único de licitadores, así mientras el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE) fue creado con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, Aragón lo creó en 2006 mediante Decreto 82/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, integrado en el Departamento de Hacienda y Administración Pública, bajo la dependencia orgánica y funcional de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización.

Posteriormente, dicho Decreto fue desarrollado mediante la Orden de 22 de mayo de 2006, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, en desarrollo del Decreto 82/2006, y el Decreto 104/2012, de 10 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el fichero de datos

(15) Ponencia de Caridad Palazón Pérez de los Cobos, en las «Jornadas técnicas sobre contratación electrónica y gestión de obra pública», Universidad de Murcia, 2013.

de carácter personal «Registro Voluntario de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón».

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, regulaba con carácter básico los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas en los artículos 326 a 332, recogiendo el artículo 327 la competencia y efectos de las inscripciones en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, y contemplando el artículo 332 la colaboración entre el Registro Oficial del Estado y los Registros Oficiales de las Comunidades Autónomas, para facilitar la información sobre el contenido de los respectivos Registros.

En virtud de la modificación operada en el TRLCSP por la disposición final séptima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, este Registro pasa a denominarse Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE). Asimismo, se establece que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que opten por no llevar su propio Registro independiente de licitadores y empresas clasificadas practicarán de oficio en el ROLECE tanto las inscripciones de las prohibiciones de contratar como las condiciones de aptitud de los empresarios, cuando se refieran a empresarios domiciliados en su ámbito territorial y así les sea solicitado por el interesado.

La LCSP regula en los artículos 337 a 345 los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, manteniendo en su artículo 337.3 la previsión de que las Comunidades Autónomas que opten por no llevar un Registro propio podrán practicar inscripciones en ROLECE en la forma establecida en el artículo 340.2.

Con anterioridad a la aprobación de esta normativa, la Comunidad Autónoma de Aragón y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas suscribieron el 12 de diciembre de 2014 un convenio de colaboración sobre diversas actuaciones de coordinación en materia de contratación pública. Dicho convenio tenía por objeto la coordinación entre el Registro estatal y el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante un intercambio de información entre los sistemas informáticos de la Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado para eliminar duplicidades.

Este nuevo Registro, electrónico y acceso telemático, facilitará tanto a los órganos de ambas Administraciones, como a los licitadores interesados, el acceso al mismo de modo remoto y descentralizado, a través de Internet. Todas las operaciones necesarias para la tramitación de las inscripciones en el Registro se practicarán sobre una única base de datos centralizada.

Por ello, en cumplimiento del convenio suscrito, se han llevado a cabo los trabajos de coordinación entre el ROLECE y el Registro de Licitadores de

la Comunidad Autónoma de Aragón para poder efectuar el intercambio de información entre los sistemas informáticos de ambas Administraciones y, finalmente, proceder a consolidar en un único Registro toda la información relativa a empresarios y otros operadores económicos, mediante la integración de los datos en el registro estatal. Dicho proceso de integración, que requerirá el cierre del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón y la migración total de los datos del registro autonómico, se encuentra todavía en fase de tramitación, de manera que hasta que dicha integración se produzca definitivamente, las inscripciones se siguen realizando en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Actualmente se encuentran inscritas en él un total de 2.129 empresas.

Como novedad introducida por la LCSP en su artículo 159.4.a), la inscripción en el correspondiente Registro de Licitadores perderá su carácter voluntario cuando se trate de la utilización del procedimiento abierto simplificado, en cuyo caso la inscripción será obligatoria como requisito de participación.

III. PARTICIPACIÓN: EL FORO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Otro de los pilares sobre es que se asienta el sistema Gobernanza de la contratación pública en Aragón es la participación, siendo el Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma (16) la herramienta que permite articularla.

El Foro se configura como un instrumento de participación y debate sobre las políticas en materia de contratación de la Comunidad Autónoma, que comprende dentro de su ámbito subjetivo de actuación no sólo a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino también a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador.

Se trata, por tanto, como su propia Orden de creación define, de un espacio «de escucha activa» y de diálogo con el que satisfacer las demandas de participación en el diseño de las políticas de contratación pública que diversos agentes venían reclamando.

La designación de sus miembros obedece a criterios de especialización por razón de la materia, primando su cualificación técnica, y actúan como representantes de los intereses afectados por la actividad contractual, y no tanto

(16) ORDEN HAP/114/2017, de 8 de febrero, por la que se crea el «Foro de contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón», y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

de la organización que los proponga o para la que presten servicios. Cuenta con quince vocales, que representan a los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores dependientes de ella; a los sindicatos y organizaciones empresariales más significativas, a los trabajadores de empresas adjudicatarias, a los contratistas, a los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción Social con domicilio en la Comunidad Autónoma de Aragón, a las universidades públicas establecidas en el territorio aragonés, a los trabajadores autónomos inscritos en el Régimen Especial de la Seguridad Social, y al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Su ámbito funcional comprende el análisis y propuesta de adopción de medidas normativas o administrativas, o buenas prácticas, relativas a la contratación pública, además de la recomendación de cualesquiera otras que permitan hacer un uso estratégico de la contratación pública, y en particular, aquellas que sirvan para el desarrollo de políticas sociales, medioambientales o de fomento de la innovación empresarial o apoyo a las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos. Además de dichas funciones, el Foro trata de promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la transparencia, la competencia entre operadores económicos y la integridad en la adjudicación de los contratos públicos.

Acorde con su naturaleza participativa, las Recomendaciones que emite el Foro de los contratos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón tienen carácter orientativo en el diseño de las políticas públicas de contratación pública.

IV. ASISTENCIA A ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN

1. La Oficina de Contratación Pública de Aragón

La Comunidad Autónoma de Aragón no ha sido nunca ajena a la necesidad de implantar un sistema de contratación pública basado en la Gobernanza. Supervisión, control, transparencia y participación son conceptos que definen este sistema, dentro de una visión estratégica del mismo.

El 28 de marzo de 2017, el Gobierno de Aragón adoptó un Acuerdo por el que se adoptaban medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón. Entre las medidas acordadas, se encomienda al Departamento competente en materia de contratación pública *«la creación de una Oficina de contratación pública del Gobierno de Aragón, que tenga como función principal proporcionar orientación a los órganos de contratación sobre la aplicación de la normativa en materia de contratación pública al objeto de dar respuesta a las dificultades que plantee la aplicación de la misma,*

así como para planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación, así como la determinación y validación de los sistemas de contratación pública electrónica que hayan de implantarse y la coordinación de los contenidos de las plataformas de acceso electrónico que integren la información en materia de contratación pública».

La Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Públicas, orientada a prevenir la corrupción y el clientelismo, introduce un código de buen gobierno que deberá ser observado y respetado por las autoridades y cargos del sector público autonómico, que incluye los principios éticos y de conducta que deben informar el ejercicio de sus funciones. Tal y como establece en el Preámbulo, *«La consolidación de la democracia requiere que el conjunto del modelo institucional y social asuma como elemento estructural la transparencia, la participación, la integridad y la ética pública, contribuyendo de este modo a una mejor gobernanza, a mejores prácticas regulatorias, a un mejor servicio a los intereses generales y a las demandas sociales. Y no resultan tampoco adecuadas respuestas en negativo, que se limiten a combatir prácticas de corrupción, clientelismo o despilfarro, públicas o privadas, del todo rechazables. Solo de la construcción de esa nueva cultura de la gestión pública y de relación con lo público basada en la integridad, de la acción en positivo para ello, surgirá un combate eficaz de tales prácticas, desterrándolas en la mayor medida posible de nuestra sociedad (...)».*

Con estas premisas, mediante Decreto 90/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, se modificó la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, transformándose el Servicio de Contratación Administrativa de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización en la Oficina de Contratación Pública, con el fin de asumir las nuevas funciones de supervisión, coordinación y asistencia que exige el nuevo marco normativo creado por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

En virtud de dicho Decreto, corresponde a la Oficina de Contratación Pública, bajo la superior dirección del Director General de Contratación, Patrimonio y Organización:

a) Proporcionar orientación a los órganos de contratación sobre la aplicación de la normativa en materia de contratación pública al objeto de dar respuesta a las dificultades que plantee la aplicación de la misma, así como para planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación.

b) Canalizar las consultas que planteen los operadores económicos hacia el órgano de contratación para facilitar su participación en los procedimientos de adjudicación.

c) La organización, mantenimiento, explotación y certificación de datos del Registro Público de Contratos de la Comunidad Autónoma de Aragón y del Registro

de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como la coordinación de éste último con el registro oficial de licitadoras y empresas clasificadas del Estado.

d) *La elaboración del Informe de supervisión a que se refiere la normativa sobre contratación pública.*

e) *La dirección de un grupo de trabajo para asegurar la coordinación de criterios interpretativos sobre la normativa de contratos públicos, y en particular, para la actualización de los Pliegos-tipo de cláusulas administrativas particulares.*

f) *La planificación y coordinación de la reserva de contratos por los órganos de contratación del sector público de Aragón.*

g) *Las funciones de apoyo administrativo al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al órgano colegiado con funciones consultivas en materia de contratación pública y al Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.*

h) *El seguimiento y, en su caso, apoyo a los proyectos de compra pública de innovación que impulsen los diferentes Departamentos.*

i) *La determinación y validación de los sistemas de contratación pública electrónica que hayan de implantarse y la coordinación de las plataformas de acceso electrónico que integren la información en materia de contratación pública».*

Todas estas funciones responden al objetivo de crear un sistema de gobernanza de la contratación pública en nuestra Comunidad Autónoma, que se concreta en una organización al servicio del ciudadano.

Por lo que respecta a la función de «Proporcionar orientación a los órganos de contratación sobre la aplicación de la normativa en materia de contratación pública al objeto de dar respuesta a las dificultades que plantee la aplicación de la misma, así como para planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación», cabe destacar que para que esa «labor asistencial» se lleve a cabo de manera plena y efectiva, el objeto de las consultas puede recaer tanto sobre cuestiones de interés general en relación con la interpretación de la normativa en materia de contratación administrativa, como sobre aspectos concretos o controversias derivadas de la preparación, adjudicación, efectos o extinción de un determinado contrato.

El criterio de la Oficina tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de fiscalización que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, ni a la decisión final que adopte el órgano de contratación en el caso concreto. La respuesta no eximirá, por tanto, de la solicitud de otros dictámenes o informes preceptivos que deban producirse en el correspondiente procedimiento, ni impedirá que se soliciten otros informes facultativos que se consideren oportunos.

Junto a esta labor asistencial, corresponde a la Oficina «e) *La dirección de un grupo de trabajo para asegurar la coordinación de criterios interpretativos sobre la normativa de contratos públicos, y en particular, para la actualización de los Pliegos-tipo de cláusulas administrativas particulares».*

Los Pliegos Tipo ya están adaptados a la nueva LCSP y se encuentran disponibles en la web del Gobierno de Aragón (17), para obras, suministros y servicios en sus modalidades de procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, procedimiento abierto simplificado, y el procedimiento supersimplificado o sumarísimo del artículo 159.6 LCSP. En su elaboración, con carácter general y en aras de una mayor simplificación, se han eliminado en aspectos complementarios las cláusulas que reproducían literalmente el contenido de la ley.

2. LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

En una materia sujeta a una legislación tan compleja y cambiante como es la contratación administrativa, que genera para los operadores jurídicos frecuentes dudas en su aplicación, es incuestionable el papel fundamental que juega la doctrina emitida por los órganos consultivos. Con sus cualificadas opiniones contribuyen a establecer criterios operativos de resolución de problemas que suelen manejarse, con la fuerza del precedente administrativo, por los distintos órganos de contratación a la hora de enfrentarse a un conflicto interpretativo.

El artículo 328 de la LCSP regula la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y hace referencia a los órganos consultivos en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, sus organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio.

Dentro de su función consultiva le corresponde, con carácter preceptivo, informar:

- *Proyectos y anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación administrativa.*
- *Propuestas de Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales.*
- *Inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de estipulaciones contrarias a las contenidas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales.*
- *Pliegos de Prescripciones Técnicas Generales.*

(17) <http://www.aragon.es/Contratacion>. Actúa como «Ventanilla única» en materia de contratos públicos en nuestra comunidad autónoma, pues contiene toda la información relativa a la contratación autonómica en un único sitio web.

- *Autorización del Gobierno de Aragón para la celebración de contratos con personas no clasificadas, cuando la clasificación fuera exigible.*
- *Elevación o disminución del presupuesto determinante de la exigencia de clasificación en el trámite de audiencia conferido a la Comunidad Autónoma de Aragón.*
- *Modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación y sus modificaciones.*

Le corresponde, además informar, a solicitud del órgano de contratación, la proposición que se presuma no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias; informar otras cuestiones en materia de contratación administrativa, y adoptar criterios sobre la aplicación de las normas en materia de contratación administrativa.

El proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón modifica la denominación de este órgano de naturaleza consultiva, que pasará a designarse Junta de Contratación Pública. A él corresponderá, transitoriamente, hasta la constitución de la Agencia de Integridad y Ética Públicas, la aprobación del informe de supervisión de la contratación pública.

V. LA FUNCIÓN DE CONTROL: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS Y PROFESIONALIZACIÓN DE SUS MIEMBROS

Sin perjuicio de la relevancia del control interno de la contratación pública que es ejercido por la Intervención General, destacaremos en este apartado la figura del control externo como elemento definidor del sistema de Gobernanza de la contratación pública en Aragón, que es ejercido por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Fue creado por Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, como órgano colegiado especializado, adscrito orgánicamente al Departamento competente en materia de contratación pública, que goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación.

Desde su creación en 2011 hasta la actualidad, sus competencias materiales han ido progresivamente aumentando como consecuencia de la rebaja de los umbrales económicos a partir de la cual los contratos públicos pueden ser susceptibles del recurso especial en materia de contratación pública, regulado inicialmente en los artículos 40 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La Ley 10/2012, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, situó esos umbrales

en un millón de euros para los contratos de obras y en cien mil euros para los contratos de servicios y suministros, y la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética públicas, los ha situado en 200.000 euros para los contratos de obras y en los 60.000 para los de suministros y servicios. La misma Ley 10/2012 extendió a las modificaciones contractuales la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

En la actualidad, el Tribunal asume nuevas competencias al considerar la LCSP a los encargos de ejecución a medios propios como actuaciones susceptibles de recurso especial.

A pesar de que se trata de un órgano inicialmente concebido para integrarse por miembros que desempeñarían su función en régimen de dedicación exclusiva y con carácter retribuido, esto no fue así hasta el año 2017, de tal manera que sus integrantes compaginaban el desempeño de sus correspondientes puestos de trabajo en la Administración a la que pertenecieran con su condición de miembros del Tribunal. Situación transitoria que venía amparada por la Ley 10/2012, 27 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que modificó algunas cuestiones relativas a la composición, incompatibilidades y retribución de los miembros del Tribunal para permitir que compatibilizasen su tarea con su puesto de trabajo en la Administración a la que perteneciesen.

No obstante, esta situación no ha mermado en absoluto la independencia del órgano. Según la memoria de actividades del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la tasa de éxito del recurso especial en materia de contratación —que expresa el porcentaje de estimación total y parcial en relación con los asuntos resueltos en los que hay un pronunciamiento de fondo (excluyendo, por tanto, inadmisiones y desistimientos) (18)— alcanzó en 2016 el 31,91 por ciento (esta tasa se situó en el 35,19% en 2013, 35,06% en 2014 y 41,67% en el año 2015). Este dato pone de manifiesto la validez del modelo y la independencia real de sus miembros.

Sin embargo, en atención a las nuevas funciones y al posible volumen de recursos, el Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, establece dichos miembros pasen a desempeñar sus funciones con carácter exclusivo.

La LCSP trae relevantes novedades en relación al recurso especial, en concreto la bajada de los umbrales, que como afirma Gimeno Feliú, la exten-

(18) Concepto elaborado por Miguel Ángel Bernal Blay en «El sistema de tutela de la buena Administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013, pp. 189-216.

sión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado es muy relevante, «pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración» (19).

Otra novedad que introduce la LCSP, es que permite la creación de otros órganos de recurso especial, radicados en las Diputaciones Provinciales y en los municipios de gran población de Aragón. No es una medida exenta de polémica en cuanto a su pertinencia, pero en cualquier caso estos futuros tribunales deberán contar con las mismas garantías de colegialidad, independencia y especialización que se predicen del órgano autonómico, cuya jurisdicción alcanzará al resto de entidades locales.

Por otro lado, y en consonancia con la normativa comunitaria y estatal, el proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón introduce la tramitación exclusivamente electrónica de los recursos y reclamaciones que se presenten ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

VI. SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es indudable que la supervisión constituye uno de los elementos centrales del sistema de Gobernanza en la contratación. Si bien las Directivas y la normativa básica estatal van más encaminadas a la realización de una supervisión estadística, no material, de la actividad contractual, no es menos cierto que su regulación es prolija —quizá demasiado— (20) y da un paso adelante en la materia.

Destaca la creación de la Oficina Independiente de Supervisión y la Estrategia Nacional de Contratación. La primera velará por la correcta aplicación de la legislación, promoverá la concurrencia y combatirá las ilegalidades en relación con la contratación pública. Elaborará un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y aprobará

(19) GIMENO FELIÚ, José María. *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

(20) Vid. artículo de opinión «¿Mejor gobernanza de la contratación del sector público? ¿O sobreregulación y saturación de controles?», de Julio Tejedor Bielsa, en *espublico blog*, el 19 de enero de 2018 (<http://www.administracionpublica.com>).

la Estrategia Nacional de Contratación. Esta Estrategia pretende combatir la corrupción y profesionalizar a los agentes públicos que intervienen en la contratación, basándose en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público.

Como afirma GIMENO FELIÚ (21), «la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que este organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas —además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos— lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas —que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática— conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública».

1. El informe de supervisión

A pesar de las novedades introducidas por la LCSP, hay que recordar que, en Aragón, la Ley 3/2011, tras su modificación por la Ley 5/2017, de Integridad y Ética públicas, ya incluye la realización de informes de supervisión de contratación pública, que elaborará la Oficina de Contratación pública y aprobará posteriormente la Junta Consultiva de Contratación. Su artículo 26 dispone ahora que «cada dos años, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma elaborará un informe de supervisión de la contratación pública que presentará al Gobierno. Dicho informe dará

(21) Gimeno Feliú, José María (2017) «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública», El Consultor de los Ayuntamientos, N° 23, Sección Especial / A fondo, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2782/2017, pág. 2782, Editorial Wolters Kluwer. Estudio enmarcado en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos».

cuenta de las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la normativa de contratación pública o de inseguridad jurídica, así como sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación»

Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de Gobernanza a las que se refiere la LCSP, y con el único objetivo de reforzar los controles sobre la actividad contractual pública en el sentido requerido por el Consejo de la Unión Europea.

A este respecto cabe destacar que el 15 de febrero de 2018, cumpliendo rigurosamente los plazos exigidos por el Ministerio de Hacienda, Aragón remitió toda la información necesaria para la realización del informe de supervisión previsto en el artículo 328.4 de la LCSP, utilizando para ello la aplicación del Estado «Gobernanza-Contratación» (22). Dicha aplicación fue elaborada junto con un cuestionario electrónico, a fin de coordinar el cumplimiento de las obligaciones de información y elaborar el informe, para recopilar más ágilmente la información necesaria y facilitar su posterior tratamiento.

El 17 de abril de 2018, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado del Estado, aprueba y remite a la Unión Europea el primer informe de supervisión de la contratación pública en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328.4 de la LCSP (23). El ámbito del informe son los contratos SARA celebrados en España por todos los poderes adjudicadores de todos los sectores —estatal, autonómico y local— en el año 2017 (hasta el 15/12/17), salvo los celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad (24)

(22) Aplicación aprobada por Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Subsecretaría, por la que se aprueban la aplicación informática y el cuestionario electrónico necesarios para elaborar el informe a que se refiere el artículo 328.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

(23) El artículo 328.4 LCSP dispone que «(...) la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 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...».

(24) De los datos obrantes en el primer informe de supervisión, se extrae la siguiente información:

- 1) Contratos adjudicados (y valor de la contratación —en millones de euros-):
- 2) Sector público estatal: 2.743 (906 mill.);
 - Sector público Autonómico: 10.105 (7.563 mill.);
 - Sector público Local: 3.355 (4.395 mill.);
 - Recursos especiales presentados: 2.679. Periodo medio del procedimiento de resolución: 38.8 días.
- 3) Participación de PYMES: Porcentaje (67%); N° de contratos (13.075); Valor (4.957 mill.).

La Comisión Europea elaborará después su propio informe con los resultados de los informes de los Estados Miembros.

El proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la contratación pública en Aragón atribuye a la Agencia de Integridad y Ética Públicas la competencia de elaborar este informe de supervisión de la contratación pública en la Comunidad Autónoma.

2. La Agencia de Integridad y Ética Públicas

La Agencia de Integridad y Ética Públicas se crea por la Ley 5/2017 como ente público que constituye uno de los instrumentos fundamentales para la promoción y garantía de la integridad y la ética públicas en Aragón. Desarrollará funciones de investigación y evaluación de políticas públicas y disposiciones legales, colaborando para ello con cuantas instituciones, órganos y autoridades ostentan competencias similares. Dependerá directamente de las Cortes de Aragón y asumirá las competencias establecidas en la ley para la garantía, coordinación e impulso de la integridad y la ética públicas, según se establece en su artículo 8.

El proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la contratación pública en Aragón atribuye a esta Agencia, cuando se constituya, las obligaciones de supervisión de la contratación pública respecto de todas las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación. Asumirá como órgano equivalente las competencias y funciones asignadas en el sector público estatal a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

En concreto, le corresponderán a la Agencia de Integridad y Ética Públicas las siguientes funciones:

- a) Velar por la correcta aplicación y el estricto cumplimiento de la legislación de la contratación pública, a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.
- b) Promover la concurrencia en la contratación pública, el respeto a los principios de publicidad y no discriminación, concurrencia, integridad y eficiencia de los fondos públicos en la contratación, y el seguimiento de las buenas prácticas.
- c) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

4) Otros datos (A consultar): Contratación pública socialmente responsable; Entidades que no han remitido información o cuya información no ha sido validada, órganos y organismos de supervisión de la contratación pública, etc.

Para el cumplimiento de estas funciones, se prevé que pueda realizar encuestas e investigaciones, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes o cualquier información que aquella les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado. Podrá, igualmente, remitir informes, a la vista del resultado de las encuestas e investigaciones a las Cortes de Aragón o, en su caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón; y podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Agencia. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación.

En cuanto al informe de supervisión, será elaborado por la Agencia y remitido a Las Cortes de Aragón cada dos años. Este informe dará cuenta, entre otros contenidos, de las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la normativa de contratación pública o de inseguridad jurídica, así como sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, si las hubiere.

Las funciones de supervisión se realizarán sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Cámara de Cuentas de Aragón, al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, a la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón y los órganos equivalentes de la Administración local, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y a los órganos de recurso que se creen en el ámbito de la Administración Local. A estos efectos, dichos órganos colaborarán con la Agencia de Integridad y Ética Públicas para la obtención de la información necesaria para que dicha Agencia pueda cumplir con las funciones que tienen encomendadas.

En el caso de que la Agencia de Integridad y Ética Públicas tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción administrativa, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos la Cámara de Cuentas de Aragón y el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

VII. CONCLUSIÓN

En el actual contexto sociopolítico en el que nos encontramos, el buen gobierno se convierte en actor principal en la ardua tarea de devolver al ciudadano la confianza en las instituciones. Una adecuada política de contratación pública contribuirá de manera definitiva a recuperar tanto esa credibilidad como la estabilidad de las economías, estableciendo normas y actuaciones orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de obras, bienes y servicios, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Con la transposición de las Directivas de cuarta generación y la actual regulación estatal, se conforma *«un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza pública que puede servir para «atacar» el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal) (...) La nueva regulación de los contratos públicos en España parece avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivota sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración»* (25).

La Comunidad Autónoma de Aragón no se queda atrás en este nuevo concepto de gestión, pues plantea un sistema de Gobernanza de la contratación pública que no se entiende sin elementos como la transparencia, la rendición de cuentas y la supervisión y el control de los contratos públicos, con importantes herramientas al servicio de tales fines, y que es pionero en muchos aspectos e iniciativas sin abandonar la línea de las exigencias de la Comisión Europea para esta importante política.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2013): «Gobernanza Europea», en esta REVISTA 2013, Monográfico XIV, *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XX*, pp. 19 a 50.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2013): «El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un

(25) Vid. GIMENO FELLÚ: Artículo de opinión ObCP «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública», 23/10/2017.

- mejor aprovechamiento», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.160, octubre-diciembre 2013, pp. 189-213.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio (2015): «Contratación pública electrónica: un instrumento de buen gobierno», en *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, 2015, pp. 241-258.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)», en número monográfico especial Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, Jose María (2017) «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 23, Sección Especial / A fondo, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2782/2017, pág. 2782, Editorial Wolters Kluwer. Estudio enmarcado en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos».
- MORENO MOLINA, J.A (2014): «La nueva Directiva sobre contratación y su incorporación al Derecho español», en *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014, p. 17.
- MORENO MOLINA, J. A. (2017): «Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente Legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 204, pp. 343-373.
- OLLER RUBERT, Marta (2015): «Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia», en *Contratación administrativa práctica*, 135, número especial dedicado a «Transparencia vs. Corrupción»,
- YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo: «Contratación pública electrónica obligatoria», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 23, Sección Especial / Tribuna, Quincena del 15 al 29 Dic. 2017, Ref. 2904/2017, pág. 2904, Editorial Wolters Kluwer.

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

MARÍA TERESA ROYO MANERO

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. ASPECTOS COMUNES: 1. *El anuncio de licitación.* 2. *Las mesas de contratación.* 3. *Los sobres.* 4. *La clasificación.* 5) *Adjudicación y formalización.* III. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Un clásico: el procedimiento abierto: A) El procedimiento abierto simplificado. B) La gran novedad: el procedimiento abierto simplificado «abreviado».* 2. *El procedimiento restringido.* 3. *El conflictivo: el procedimiento negociado.* 4. *La representación de la modernidad: el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.* 5. *El controvertido contrato menor.*– IV CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los procedimientos de adjudicación constituyen una de las fases más importantes de la vida de un contrato. La nueva ley sobre materia de contratación pública adapta, mejora y en algunos casos complica los procedimientos de adjudicación ya existentes, de acuerdo con la Directiva 24/2014/UE. Este pequeño estudio plantea un análisis general de cada procedimiento, intentando aclarar algunas de las novedades que introduce la nueva norma.

Palabras clave: contrato; licitación; procedimiento de adjudicación; transparencia; empresas.

ABSTRACT: *The procurement procedure procedures constitute one of the most important phases of the life of a contract. The new law about public procurement improves and in some complicate cases existing adjudication procedures, in accordance with Directive 24/2014 / EU. This small study proposes a general analysis of each procedure, trying to clarify some of the novelties introduced by the new norm.*

Key words: *contract; tender; procurement procedure; transparency; companies.*

I. INTRODUCCIÓN

Una buena obra dramática que se precie requiere de un comienzo que atraiga la atención y de una emocionante trama que mantenga el interés hasta el final para acabar con un brillante desenlace. Todo debe transcurrir en un

periodo de tiempo razonable que mantenga la atención del espectador. Así debería suceder con la contratación pública. El legislador y los gestores deberían centrar la atención tanto en la forma como en el contenido de la preparación del expediente y de la ejecución de las prestaciones por parte del contratista, dejando la licitación como un desarrollo más o menos complejo del proceso de contratación. Sin embargo, esto no es así. Progresivamente, la legislación en materia de contratación pública, y en especial la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), ha ido detallando hasta el extremo todos y cada uno de los pasos que es necesario dar a lo largo de un procedimiento de adjudicación, manteniendo una regulación bastante escasa de la preparación del contrato y sobre todo de la fase de ejecución.

Desde una perspectiva general, el contrato empieza mucho antes del proceso de adjudicación. Un contrato comienza con la preparación de los pliegos y del expediente, puesto que de esta documentación depende el éxito del proceso que concluye con la realización de la prestación y la liquidación.

Los procedimientos de adjudicación, sin duda alguna, son importantes ya que a través de ellos se selecciona al contratista. Es el medio para alcanzar un fin de acuerdo con los principios de igualdad, transparencia, objetividad y eficiencia. Sin este medio, quiebran los principios citados y se abre una peligrosa puerta que puede conducir hacia una preparación y ejecución a medida de otros intereses que dejen en segundo plano las necesidades reales que demandan la atención del sistema público.

II. ASPECTOS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS

Todos los procedimientos comparten en mayor o menor medida hitos fundamentales en la tramitación del expediente, puesto que su importancia va indisolublemente asociada al cumplimiento de la legalidad esencial.

El análisis de los procedimientos de adjudicación no es tarea sencilla, puesto que su regulación implica un ejercicio de composición consistente en el encaje de las piezas de un puzzle que se encuentran dispersas por todo el articulado de la ley.

La LCSP dedica la Sección 2.^ª, del Capítulo I dentro del TÍTULO I, en el Libro II, dedicado a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. En esta sección encontraremos las normas generales que se aplican a todos los procedimientos de licitación que a continuación se aborda, continuando con otras normas generales aplicables a la fase de ejecución y extinción del contrato.

Aunque no es el objeto del presente trabajo abordar cuestiones de técnica legislativa, lo cierto es que para entender la estructura de un procedimiento

de contratación completo es imprescindible tener claros los pilares indispensables en cada fase, sin perjuicio de los numerosos matices y excepciones que reconoce la ley.

Estos pilares son: el anuncio de licitación, los sobres donde se incluyen las proposiciones de los licitadores, la clasificación de ofertas, la adjudicación y la formalización del contrato.

1. El anuncio de licitación

La publicidad de las actuaciones propias de la Administración a lo largo del procedimiento se ha reforzado hasta tal extremo que su ausencia puede provocar la nulidad de pleno derecho del expediente. El perfil de contratante y la Plataforma de Contratos del Sector Público se han convertido en el único medio de comunicación oficial para llevar a cabo todas las actuaciones, en el ámbito estatal, autonómico y local.

El anuncio de licitación es vital para el desarrollo del proceso. Supone la comunicación oficial por la que la Administración Pública decide contratar y la puesta a disposición de las empresas de la documentación necesaria para presentar oferta. Es un hito tan importante que marca el desarrollo posterior de las actuaciones, los plazos y la viabilidad de todo el expediente. Sin anuncio de licitación no hay procedimiento, aunque esta afirmación tiene notables excepciones.

Con carácter previo al anuncio de licitación, con diferente grado de exigencia, es posible publicar el denominado *anuncio de información previa* para dar a conocer las necesidades que demanda la Administración, poniendo en alerta al mercado, con el fin de favorecer la concurrencia y competitividad empresarial. Aunque es un medio que permite sondear al mercado para valorar el interés sobre un determinado contrato, su principal atractivo reside en la reducción de plazos permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos

2. Las mesas de contratación

El artículo 326 LCSP aborda una regulación controvertida de las mesas de contratación, quizá con el ánimo de reforzar su independencia frente a cualquier posible amenaza, para poder ejercer las funciones que tiene atribuidas, de forma totalmente imparcial, objetiva y justa, pero cuyo acierto está por comprobar en particular. Se trata de un precepto que no tiene carácter básico, de modo que el legislador autonómico tiene una buena oportunidad para replantear cuestiones que son significativamente restrictivas.

En todos los procedimientos de contratación, a excepción del negociado sin publicidad y del abierto simplificado abreviado, se requiere la presencia de este

órgano de asistencia. Sus funciones se describen a lo largo de toda la ley y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, todavía en vigor y no contradictorio en muchos aspectos con la nueva regulación. Entre las actuaciones más importantes, podemos destacar la calificación la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, la valoración de las proposiciones de los licitadores o realizar la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor de la mejor oferta.

Se mantiene la estructura tradicional de las mesas de contratación con la presencia imprescindible de un presidente y un secretario, así como la asistencia letrada junto con el interventor de la Administración correspondiente, y los vocales que se determinen. Sin embargo, la nueva ley introduce unos requisitos de cualificación controvertidos y muy discutibles, que afectan de forma directa al personal funcionario interino al igual que al personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica.

La voluntad que subyace en estas discutibles prescripciones es la de garantizar una valoración absolutamente objetiva de las proposiciones, de modo que ninguna circunstancia personal o profesional pueda influir en la decisión que se adopte, pero partiendo del principio de presunción de culpabilidad. Paradójicamente, la mesa de contratación que debe asesorar al órgano de contratación, se puede llegar a convertir en un ente totalmente ajeno al expediente gracias a la sospecha general y no fundada que pone en entredicho la profesionalidad del personal que prepara y gestiona la ejecución del contrato, prescindiendo de su conocimiento directo.

3. Los sobres

En todos los procedimientos de contratación, los licitadores interesados deben presentar la proposición y toda la documentación que se requiera en sobres, carpetas, archivadores o cajas etc... claramente identificados en el exterior. Podemos encontrar un único sobre en el que introducir toda la documentación (procedimiento abierto simplificado sin criterios subjetivos y procedimiento abreviado), o también en dos o tres sobres entre los que se reparta la documentación administrativa, técnica y económica correspondiente y perfectamente separada para no intentar influir en las valoraciones de forma inadecuada.

La doctrina y numerosa jurisprudencia han asentado el principio antiformalista en el modo de presentación de las proposiciones. Este requisito tan sencillo en su descripción que provoca una buena parte de los recursos que dirigen los licitadores frente a exclusiones del procedimiento. La mayor parte de las veces suelen ser exclusiones correctamente realizadas por introducir documentación

incorrecta en cada uno de los sobres, por error, o con ánimo de anticipar su oferta. Sin embargo, la práctica diaria todavía pone en dificultades a las mesas de contratación a la hora de abrir las proposiciones.

El impulso que supone la LCSP a la administración electrónica implica que las comunicaciones de las empresas se hagan en formato electrónico, de modo que la presentación de ofertas también debe considerarse como una exigencia de inmediato cumplimiento por parte de la Administración Pública, que debe articular los medios necesarios para implantar la licitación electrónica total, que permita la presentación de sobres electrónicos con las garantías de confidencialidad que se exigen.

4. La clasificación de ofertas

Los trámites esenciales en todos los procesos de licitación, tal como la adjudicación y la formalización del contrato, requieren de un acto previo de clasificación de ofertas por orden de puntuación decreciente que proponga al adjudicatario para que el órgano de contratación —una vez verificado el cumplimiento de requisitos previos a través del servicio gestor— dicte la resolución de adjudicación para acabar con la firma del contrato entre las partes.

En principio es un acto necesario y sencillo, una vez visto el informe de valoración de ofertas con las puntuaciones finales. Sin embargo, en algunas ocasiones, el legislador ha llevado a la confusión práctica a la hora de considerar las ofertas incursas en temeridad cuando el único criterio de adjudicación era el precio. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón e su informe 3/2017, de 5 de abril, sobre clasificación y valoración de las ofertas en los procedimientos de licitación en que existen ofertas anormales o desproporcionadas, aclara que, en todo caso, deben quedar al margen de la clasificación todas las ofertas excluidas por no estar justificada la temeridad. Sin embargo, el procedimiento abierto simplificado, como veremos, reorganiza los trámites de tal manera que complica la solución en torno a la baja temeraria, ya que en principio se clasifican todas las ofertas y después se examinan las que hayan resultado anormalmente bajas, con posibilidad de exclusión. La puntuación de una oferta a la que se excluye finalmente del procedimiento, sin duda no parece coherente, y puede tratarse de un conflicto más teórico que real, pero queda una zona de sombra entorno a la posible alteración del orden de clasificación en que hayan quedado todas las empresas.

5. Adjudicación y formalización

Si hay un acto fundamental en todos los procedimientos es la resolución de adjudicación, acto formal y expreso por el que el órgano de contratación

decide cuál es la mejor oferta, a propuesta de la mesa de contratación, que se produce una vez verificado por el servicio gestor correspondiente que la empresa que ha presentado la mejor oferta acredita todos los requisitos previos que ha declarado cumplir.

Es un acto tan importante que se debe notificar a todos los licitadores, los excluidos y los no excluidos, indicando no sólo el resultado sino también los motivos por los que se ha excluido su oferta, así como todos los detalles de la mejor proposición. La resolución debe publicarse en el perfil de contratante con carácter obligatorio.

Toda esta información se facilita a fin de permitir la interposición de recurso especial fundado, garantizando la total transparencia de la valoración de ofertas. La importancia es tal, que la interposición de recurso especial en materia de contratación conlleva la suspensión automática del procedimiento hasta su resolución.

Es comprensible que se habiliten todos los medios disponibles en materia de transparencia para verificar que toda decisión administrativa se ajusta a la legalidad vigente, pero considerando las obligaciones establecidas en torno a la adjudicación que se detallan en el artículo 151 LCSP, quizá la comunicación a candidatos y licitadores que se recoge en el artículo 155 resulte excesiva (por no decir, reiterativa o vacía de contenido), puesto que reproduce en formato de comunicación, todas las obligaciones que se han ido notificando, a lo largo del procedimiento.

La formalización, en cambio, constituye el acto final y solemne por el que se perfecciona el contrato en el sentido más civilista de la palabra. Nos lo recuerda el artículo 36.1 LCSP, con alguna excepción. Las obligaciones entre las partes nacen desde este momento, y por tanto son exigibles de acuerdo a lo estipulado en el mismo. No podemos reclamar el inicio de la ejecución del contrato entre la adjudicación y la formalización. Tampoco la empresa puede solicitar el pago u otras contraprestaciones en ese lapso de tiempo.

Las obligaciones de transparencia alcanzan esta fase, de modo que deberán publicarse en el perfil de contratante los documentos correspondientes, aunque ante el posible conflicto con el principio de confidencialidad que pueda implicar, excepcionalmente podrá prescindirse de la difusión de algunos datos de carácter reservado que obren en los mismos.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los procedimientos de adjudicación son un medio para alcanzar un fin, son una herramienta que debemos saber utilizar y cuya elección adquiere especial

relevancia puesto que puede condicionar toda la licitación, resultado incluido. No todos los procedimientos valen para todo fin. Quizá este haya sido el principal problema de las licitaciones, un error en la selección del procedimiento puede conducir directamente a la opacidad y de ahí al problema, aunque se haya adjudicado a la mejor oferta de todas las presentadas.

El artículo 131 LCSP reconoce cinco procedimientos de adjudicación a los que clasifica como ordinarios y extraordinarios. Entre los primeros se encuentran el procedimiento abierto, con todas sus modalidades, y el procedimiento restringido. En la categoría de procedimientos extraordinarios se mantiene el cuestionado procedimiento negociado, con y sin publicidad, el diálogo competitivo y la novedosa asociación para la innovación. Mención aparte merece el concurso de proyectos y el contrato menor que se ha convertido en el procedimiento de adjudicación más polémico de la nueva ley debido a las novedades introducidas en su regulación y a las numerosas y dispares interpretaciones que está generando.

1. Un clásico: el procedimiento abierto

El procedimiento abierto debería ser el procedimiento más utilizado entre las Administraciones Públicas ya que, de acuerdo con su definición, cualquier empresa interesada en el contrato puede presentar oferta ajustándose a las prescripciones establecidas en los pliegos. No hay negociación, ni diálogo con las mismas. Con estas características se podría concluir que no hay procedimiento más transparente para la Administración y para el mercado. Ciertamente, es así. El procedimiento abierto es el modelo a seguir cuando la Administración conoce perfectamente qué necesita, qué sectores empresariales están implicados o cuál es la relación entre oferta y demanda tanto en el ámbito público como privado para valorar las prestaciones. Sin embargo, la realidad obliga a replantear en multitud de ocasiones la utilización de este procedimiento.

Existen actualmente diferentes bases de datos que permiten tener una visión aproximada de esta realidad. En Aragón es posible hacer una rápida comprobación estadística a través del Portal de Transparencia (<http://transparencia.aragon.es/>) revisando todas las licitaciones de cualquier ejercicio. También en el ámbito estatal, se puede acceder a una base de datos que gestiona el Ministerio de Hacienda y Administración Pública (<http://transparencia.gob.es/>). Los resultados que ofrecen son valorables comparando no sólo el número de contratos según el procedimiento elegido sino también considerando la cuantía de las adjudicaciones realizadas.

A pesar de todo, el procedimiento abierto es el patrón que sirve para construir los demás, debido a las garantías de las que está rodeado. No obstante, no se puede obviar su principal obstáculo: el tiempo de tramita-

ción. A pesar del intento de reducción de plazos en la LCSP, la estructura del procedimiento, junto con los incidentes que puedan aparecer a lo largo del mismo, provocan como mínimo un proceso que dura unos 6-8 meses en el mejor de los casos. Si se añade la posibilidad de interposición de recurso en distintas fases, la valoración de posibles bajas temerarias —sin contar la complejidad de valoración de ofertas y trámites intermedios como puede ser la fiscalización— es muy probable que haya pasado un año y todavía no hayamos logrado formalizar el contrato.

Sin duda, existen muchas otras razones por las que se deriva la contratación hacia otros procedimientos, pero el tiempo pesa mucho en un horizonte condicionado por programas de políticas públicas a corto plazo y sometido a elecciones periódicas.

Desde esta circunstancia, tan obvia como conocida por el legislador, se construyen el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto súper simplificado, *abreviado* o *expres*, como se ha denominado en diversos foros. Ambos supuestos no dejan de ser modalidades de tramitación relativamente más sencillas que el procedimiento clásico —el abierto—, ya que no vamos a encontrar la misma posibilidad en ninguno de los demás procedimientos de licitación.

El procedimiento abierto está regulado en los artículos 156, 157 y 158 LCSP. En estos preceptos encontramos fundamentalmente una regulación de los plazos: para presentar ofertas, para su valoración y para adjudicar. Para estructurar el procedimiento en su totalidad, debemos hacer una composición que parte de la elaboración de los pliegos y del anuncio de licitación. Desde ese instante, se construye el proceso con el periodo para la presentación de ofertas y los elementos comunes que hemos visto anteriormente, esto es: apertura de sobres en actos separados, valoración de ofertas, clasificación, adjudicación y formalización.

El procedimiento abierto comienza con el plazo de presentación de ofertas, que sitúa como mínimos entre 35 días (30 días para concesiones) y 15 días en función de si estamos ante contratos sujetos a regulación armonizada o no. En todos los supuestos, estos plazos pueden reducirse si se pone a disposición de los interesados toda la documentación necesaria por medios electrónicos. Además, excepto para concesiones, todavía se puede reducir el plazo si hay anuncio de información previa o cuando haya declaración de urgencia del expediente. Esto supone pasar de un plazo mínimo de 35 días para presentar oferta a 15 días (26 días para concesiones) como mínimo.

La reducción de plazos que aporta la ley es importante dentro de la tramitación administrativa, pero no podemos olvidar que las empresas requieren de un tiempo necesario para preparar la oferta en función de la complejidad del contrato en el podemos encontrar varios lotes, con diferentes criterios de

adjudicación y prestaciones diferenciadas, de manera que estos plazos pueden resultar insuficientes y hasta perjudiciales para el fin perseguido, aumentando el riesgo de licitaciones desiertas o sin la debida concurrencia por un motivo secundario y que no afecta de modo sustancial al procedimiento. Es aconsejable dar un plazo adecuado y suficiente a las empresas para que preparen su estrategia en la licitación, fomentando el interés y la participación, que es la esencia del procedimiento abierto.

En los pliegos ya hemos determinado no sólo el procedimiento, sino también los criterios de adjudicación y cómo se van a presentar las ofertas, esto es, los sobres y cómo se van a valorar las proposiciones.

El artículo 157 concreta las funciones de la mesa de contratación, además de lo previsto en el artículo 326 LCSP entre otros preceptos sin olvidar el todavía vigente Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el que se regula la composición y funciones de las mesas de contratación.

En el procedimiento abierto es posible que los licitadores tengan que presentar la documentación en dos o tres sobres. En el primer caso, el sobre nº uno, contendrá la documentación administrativa que calificará la mesa de contratación en su primera reunión, mientras que el sobre nº dos contendrá la proposición económica y aquella sujeta a criterios de evaluación posterior u objetivos. Esta segunda mesa siempre tiene carácter abierto permitiéndose asistencia de público a la apertura como garantía de transparencia. En el segundo caso, si se han previsto criterios sometidos a juicio de valor, será necesario presentar tres sobres: uno con la documentación administrativa, otro con la propuesta a valorar subjetivamente por la mesa de contratación o por el comité de expertos y un tercero con la oferta económica. Cada uno de estos sobres se abrirá en acto independiente y con los plazos máximos que se establecen para poder subsanar en su caso y valorar ofertas, en total 20 días desde la finalización del plazo de presentación de ofertas o desde la apertura del sobre nº uno, algo escaso es función de la complejidad del expediente.

Para la valoración de ofertas, cuando se hayan previsto diferentes criterios de adjudicación, no sólo precio, la mesa de contratación cuenta con la posibilidad de solicitar cuantos informes técnicos se estimen procedentes, incluyendo a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

En el caso de haber previsto el precio como único criterio de adjudicación, la mesa de contratación seguirá existiendo a diferencia de lo que ocurre con las versiones simplificadas del procedimiento. Pero en coherencia con el

procedimiento abreviado, se podrá prescindir en este caso de la apertura pública únicamente si se ha previsto que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

Están previstos una serie de plazos máximos para adjudicar el contrato, salvo que los pliegos dispongan otra cosa y con posibilidad de ampliación hasta 15 días hábiles más en el supuesto de estar ante ofertas anormalmente bajas. La adjudicación debe producirse en 15 días desde la apertura de proposiciones, si el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio o en dos meses, cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o uno único si trata del menor coste del ciclo de vida. La consecuencia del retraso en la adjudicación es natural, el licitador podrá retirar su proposición.

En estos plazos, no sólo habrá que examinar la posible temeridad de ofertas, sino que también es necesario volver a los elementos comunes que hemos definido con anterioridad, esto es, una vez hecha la valoración, se clasificarán las ofertas y se propondrá adjudicatario, al cual se le requerirá para que presente la documentación acreditativa de requisitos previos, a efectos de su verificación. Si todo es correcto, entonces se dicta el acto de adjudicación, se notifica y una vez transcurrido el plazo para la posible interposición de recurso especial en contratos sujetos a regulación armonizada, entonces se formaliza el contrato, fase final de la licitación que señala el día en el que comenzará la ejecución del contrato.

Una vez con todas las piezas en su sitio, vemos que no estamos ante un procedimiento ni sencillo ni breve, pero lo suficientemente estructurado como para asegurar la transparencia y objetividad de la decisión adoptada.

A) El procedimiento abierto simplificado

No dedicaremos mucho al procedimiento abierto simplificado, puesto que es sobradamente conocido en Aragón. El artículo 159 está basado en la tramitación simplificada del procedimiento abierto que regula desde 20011 el artículo 10 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 24 de noviembre.

El procedimiento abierto simplificado sólo podrá ser utilizado para contratos con valor estimado igual o inferior a dos millones de euros, en caso de obras, o a 100.000 euros para servicios y suministros. Además, deberán adjudicarse con criterios fundamentalmente objetivos, ya que la ponderación de los criterios de juicio de valor no podrá superar el 25%, salvo para prestaciones de carácter intelectual, en donde se permite un incremento hasta el 45%.

El artículo 159 LCSP, en consonancia con la fuerte apuesta que hace el legislador por la contratación electrónica, agiliza trámites y cargas burocráticas, exigiendo la inscripción obligatoria de los licitadores en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público u órgano autonómico equivalente, a pesar de que su eficacia está demorada por la Disposición Transitoria Primera hasta el 9 de septiembre de 2018.

Sin embargo, debe cuestionarse el exceso regulador que lleva a relacionar las competencias y trámites que se atribuye a la posible mesa de contratación (su constitución es potestativa) alterando el orden del abierto ordinario de un modo poco coherente. Así ocurre con el examen de las ofertas anormalmente bajas, o en la referencia a trámites ordinarios como la fiscalización del compromiso de gasto por la Intervención, con una redacción poco afortunada.

B) La gran novedad: el procedimiento abierto simplificado «abreviado»

El procedimiento abierto simplificado abreviado, regulado en el apartado 6 del artículo 159 LCSP nace para reconducir los excesos que han provocado los contratos menores, evitando adjudicaciones directas, sin publicidad y recurrentes, pero manteniendo los trámites absolutamente esenciales del procedimiento abierto. El «abreviado» sólo podrá utilizarse para contratos de obras, servicios y suministros en las cuantías determinadas (obras de valor estimado inferior a 80.000 €, suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto prestaciones de carácter intelectual), adjudicándose exclusivamente con criterios objetivos medibles mediante fórmulas matemáticas.

Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Este requisito puede resultar algo desconcertante en cuanto a su determinación. El artículo 159.6 no aclara si esta exención sólo afecta a la acreditación documental o a la posesión en general. En su último apartado remite en todo lo no previsto al procedimiento abierto simplificado, en donde encontramos algo más de confusión. En el apartado 4 del mismo precepto se exige al licitador una declaración responsable en la que manifieste que cuenta «*con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad*».

Entonces, ¿cuál es la solvencia adecuada? Con una primera interpretación podríamos valorar que los licitadores no deben poseer ni acreditar solvencia alguna por la propia configuración del procedimiento y por las cuantías máxima a las que está sometido. Sin embargo, desde otro punto de vista, también podríamos considerar necesario que el licitador esté en posesión de la solvencia, aunque no se requiera acreditación alguna para la adjudicación, pero se

trata de una circunstancia que debe mantener durante la ejecución del contrato, estando en disposición de justificar su capacidad cuando le fuera requerido.

Aunque ambas conclusiones son totalmente razonables, quizá resulte conveniente que sea la Administración quien delimite el concepto sobre la adecuación de solvencia para la licitación de cada contrato, no dejando en manos de los licitadores una valoración que puede añadir mayor incertidumbre a la fase de ejecución del contrato.

El procedimiento es totalmente electrónico, de modo que la oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico, valorándose conforme a criterios objetivos con aplicación de fórmulas matemáticas.

No caben en este procedimiento criterios subjetivos, ya que la valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos sin necesidad de la tradicional apertura pública de ofertas. También es posible que el órgano de contratación cuente con la colaboración de una unidad técnica, de modo que hace innecesaria la presencia de una mesa de contratación, aunque no define la configuración ni funciones de la unidad técnica auxiliar. Es posible que el futuro reglamento de desarrollo de la ley cubra esta laguna, aunque de momento, es posible tomar por referencia la presencia de estas unidades en el artículo 10 de la Ley 3/2011 citada con anterioridad.

En un último intento de supresión de trámites, elimina la garantía definitiva y la formalización del contrato en documento administrativo ya que podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

Considerado además que el plazo de presentación de ofertas no podrá ser inferior a diez días hábiles —a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante—, salvo para compras corrientes de bienes disponibles en el mercado en cuyo caso el plazo será de 5 días hábiles, podríamos creer que en quince días como mucho lograremos la adjudicación. El tiempo lo dirá, pero es probable que la tramitación sea algo superior a tres meses, lo cual no es despreciable, vista la ley en su totalidad.

2. El procedimiento restringido

Este procedimiento está calificado como ordinario, pero se utiliza de forma minoritaria quizá por la complejidad requerida para contratar prestaciones con cierto carácter habitual. Al igual que el procedimiento abierto, el restringido está pensado para la contratación de obras, servicios o suministros ciertos, por lo que la preselección de candidatos que implica no presenta grandes ventajas de tramitación para cuestiones ordinarias. Quizá por ello, la ley expresamente recomienda su uso para contratar servicios intelectuales

de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería.

La característica principal de este procedimiento es la limitación de la presentación de ofertas a través de una selección previa de los participantes. En una primera fase, cualquier empresa interesada en el procedimiento, remite únicamente su solicitud de participación para que pueda ser seleccionada por el órgano de contratación en atención a su solvencia, y en una segunda fase presente oferta. No existe negociación con ningún participante, por lo que la adjudicación se realizará siguiendo los criterios determinados en el pliego.

Se regula en los artículos 160 a 165 LCSP y como en todos, hay que hacer un ejercicio de composición para comprender su estructura. El anuncio de licitación determinará los aspectos básicos del contrato, con especial atención a los requisitos de solvencia, puesto que son el primer obstáculo a superar por el licitador, que en atención a los datos publicados, podrá presentar su solicitud de participación. El órgano de contratación deberá seleccionar a los candidatos adecuados conforme a los criterios de solvencia establecidos, siendo necesario que al menos existan cinco empresas a las que invitar. En el caso de no ser posible tener los candidatos necesarios, podrá continuar con el procedimiento, pero en ningún caso admitir a una empresa que no cumpla con los requisitos de solvencia.

Una vez determinadas las empresas, el órgano de contratación les invitará a participar formalmente, indicando la fecha límite para la recepción de ofertas; la dirección a la que deban enviarse; los criterios de adjudicación y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación; y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones y en todo caso se indicará como acceder a los pliegos, si no se hubiesen publicado en el perfil de contratante.

Para continuar, sólo basta volver al procedimiento abierto desde el inicio: una vez cumplido el plazo de presentación de ofertas, se valorarán en función de los criterios de adjudicación, y se seguirán los trámites ya visto para adjudicar y formalizar el contrato.

3. El conflictivo: el procedimiento negociado

Se ha escrito mucho acerca del procedimiento negociado, especialmente cuando se tramitaba sin publicidad y por razón de la cuantía como único motivo. El abuso en esta figura ha provocado una buena parte de la reforma legal que se ha producido con la nueva LCSP, de la que se pueden destacar, de entre muchas cuestiones, el refuerzo de la transparencia, publicidad y legalidad, eliminando sin consideración alguna el supuesto residual que se había convertido en la práctica generalizada de contratación. No podemos olvidar, que la Ley

3/2011 anteriormente citada, fue modificada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas para contener el uso irregular del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y con ausencia de negociación por su estrecha vinculación con casos destacados de fraude y corrupción.

La nueva ley LCSP transforma el procedimiento negociado partiendo de dos premisas: la primera implica la concurrencia de alguno de los supuestos tasados, tanto cuando sea con publicidad o sin ella; y la segunda, la regulación y constancia expresa en el expediente de una verdadera negociación.

La regla general parte de la publicidad, dando trato excepcional a los supuestos del artículo 168 que permiten prescindir del anuncio de licitación.

Los pliegos siguen siendo el documento fundamental de la licitación, razón por lo que además de las cláusulas habituales deberán recoger con claridad qué aspectos son los negociables y cuáles no, así como el procedimiento que se seguirá para negociar, garantizando transparencia, publicidad y no discriminación entre los licitadores que participen.

En ambos casos, con publicidad o sin ella, lo que debe existir es negociación. Con esta claridad lo recoge el artículo 169 LCSP, que por primera vez establece unas pautas a seguir en un ámbito realmente impreciso. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, (1) anticipó la estructura de la negociación para lograr reconducir este procedimiento hacia los supuestos en lo que tiene sentido su utilización.

El artículo 166 LCSP exige que el PCAP delimite el ámbito de negociación en torno a los aspectos económicos y técnicos del objeto del contrato en contraposición a los elementos de la prestación que constituyen los requisitos mínimos de todas las ofertas. Tampoco serán negociables los criterios de solvencia o de adjudicación.

No vamos a entrar en detalle con los supuestos que permiten el uso del negociado con publicidad o sin ella, pero de una rápida lectura de los artículos 167 y 168 LCSP podemos concluir que se trata de casos con especialidades o alternativos a la regla general en la que se encuadra la mayoría de necesidades que se puedan satisfacer dentro de la Administración Pública.

La particularidad en la tramitación de estos procedimientos, sin perjuicio de la publicidad, radica en la fase de negociación. Estamos ante una modalidad de procedimiento restringido que debe limitar la selección de empresas a las que se invitará a participar en la negociación que se lleva a cabo para ir progresivamente reduciendo ofertas hasta llegar a la final.

(1) Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado.

4. La representación de la modernidad: el diálogo competitivo y la asociación para la innovación

El diálogo competitivo y la asociación para la innovación son dos procedimientos de adjudicación particularmente complejos, en los que se ha depositado una gran esperanza por parte del legislador para fomentar desde la Administración Pública la innovación y participación de las empresas en la búsqueda de soluciones poco convencionales y altamente especializadas, en el marco de un mundo dominado por las nuevas tecnologías.

La principal diferencia entre el diálogo competitivo y la asociación para la innovación está en saber reconocer lo que se quiere contratar y, sobre todo, su disponibilidad en el mercado.

El diálogo competitivo comienza con la convocatoria del anuncio de licitación, por el que se da a conocer las necesidades que demandan soluciones cualificadas. Para ello, se facilitará un documento descriptivo del que partirán las empresas seleccionadas para configurar las ofertas, de acuerdo con el proceso de negociación y debate sobre las diferentes propuestas que dirige la mesa especial, cuya composición se inspira en la mesa de contratación, pero con un número mayor de personal especialmente cualificado en la materia objeto del contrato.

A lo largo de la fase de negociación es cuando, gracias al conocimiento de las empresas se llega a delimitar el objetivo a contratar, de modo que entre los participantes se va dando forma a las soluciones que finalmente se estimen más adecuadas. En ese momento es cuando se cierra el diálogo, y todas las empresas participantes en el mismo presentan su oferta final en condiciones de igualdad.

La adjudicación se realizará de acuerdo con varios criterios, pero resulta peculiar que la ley permita, antes de la adjudicación formal, volver a negociar la oferta ganadora con el candidato seleccionado a fin de adecuar el compromiso financiero u otras condiciones que confirmen la viabilidad del proyecto, sin modificar sustancialmente la oferta.

La asociación para la innovación surge de la necesidad de promover la inversión administrativa en la creación de productos, prestaciones u obras que no existan fomentando así actividades de investigación para la posterior comercialización del resultado obtenido. No deja de ser una fórmula de dinamización del mercado, en el que la Administración puede participar como uno de los actores principales.

La estructura del procedimiento parte del restringido y recuerda mucho al diálogo competitivo, con diferentes fases que nacen de la convocatoria para la selección de candidatos.

Al igual que en el diálogo competitivo, cualquier empresa interesada podrá remitir su solicitud de participación, para que, de acuerdo con los requisitos del pliego de cláusulas administrativas particulares (no un documento descriptivo propio del diálogo competitivo), el órgano de contratación haga selección según los criterios de solvencia y capacidad de los candidatos en los ámbitos de investigación y desarrollo, así como en la preparación de soluciones innovadoras

Los seleccionados, mínimo tres, recibirán una invitación para que presenten su proyecto de innovación e investigación conforme a las necesidades planteadas en el objeto del contrato.

A partir de aquí se inicia una fase de negociación con las empresas seleccionadas para que puedan presentar sus ofertas iniciales y posteriores hasta llegar a la definitiva

Concluida esta fase, el contrato no es adjudicado en los términos tradicionales, sino que nace la asociación entre la Administración y uno o varios socios que se comprometen a desarrollar las fases de investigación e innovación hasta llegar a la fabricación productos, prestación de servicios o realización de las obras.

La composición de esta asociación puede variar, ya que, en cumplimiento de objetivos previamente fijados, es posible que el órgano de contratación decida si resolver la asociación para la innovación o reducir el número de socios si son más de uno.

Parece lógico que, si se participa en la inversión de productos innovadores, se pueda participar de los beneficios de su explotación o comercialización en el ámbito público y privado. Aunque quedan muchas preguntas por resolver con respecto a este procedimiento, lo cierto es que la flexibilidad de la asociación para la innovación, articula la participación de la Administración en el ámbito mercantil tecnológico con las garantías necesarias relativas al control de la inversión, lejos del clásico sistema de subvenciones y ayudas a empresas.

5. El controvertido contrato menor

Para acabar esta revisión de los procedimientos de contratación vamos a dedicar merecida atención a la nueva regulación del contrato menor. Nunca un procedimiento tan pequeño había dado tanto de que hablar.

La escasa regulación que se hace del contrato menor en la nueva LCSP parte del anterior texto legal, pero con añadidos de última hora que han generado inquietud y mucha confusión en cuanto a su utilización.

Es necesario recordar la definición básica del menor que se deduce del artículo 118 en relación con el artículo 131.3 LCSP: se trata de un procedi-

miento de adjudicación aplicable a contratos de obras, suministros o servicios con valor estimado inferior a las cuantías determinadas con carácter máximo, no mínimo (hasta 15.000 € en servicios y suministros, y hasta 40.000 € en obras) y que no requiere más que una aprobación de gasto y la correspondiente factura, además del presupuesto de la obra en su caso. A esta mínima documentación se deberá incorporar un informe de necesidad de contratar que justifique entre otras cosas, que no se fracciona el contrato. No es necesario publicar un anuncio de licitación y no se requiere concurrencia alguna.

El contrato menor permite realizar adjudicaciones directas, sin previa licitación, por importes que pueden ir desde apenas unos céntimos hasta las cuantías máximas determinadas por la ley. Al menos, la ley 3/2011 antes referida, exige al menos la solicitud de tres ofertas cuando se supera el umbral de 6.000 € en suministros y servicios, y 30.000 en el caso de obras.

No obstante, debemos plantear cuántos supuestos están por debajo de estas cuantías, y no pronto percibimos la existencia de numerosos pequeños gastos de gestión ordinaria, que no demandan previsión ni acumulación para evitar fraccionamiento. Los sistemas de racionalización de la contratación, acuerdos marco o sistemas dinámicos gestionados a través de centrales de compra puede resultar una opción viable para canalizar esta situación, pero no ampara en su totalidad la multitud de gastos menores a los que todas las Administraciones Públicas deben hacer frente.

El artículo 118 en sus dos primeros apartados LCSP no permitían adivinar que la fatalidad acechaba en el siguiente apartado, con una redacción poco afortunada a pesar de la buena intención que se pretende deducir del mismo.

«En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º».

Esta redacción es la que está generando numerosas interpretaciones recabadas de diferentes órganos consultivos en materia de contratación a instancia de administraciones del ámbito local en su mayoría, en un intento desesperado por lograr una interpretación legal coherente que reconduzca la gestión administrativa diaria de cualquier entidad pública evitando la paralización del sistema.

La regla establecida en el artículo 118 LCSP pretende evitar el fraccionamiento de los contratos para eludir normas de publicidad y las adjudicaciones directas al mismo empresario. Esta visión tipo «hormiga», a nivel del suelo, impide tener la perspectiva global, como visión de «águila» para ver el horizonte tan complicado que han creado.

Los informes 3/2018, de 13 de febrero, y 9/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón adopta una interpretación que intenta conciliar el espíritu y la letra de la ley. La limitación temporal establecida para la acumulación de cuantías requiere valorar dos conceptos necesarios: qué es objeto de contrato y cuál es el plazo de acumulación, esto es, qué y en cuánto tiempo. Para ello, desde la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se profundizó en los trabajos parlamentarios desde los inicios de la tramitación de la actual ley para intentar descubrir a través de la evolución sufrida cuál era el motivo subyacente de la regulación que ha terminado aprobándose. El ejercicio presupuestario como limitación temporal para acumular las cuantías definidas permite controlar con rigor el cumplimiento de esta norma tan restrictiva. El objeto del contrato se relaciona directamente con la tipología del contrato para evitar cambios superfluos en la definición del objeto del contrato con ánimo de eludir fácilmente la aplicación de las limitaciones citadas.

Esta interpretación, con la que muestro mi total conformidad, ha generado división de opiniones, especialmente desde los informes 41/17, 42/17 y 5/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que plantean una lectura muy diferente de la limitación del contrato menor, en un lapso temporal a 12 meses con un sistema de cómputo algo complejo, otorgando una gran flexibilidad al concepto de objeto de contrato.

A raíz de ambos informes, se han ido sucediendo a lo largo de estos meses más informes y recomendaciones de otros órganos consultivos de carácter autonómico que intentan arrojar luz sobre una norma repleta de ambigüedad.

Con carácter general, las Juntas Consultivas de Contratación Pública de Madrid, Galicia, Cataluña o País Vasco apuestan por el ejercicio o anualidad presupuestaria como ámbito temporal para aplicar la limitación de las cuantías de contratación.

Hay más disparidad entorno al objeto del contrato, ya que las prestaciones sucesivas y recurrentes no tienen por qué ser necesariamente coincidentes. A pesar de todo, la duda persistirá mientras no se concrete el ámbito material de la prestación, puesto que mientras sean equivalentes, con pequeñas modificaciones, sólo se logra eludir la norma a través de un simple ejercicio de creatividad que incide directamente en los principios que inspiran no sólo el contrato menor sino toda la ley.

En todo caso, el gestor debe recapacitar sobre las necesidades de contratación a medio y largo plazo, para valorar el uso del contrato menor o del procedimiento abierto abreviado, que es el medio hacia el que deben reconducirse, permitiendo a multitud de pequeñas y medianas empresas participar en el mercado público en libre competencia.

El Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de

pequeña cuantía, intenta salvar el bloqueo administrativo al que puede llevar el artículo 118.3 LCSP en todos los ámbitos, de ahí que admita la publicidad de la licitación del contrato a través del perfil de contratante, en búsqueda de concurrencia de empresas participantes y, por encima de todo, como medida que busca una mayor transparencia en las licitaciones. Se ha discutido mucho acerca de su viabilidad, aunque la realidad indica que en un futuro no muy lejano se va a extender esta regulación puesto que es el camino natural por el que debía haber transcurrido la regulación del contrato menor.

IV. CONCLUSION

Con carácter general, la nueva ley ha introducido las novedades que debían ser objeto de trasposición de la Directiva 24/2014/UE con importantes cambios en la tramitación y estructura de los procedimientos de adjudicación, que pretenden garantizar mayor agilidad y transparencia. Era una gran oportunidad para corregir los errores e incongruencias que arrastraba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 24 de noviembre, pero el resultado actual nos ha dejado con una singular mezcla de intereses y contenidos, una complicada aleación entre lo viejo y lo nuevo, entre el pasado, el presente y el futuro, todo junto, haciendo de la ley un texto de difícil comprensión y ardua aplicación.

La regulación de los procedimientos de adjudicación responde a estas características, aunque la introducción de las modalidades de tramitación abreviada del procedimiento abierto y la adecuación del procedimiento negociado suponen un gran avance en la gestión de la contratación de obras, suministros y servicios habituales de la Administración.

Sin duda, la tecnología se convierte en el eje del cambio de la contratación pública que apuesta por la tramitación totalmente electrónica de cualquier procedimiento y por el fomento de la innovación a través del diálogo competitivo y de la asociación para la innovación, sin olvidar la gestión ordinaria de cualquier Administración que se resiste a prescindir del contrato menor como mecanismo de contratación.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO LÓPEZ, Francisco (2009): «Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP», *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Publicación de la Institución «Fernando el Católico», Fundación Democracia y Gobierno Local.

Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público (2018). Varios autores. Director: GIMENO FELLÚ, José María. Editorial Aranzadi.

ANEXO

**Proyecto de Ley de organización
y uso estratégico de la contratación
pública en Aragón**

Índice

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

Artículo 1.— Objeto de la Ley

Artículo 2.— Ámbito de aplicación subjetivo

Artículo 3.— Principios rectores de la contratación

Artículo 4.— Exclusiones

CAPÍTULO II. Contratación del sector público autonómico

Artículo 5.— Órganos de contratación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y las entidades de su sector público

Artículo 6.— Autorización de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón

Artículo 7.— Composición y funcionamiento de las Mesas de contratación y los Comités de expertos

Artículo 8.— Responsable del contrato

CAPÍTULO III. Contratación de las entidades locales

Artículo 9.— Normas de organización

Artículo 10.— Supuestos de abstención

CAPÍTULO IV. Fomento de la transparencia y la concurrencia

Artículo 11.— Anuncios de licitación

Artículo 12.— Anuncios de adjudicación

Artículo 13.— Publicidad de la modificación de los contratos

Artículo 14.— Anuncio de la ejecución del contrato

Artículo 15.— Contratos menores

Artículo 16.— Procedimiento negociado sin publicidad

Artículo 17.— Restricciones al principio de publicidad

CAPÍTULO V. Especialidades procedimentales

SECCIÓN 1.ª Preparación de los contratos

Artículo 18.— Justificación de la necesidad del contrato

Artículo 19.— Contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares

SECCIÓN 2.ª Adjudicación y formalización de los contratos

Artículo 20.— Criterios de adjudicación en los contratos de servicios a las personas

Artículo 21.— Aclaración de ofertas

Artículo 22.— Criterio de resolución de empates en la valoración de ofertas

Artículo 23.— Plazo para presentar documentación por UTEs o agrupaciones

Artículo 24.— Certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social

Artículo 25.— Contratos basados en un acuerdo marco y sistemas dinámicos de adquisición.

SECCIÓN 3.ª Ejecución de los contratos

Artículo 26.— Constitución de garantías mediante retención en el precio

Artículo 27.— Proporcionalidad de las penalidades

Artículo 28.— Plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual

**Proyecto de Ley de Organización y Uso
Estratégico de la Contratación Pública
en Aragón.**

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.1 del Reglamento de la Cámara, la Mesa de las Cortes en sesión celebrada el día 1 de agosto de 2018, ha procedido a la calificación del Proyecto de Ley de Organización y Uso Estratégico de la Contratación Pública en Aragón, y ha ordenado su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, el cual se tramitará por el procedimiento legislativo común.

Zaragoza, 1 de agosto de 2018.

La Presidenta de las
Cortes VIOLETA BARBA
BORDERÍAS

Artículo 29.— Acumulación de procedimientos de resolución de contratos e imposición de prohibiciones de contratar.

CAPÍTULO VI. Uso estratégico de los contratos del sector público

SECCIÓN 1.ª Protección de los trabajadores de las empresas contratistas

Artículo 30.— Indemnidad salarial

Artículo 31.— Régimen de penalidades por incumplimiento

Artículo 32.— Resolución de contratos y subcontratos

Artículo 33.— Control de pago a trabajadores

SECCIÓN 2.ª Reservas sociales de contratos

Artículo 34.— Reservas sociales de contratos

SECCIÓN 3.ª Promoción de la participación de las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos

Artículo 35.— Certificados de correcta ejecución.

Artículo 36.— Pago directo a subcontratistas y proveedores.

CAPÍTULO VII. Integridad en la contratación pública

Artículo 37.— Conflictos de intereses

Artículo 38.— Participación previa de candidatos o licitadores

Artículo 39.— Protocolos de legalidad para los licitadores

CAPÍTULO VIII. Causas de exclusión

Artículo 40.— Determinación del alcance de las prohibiciones de contratar.

Artículo 41.— Procedimientos de declaración de prohibición de contratar

Artículo 42.— Medidas de cumplimiento voluntario

CAPÍTULO IX. Gobernanza de la contratación pública

SECCIÓN 1.ª Órgano consultivo

Artículo 43.— Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

SECCIÓN 2.ª Supervisión de la contratación pública

Artículo 44.— Funciones de supervisión de la contratación pública

SECCIÓN 3.ª De los órganos de recurso especial y los medios alternativos de resolución de conflictos

Artículo 45.— Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.

Subsección 1.ª El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Artículo 46.— Naturaleza y competencias

Artículo 47.— Composición

Artículo 48.— Duración del mandato, incompatibilidades y garantías de los miembros del Tribunal

Artículo 49.— Especialidades procedimentales

Subsección 2.ª Órganos de recurso especial en el ámbito local

Artículo 50.— Creación y competencias

Artículo 51.— Composición

Artículo 52.— Duración del mandato, incompatibilidades y garantías de los miembros del órgano de recurso.

Artículo 53.— Especialidades procedimentales

Subsección 3.ª Medios alternativos de resolución de conflictos

Artículo 54.— Arbitraje

Disposición adicional primera.— Régimen de contratación de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón

Disposición adicional segunda.— Composición de las Mesas de contratación y los Comités de expertos en Universidades Públicas integradas en el Sistema Universitario de Aragón

Disposición adicional tercera.— Comunicación de hechos a los órganos de defensa de la competencia.

Disposición adicional cuarta.— Utilización de registros distribuidos

Disposición transitoria primera.— Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley

Disposición transitoria segunda.— Porcentajes de reservas sociales de contratos

Disposición transitoria tercera.— Puesta en marcha de los órganos de recurso especial en los municipios de gran población y de las Diputaciones Provinciales de Aragón

Disposición transitoria cuarta.— Informe de supervisión

Disposición derogatoria única.— Derogación normativa

Disposición final primera.— Modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón

Disposición final segunda Modificación de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón

Disposición final tercera.— Referencias de género

Disposición final cuarta.— Entrada en vigor de la Ley

Disposición final quinta.— Desarrollo normativo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Las últimas reformas legislativas en materia de contratación pública, tanto a escala europea como nacional, tienen como objetivos los de incrementar la eficiencia del gasto público en la contratación pública y el de permitir que las entidades contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Además, tanto las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, sobre contratos de concesión y contratos públicos respectivamente, como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que incorpora las anteriores al ordenamiento español, señalan expresamente que la contratación pública es uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

La normativa autonómica aragonesa no puede ser ajena a dichos objetivos y consideraciones, y debe alinearse con los mismos, para utilizar los contratos públicos de forma estratégica y también eficiente, y orientarlos hacia los objetivos mencionados. Y ello es lo que justifica ahora, una vez establecida la legislación

básica estatal, la adaptación a la misma de las disposiciones que ya fueron incluidas en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, así como avanzar en el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo de esa legislación básica.

Esa necesidad de adaptación de la normativa sobre contratos del sector público de 2011 a las disposiciones de la normativa básica estatal acredita que concurren razones de interés general que justifican la aprobación de esta Ley, respetándose de este modo los principios de buena regulación de necesidad, eficacia y transparencia, en cumplimiento del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, esta Ley cumple con el principio de proporcionalidad, puesto que recoge las modificaciones imprescindibles con el objeto de atender a las necesidades que motivan su aprobación. Por otra parte, responde al principio de eficiencia, ya que favorece la racionalización del funcionamiento de la Administración de la Comunidad Autónoma, las Entidades Locales, así como aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes que tengan la consideración de poder adjudicador a efectos de contratación pública. Finalmente, respeta el principio de seguridad jurídica, puesto que contribuye a generar un marco normativo estable, predecible, integrado y claro que facilita su conocimiento.

La Comunidad Autónoma de Aragón se encuentra habilitada para aprobar esta Ley al amparo de las competencias que el artículo 75.11.º y 12.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, le atribuye para el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado, al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución Española, en materia de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y de las restantes Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las entidades locales. En este sentido, la legislación básica estatal constituye el suelo sobre el que edificar el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de contratación pública. Además debe tenerse en cuenta la competencia autonómica exclusiva en materia de creación, organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno reconocida por el artículo 71.1.º del Estatuto de Autonomía de Aragón y en el marco de los artículos 140 y 149 de la Constitución Española, con pleno respeto a lo que deba considerarse legislación básica estatal y a las directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Durante la tramitación del Proyecto de Ley se ha evacuado un trámite de información pública al que concurrieron el Observatorio de Contratación Pública de la Universidad de Zaragoza y los sindicatos Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras. Asimismo, se han solicitado informes a las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma, al Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, a las Cortes de Aragón, al Justicia de Aragón, la Cámara de Cuentas de Aragón, la Universidad de Zaragoza, la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, el Consejo de Cooperación

Comarcal y el Consejo Local de Aragón, el Consejo de Transparencia de Aragón la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. La mayor parte de las aportaciones recibidas han sido incorporadas al texto de la norma.

II

La ley se compone de un total de cincuenta y cuatro artículos (distribuidos en nueve capítulos), cuatro disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y cinco finales.

El Capítulo I, denominado «Disposiciones generales», delimita el objeto y ámbito de aplicación subjetivo de la Ley. La Ley establece ahora un ámbito de aplicación uniforme para todas las entidades que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poderes adjudicadores, si bien distingue algunas disposiciones, de naturaleza organizativa o a efectos de recurso especial en materia de contratación, que serán de aplicación bien a los poderes adjudicadores vinculados a la Administración de la Comunidad Autónoma, o bien a los de la Administración Local. También se aclara que las disposiciones de la ley no resultan de aplicación a las fórmulas y técnicas de naturaleza organizativa, tales como las decisiones para articular la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos, los encargos de ejecución a medios propios, o los acuerdos de acción concertada.

III

Los Capítulos II y III recogen una serie de disposiciones de naturaleza organizativa aplicables a la contratación del sector público autonómico y local, respectivamente.

El Capítulo II se refiere a la organización de la contratación del sector público autonómico. En él se recoge, como novedad, la regulación de la composición de las mesas de contratación, distinguiendo las actuaciones en las que será preceptiva la asistencia de quienes tengan atribuidas funciones de asesoramiento jurídico o de control económico-presupuestario, facultando que otras actuaciones de la mesa, que generalmente no presentan incidencias, puedan realizarse en ausencia de dichos miembros. No obstante, se prevé la posibilidad de suspender las sesiones de la Mesa, cuando se apreciase la necesidad de pronunciamiento de dichos vocales, y éstos no estuviesen presentes.

Por su parte, el Capítulo III se refiere a la contratación de las Entidades Locales, remitiendo a la legislación básica las cuestiones relativas a la determinación de los órganos de contratación y composición de las mesas de contratación. Se incluye además, para los municipios de población inferior a 250 habitantes, un supuesto especial de abstención de los cargos electos que deban participar en la decisión de adjudicación de un contrato, cuando el contratista sea una de las personas afectadas por la causa de prohibición de contratar prevista en el art. 71.1.g de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, relativa a los cargos electivos regulados en la Ley Or-

gánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

IV

El Capítulo IV se dedica al fomento de la transparencia y la concurrencia, en el convencimiento de que una mejor publicidad de la información relativa a la contratación pública generará una mayor concurrencia y, de manera consecuente, mejores ofertas para la entidad contratante.

En este sentido, se apuesta por el perfil de contratante como instrumento de publicidad de la información sobre los contratos públicos, reforzado por la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea cuando, en atención al valor estimado del contrato, sea necesaria la publicidad en dicho medio. En el perfil de contratante se publicarán los anuncios de licitación, de adjudicación, modificación y ejecución de los contratos. Igualmente podrá publicarse un anuncio en el caso de procedimientos con negociación en los que, de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no es necesaria esa publicidad. También se determinan los efectos de la publicidad en el caso de adjudicarse contratos menores, en la línea de lo establecido por el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía.

V

El Capítulo V de la Ley recoge una serie de especialidades procedimentales a tener en cuenta en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. En la preparación de los contratos se dispone un contenido mínimo para los pliegos de cláusulas administrativas particulares, poniendo especial atención al diseño de la fase de ejecución del contrato.

En la fase de adjudicación de los contratos se mantiene la posibilidad de solicitar aclaración de ofertas, advirtiendo expresamente que la aclaración no podrá entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta.

Una importante novedad en este punto reside en la posibilidad, habilitada desde la norma, de que para la adjudicación de contratos de servicios a las personas a los que, en parte, se refiere el Anexo IV de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, los órganos de contratación puedan establecer un sistema de valoración de las proposiciones que no tome en consideración el precio, de manera que para la adjudicación se valoren criterios distintos del mismo.

También se perfila mejor el criterio de desempate relativo a «buenas prácticas en materia de igualdad de género», sustituyéndolo por el más concreto de «porcentaje de empleo femenino», adelantando además su consideración por delante del criterio de temporalidad del empleo.

Los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición son una técnica de racionalización de la contratación pública de uso extendido en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los que pueden adherirse también las Entidades Locales que

lo deseen. Para una mayor eficiencia procedimental de los contratos derivados de esos acuerdos marco y sistemas dinámico de adquisición se regulan una serie de especialidades procedimentales aplicables a los mismos, consistentes en la innecesariedad de su formalización, de manera que queden perfeccionados con la adjudicación, la exención del requisito de fiscalización previa cuando no superen las cuantías del contrato menor, así como la publicación agrupada de su adjudicación en el perfil de contratante con carácter trimestral para garantizar la transparencia de estos procedimientos.

Por cuanto respecta a la fase de ejecución del contrato, se admite de manera directa, sin necesidad de que lo prevea el pliego de cláusulas administrativas particulares, la posibilidad de constitución de la garantía definitiva de los contratos mediante la fórmula de retención en el precio, contemplando asimismo una opción mixta, que combine la constitución de una parte de la garantía mediante las fórmulas tradicionales, y otra parte, mediante esta retención del precio. De esta manera se espera reducir los costes asociados a la constitución de garantías que soportan los contratistas.

También se establecen unas penalidades que resultarán de aplicación subsidiaria en caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no se hayan establecido otras diferentes, y se admite la tramitación simultánea de procedimientos de resolución de contratos y el correspondiente para la imposición de prohibiciones de contratar.

VI

El Capítulo VI está dedicado al uso estratégico de la contratación pública y en el mismo se establecen medidas encaminadas especialmente a la protección de los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos públicos, la reserva de contratos, así como al fomento de la participación y protección de las pequeñas y medianas empresas.

Los trabajadores de las empresas adjudicatarias y subcontratistas quedarán especialmente protegidos en el caso de los contratos públicos debido al establecimiento de una cláusula de indemnidad salarial, de aplicación general, según la cual el importe de sus salarios queda garantizado, sin que pueda ser minorado durante la ejecución del contrato. El incumplimiento de dicha obligación habilitará a la entidad contratante para la imposición de penalidades o incluso para la resolución del contrato o subcontrato. Además, se habilita a los órganos de contratación para controlar el pago efectivo de los salarios a los trabajadores.

En relación con las reservas sociales de contratos, materia en la que fue pionera la Ley 3/2011 en su momento, la norma aragonesa se alinea con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de contratos del sector público en lo que se refiere a ámbito subjetivo, porcentaje de reservas y base para el cálculo de las mismas. En este sentido, podrán resultar beneficiarios de las reservas, con independencia de la cuantía del contrato, los centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción regulados, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto

Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. El porcentaje de las reservas de contratos se calculará, siguiendo en este punto también lo dispuesto en Ley 9/2017, de contratos del sector público, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la citada Ley 9/2017 celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva. En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón y de los poderes adjudicadores vinculados a la misma, el porcentaje mínimo de reserva ya no queda deferido a la que disponga anualmente la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino que queda establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley en el 7 por ciento para 2018 y 2019, que se incrementará un punto porcentual cada año, hasta alcanzar un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley.

La promoción de la participación de las pequeñas y medianas empresas es un objetivo estratégico, habida cuenta del potencial de las mismas para la creación de empleo, el crecimiento o la vertebración del territorio. En este sentido se establece, como medida para facilitar su acceso a las licitaciones, la emisión obligatoria de certificados de su participación en la ejecución de contratos públicos por parte de los contratistas que los hayan subcontratado. Además, se habilita la posibilidad de pago directo a subcontratistas y proveedores, sin necesidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares tenga que contemplar tal posibilidad.

VII

En esta Ley se mantienen las disposiciones sobre integridad de la contratación pública y causas de exclusión que fueron introducidas con ocasión de la reforma operada en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público con ocasión de la Ley 5/2017, de integridad y ética públicas. Aparecen ahora recogidas en los capítulos VII y VIII las disposiciones relativas a conflictos de intereses, protocolos de legalidad para los licitadores, la regulación de los procedimientos de declaración de prohibición de contratar o las medidas de cumplimiento voluntario que permitirían a un licitador superar una situación de prohibición de contratar en la que, eventualmente, pudiera encontrarse.

VIII

El último Capítulo de la Ley se dedica a la Gobernanza de la contratación pública. Se diseña un sistema integrado por un órgano de naturaleza consultiva, la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, un órgano con funciones de supervisión, que serán asumidas, cuando se constituya, por la Agencia de Integridad y Ética Públicas creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, aunque de manera transitoria, la aprobación del informe de supervisión de la contratación pública será asumida por la Junta de Contratación Pública, y unos órganos de control, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón así como

otros órganos de recurso especial que pueden crearse –por así haberlo decidido el legislador estatal– en las Diputaciones Provinciales y en los municipios de gran población de Aragón. La regulación de estos últimos persigue el mantenimiento de las mismas garantías de colegialidad, independencia y especialización que se predicen del órgano autonómico, cuya jurisdicción alcanzará al resto de entidades locales. En relación con el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se introduce como novedad la tramitación exclusivamente electrónica de los recursos y reclamaciones que se presenten ante el mismo.

IX

La parte final de la Ley se compone de cuatro disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y cinco finales.

Con las disposiciones adicionales se identifica el régimen de contratación de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón, se establece la obligatoriedad de comunicar a los órganos de defensa de la competencia los hechos que pudieran constituir una infracción de la normativa en esa materia, y se habilita expresamente la utilización de sistemas electrónicos de registro distribuido para incrementar la transparencia y asegurar la integridad de la información en materia de contratación pública.

Se incluyen cuatro disposiciones transitorias en las que se regula el régimen de los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se establecen los porcentajes de reservas sociales de contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores dependientes de la misma para 2018 y 2019, y se dispone el régimen aplicable a los recursos en materia de contratación en tanto no se creen los órganos de recurso por parte de las entidades locales a las que les habilita para ello la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. También se atribuye a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón la aprobación del informe de supervisión de la contratación pública en tanto no se constituya la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

Por último, se inserta una disposición derogatoria, con referencia específica a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón– y cuatro disposiciones finales: la modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley del presidente del Gobierno de Aragón, la entrada en vigor de la Ley con un *vacatio legis* general de un mes desde su publicación en el Boletín Oficial de Aragón, y la habilitación para su desarrollo reglamentario.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.— Objeto de la Ley.

Esta Ley tiene por objeto establecer medidas orientadas a hacer un uso eficiente y estratégico de los contratos públicos para el desarrollo de políticas públicas por parte de los poderes adjudicadores de Aragón, y

la definición del sistema de gobernanza en materia de contratación pública en el sector público de Aragón.

Artículo 2.— *Ámbito de aplicación subjetivo.*

Esta Ley será de aplicación, en los términos y con el alcance que la misma determine, a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y a las Entidades Locales, así como a aquellos organismos públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a las mismas que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poder adjudicador, así como a las Universidades Públicas integradas en el Sistema Universitario de Aragón.

Artículo 3.— *Principios rectores de la contratación.*

1. Los contratos públicos deberán ser utilizados de forma estratégica para la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, así como para promover la innovación empresarial. Además, en toda contratación se buscará la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, y se promoverá la participación de la pequeña y media empresa.

2. La interpretación y aplicación de las disposiciones incluidas en esta Ley se realizará de conformidad con lo que establecen las directivas y resto de normativa europea de contratación pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la doctrina que establezca el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón atendiendo, además, a los criterios interpretativos de la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

3. Las entidades contratantes proporcionarán orientación y ayuda a los licitadores que lo precisen para la participación en los procedimientos de adjudicación que promuevan.

Artículo 4.— *Exclusiones.*

Las disposiciones contenidas en esta ley no resultarán de aplicación a las fórmulas y técnicas de naturaleza organizativa que se utilicen como alternativa a la celebración de contratos públicos, salvo lo previsto en el artículo 6 relativo a la autorización de los expedientes.

CAPÍTULO II

CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO

Artículo 5.— *Órganos de contratación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y las entidades de su sector público.*

1. Tendrán la consideración de órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, en todo caso, los Consejeros del Gobierno de Aragón, así como los órganos rectores y directivos de sus organismos públicos u otras entidades vinculadas o dependientes, cuando así lo establezcan sus respectivos estatutos o normas reguladoras.

2. En el resto de entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, tendrán la consideración de órganos de contratación quienes, conforme a su normativa reguladora, gocen de facultades para

la celebración de contratos en nombre y representación de tales entidades.

Artículo 6.— *Autorización de expedientes de contratación por el Gobierno de Aragón.*

1. Sin perjuicio de las autorizaciones de gasto que en su caso resulten necesarias, los órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos necesitarán la autorización del Gobierno de Aragón, preceptivamente, en los supuestos siguientes:

a) Expedientes de contratación y encargos de ejecución cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

b) Expedientes de contratación cuyo valor estimado sea indeterminado.

2. El Gobierno de Aragón podrá recabar discrecionalmente el conocimiento y la autorización de cualquier otro contrato o encargo de ejecución. Del mismo modo, el órgano de contratación, en su caso, a través del Consejero del que dependa, podrá elevar un contrato o encargo de ejecución a la consideración del Gobierno de Aragón para su autorización.

3. La necesidad de autorización de la celebración de un contrato o encargo por parte del Gobierno de Aragón conllevará también la necesidad de autorización de su modificación, cuando de manera aislada o en su conjunto se supere el 20 por ciento del importe de adjudicación, así como, en su caso, de la resolución del mismo.

4. Estas autorizaciones deberán otorgarse por el Gobierno de Aragón con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación o encargo de ejecución y, en su caso, a la aprobación de la modificación o resolución contractual.

5. La autorización de expedientes de contratación y la aprobación de los de gestión presupuestaria que pudieran resultar precisos para completar el de contratación, cuando sean competencia del Gobierno de Aragón, y en todo caso, el de aprobación del crédito plurianual si lo hubiere, serán objeto de tramitación simultánea.

Artículo 7.— *Composición y funcionamiento de las Mesas de contratación y los Comités de expertos.*

1. Las Mesas de Contratación y Comités de expertos son órganos de asistencia a los órganos de contratación a los que corresponden las funciones previstas en la normativa reguladora de la contratación del sector público.

2. El número de sus miembros será impar, garantizándose su cualificación técnica. Su composición se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación con carácter previo a su constitución.

Como mínimo será objeto de publicación el cargo de los miembros, no pudiendo consistir en meras alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios.

3. El Presidente, que tendrá voto de calidad en caso de empate, el Secretario y los vocales serán nombrados por el órgano de contratación.

Dos de los vocales de las mesas de contratación de las Administraciones Públicas serán un representante

de la Dirección General de Servicios Jurídicos y un representante de la Intervención General, designados por los respectivos órganos directivos. Su participación no será necesaria en el procedimiento abierto simplificado si no han de aplicarse criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor cuya ponderación supere el 25% del total.

4. Los cargos electos o de designación política, los titulares de los órganos de contratación y el personal eventual no podrán formar parte de las Mesas de contratación ni de los Comités de expertos que hayan de aplicar criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor.

5. La participación en la elaboración de la documentación técnica del contrato no impedirá por sí misma formar parte de la Mesa de contratación.

6. La asistencia a las sesiones de la Mesa de contratación podrá ser presencial o a distancia.

7. Para la válida celebración de las sesiones de la Mesa de contratación en que se apliquen criterios que precisen de un juicio de valor, se analicen ofertas anormalmente bajas, se haga la propuesta de adjudicación, o se examine la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario, además de Presidente y Secretario, será precisa la asistencia de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General, cuando formen parte de la misma con carácter obligatorio.

En el resto de las sesiones bastará con la asistencia de la mitad de sus miembros, entre quienes deberán contarse Presidente y Secretario. Estas sesiones podrán ser suspendidas cuando los miembros presentes apreciasen por mayoría la conveniencia de la participación de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General en la adopción de una determinada decisión.

8. En las mesas de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública, deberá figurar obligatoriamente un representante de la Intervención General, en aquellos contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras o concesiones, o a 500.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios.

9. Se publicarán en el perfil del contratante del órgano de contratación las actas de las sesiones de las Mesas de contratación relativas a la calificación, admisión o exclusión de las ofertas, u otras relativas al procedimiento de contratación, excluyendo la información no susceptible de publicación de conformidad con la legislación vigente.

Dicha publicación se hará sin perjuicio de la necesaria comunicación o notificación, según proceda, a los licitadores afectados.

9. Las decisiones de las Mesas de contratación serán recurribles ante el órgano de contratación al que asistan, salvo cuando proceda un recurso o reclamación especial en materia de contratación

Artículo 8.— *Responsable del contrato.*

1. Los órganos de contratación designarán un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y emitir informes, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada,

dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan.

2. En todo caso, corresponderá al responsable del contrato:

a) verificar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y el resto de compromisos derivados del contrato o de la oferta del contratista;

b) informar al órgano de contratación sobre la conveniencia de modificar el contrato o de prorrogar su duración;

c) proponer al órgano de contratación la imposición de penalidades por incumplimiento del contrato que procedan o, en su caso, la resolución del mismo.

CAPÍTULO III

CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES

Artículo 9.— *Normas de organización.*

1. Los órganos de contratación de las Entidades Locales serán los determinados por la legislación básica de contratos del sector público.

2. La composición de las Mesas de contratación será igualmente la determinada por la legislación básica de contratos del sector público, garantizándose en todo caso la debida cualificación técnica de los miembros de la misma. En las entidades locales municipales podrá integrarse en las Mesas de contratación personal al servicio de las correspondientes Comarcas o Diputaciones Provinciales.

Artículo 10.— *Supuestos de abstención.*

Para la adjudicación de contratos menores, en las Entidades locales cuya población sea inferior a 250 habitantes, la concurrencia de prohibición de contratar por incompatibilidad en los cargos electos, siempre que no perciban retribuciones de la entidad, determinará únicamente la existencia de una causa de abstención respecto de las decisión de adjudicación del contrato. Previo informe del Secretario de la Corporación en el que se constaten estos extremos, podrá admitirse la oferta presentada, siempre y cuando quede garantizada la objetividad, la transparencia y la eficiencia de la decisión.

CAPÍTULO IV

FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA Y LA CONCURRENCIA

Artículo 11.— *Anuncios de licitación.*

Los anuncios de licitación de contratos se publicarán en el perfil de contratante. Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

Artículo 12.— *Anuncios de adjudicación.*

1. La adjudicación de los contratos se notificará a los candidatos o licitadores y se publicarán en el perfil de contratante.

2. En el anuncio de adjudicación deberá figurar, al menos, la siguiente información:

a) Identificación y datos de contacto de la entidad contratante y del órgano de contratación.

b) Descripción del objeto del contrato e identificación de sus códigos CPV. Se indicarán, en todo caso, los lotes en que hubiera dividido el objeto del contrato.

c) Valor estimado del contrato, presupuesto de licitación e importe de adjudicación. En el caso de que el contrato se adjudique por precios unitarios, se publicará el detalle de los mismos.

d) Procedimiento de adjudicación utilizado, con expresión de la causa que lo habilita en el caso de los procedimientos negociados, y tipo de tramitación del expediente.

e) En su caso, fechas de publicación de los anuncios de licitación, e instrumentos a través de los que se han publicado.

f) Identidad de los licitadores que han participado en el procedimiento, ya se trate de licitadores que han presentado una oferta, de licitadores invitados a participar (en el caso de procedimientos restringidos y con negociación) o de licitadores excluidos o candidatos descartados, con expresión del motivo de su exclusión o descarte. En el caso de Uniones Temporales de Empresas, además de su denominación se indicará la de los integrantes de las mismas y su porcentaje de participación.

g) Número de ofertas presentadas por operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país o las ofertas presentadas por vía electrónica.

h) Informe de valoración de las ofertas y, en su caso, los motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

i) Identidad del adjudicatario.

j) Declaración del adjudicatario de no estar incurso en causa de prohibición de contratar, así como, en su caso, informe favorable de la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de las medidas planteadas para eximir de la prohibición de contratar.

k) Cuando se conozca, especificación de la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros y, en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

l) Plazo de ejecución y posibles prórrogas.

m) En su caso, la declaración de desierto o los motivos por los que se desista del procedimiento o se renuncie a adjudicar un contrato.

n) En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

ñ) La resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato en el supuesto de declaración de nulidad.

3. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse de manera agrupada y deberá realizarse como mínimo con una periodicidad trimestral. 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 mismo.

Artículo 13.— *Publicidad de la modificación de los contratos.*

1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en el perfil de contratante en el plazo de 5 días naturales desde su aprobación. También se publicarán las alegaciones del contratista y todos los informes que, en su caso, se hubieran reca-

bado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

Artículo 14.— *Anuncio de la ejecución del contrato.*

Concluida la ejecución de los contratos públicos, se añadirá a los datos del perfil del contratante, al menos, la siguiente información:

a) El coste total y los plazos finales de ejecución.

b) Los modificados aprobados: su naturaleza, motivación, fecha e importe definitivo.

c) Las prórrogas y ampliaciones de plazo: su fecha de inicio, motivación y la justificación de su aplicación.

d) Las empresas subcontratadas, si las hubiere.

e) El informe sobre cumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato.

f) Las medidas o los procedimientos iniciados en el supuesto de incumplimientos o ejecución defectuosa del contrato.

Artículo 15.— *Contratos menores.*

1. La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación.

2. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

3. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores.

4. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante.

Artículo 16.— *Procedimiento negociado sin publicidad.*

1. En los supuestos en que resulte aplicable el procedimiento negociado sin publicidad, podrá publicarse en el perfil del contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores.

2. Las ofertas que presenten los licitadores que no hayan sido invitados no podrán rechazarse exclusivamente por dicha circunstancia.

Artículo 17.— *Restricciones al principio de publicidad.*

Los órganos de contratación podrán restringir la publicación de determinada información cuando se considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar

la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de intereses esenciales de seguridad. En todo caso, antes de adoptar la decisión de no publicar determinada información, los órganos de contratación solicitarán la emisión de un informe por el Consejo de Transparencia de Aragón, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días. No se requerirá dicho informe en caso de que con anterioridad el Consejo de Transparencia de Aragón se hubiese pronunciado sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.

CAPÍTULO V

ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

Sección 1.ª

Preparación de los contratos

Artículo 18.— *Justificación de la necesidad del contrato.*

La naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas podrán justificarse específicamente en cada expediente de contratación, por ámbitos funcionales mediante la aprobación por el órgano competente de programas anuales o plurianuales de infraestructuras o en el programa general anual o plurianual de contratación. En los dos últimos supuestos, en el expediente de contratación se dejará constancia expresa del programa del que se derive la justificación del contrato.

Artículo 19.— *Contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.*

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos indicarán, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Objeto del contrato, definido por referencia a los códigos del Vocabulario común de contratos públicos (CPV).

b) Requisitos y condiciones de solvencia exigibles a los candidatos o licitadores, especificando el medio o medios para acreditarla, de entre los recogidos en la legislación básica de contratos del sector público, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos.

c) Criterios de adjudicación, con su ponderación, indicando la fórmula con arreglo a los cuales serán valorados, cuando se trate de criterios de evaluación automática, o los parámetros de valoración, cuando se trate de criterios cuya valoración dependa de un juicio de valor.

d) Condiciones especiales de ejecución, entre las que podrán incluirse las de carácter social o medioambiental, las que promuevan la innovación empresarial o la responsabilidad social corporativa de las empresas. En los contratos de suministro podrá exigirse el cumplimiento de los criterios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INII)) en su apartado 2.

e) Un cuadro de incumplimientos que den lugar a la imposición de penalidades leves, graves y muy graves, adaptado a los requerimientos de la ejecución del contrato, para facilitar el control de su cumplimiento.

f) Las penalidades que correspondan a los incumplimientos señalados. Los órganos de contratación deberán señalar obligatoriamente las penalidades que correspondan para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los compromisos adquiridos por la aplicación de los criterios de adjudicación que hayan sido objeto de valoración.

Sección 2.ª

Adjudicación y formalización de los contratos

Artículo 20.— *Criterios de adjudicación en los contratos de servicios a las personas.*

1. Para la adjudicación de contratos de servicios a las personas a los que se refiere, en parte, el Anexo IV de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, los órganos de contratación podrán establecer un sistema de valoración de las proposiciones que no tome en consideración el precio, de manera que para la adjudicación se valoren criterios distintos del mismo. En el establecimiento de esos criterios se tendrá que dar preponderancia a aquellos cuya valoración pueda realizarse de manera automática mediante la aplicación de fórmulas.

2. En ningún caso podrá adjudicarse contratos de servicios a las personas tomando en consideración el precio como único criterio.

Artículo 21.— *Aclaración de ofertas.*

1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

2. En estos supuestos, la Mesa de contratación, o quien realice las funciones de valoración de las ofertas, podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso, deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones.

Artículo 22.— *Criterio de resolución de empates en la valoración de ofertas.*

1. Cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación se produjera un empate en la puntuación entre dos o más licitadores y no se hayan previsto criterios de desempate, o cuando previstos y aplicados el empate persistiera, este se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que este no sea inferior

al 2 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un mayor porcentaje de empleo femenino; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores temporales, siempre que este no sea superior al 10 por 100 o, en última instancia, a través de un sorteo.

2. A tal efecto, la Mesa de contratación o quien realice las funciones de valoración de las ofertas requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo máximo de cinco días hábiles para su aportación.

Artículo 23.— *Plazo para presentar documentación por UTEs o agrupaciones.*

1. En los supuestos en que la propuesta de adjudicación de un contrato recaiga sobre una unión de empresarios o sobre una agrupación de estos con el compromiso de constituir una sociedad, el plazo para presentar la documentación a que se refiere el artículo 150.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por parte de los empresarios que vayan a conforma esa unión o sociedad será de diez días hábiles.

2. Cuando la adjudicación de un contrato recaiga sobre una unión de empresarios o sobre una agrupación de estos con el compromiso de constituir una sociedad, el plazo para presentar la documentación relativa a la constitución de dicha unión o sociedad, será el que se indique en el requerimiento que se curse a tal efecto, que no podrá ser inferior a diez días hábiles, ni superior a veinte.

Artículo 24.— *Certificados acreditativos del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.*

Para la acreditación del requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, así como de la ausencia de toda deuda pendiente de pago con la Comunidad Autónoma de Aragón, la presentación de la propuesta por el interesado para concurrir en un procedimiento de contratación conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir tanto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Tesorería General de la Seguridad Social, como por los órganos de la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 25.— *Contratos basados en un acuerdo marco y sistemas dinámicos de adquisición.*

1. El expediente de contratación de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición seguirá las normas de tramitación propias de cada contrato en función de su cuantía a efectos de la obtención de informes preceptivos, contabilidad, autorizaciones de gastos u otras necesarias por razón de la materia, con las siguientes especialidades:

a) Los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición se perfeccionarán con su adjudicación, no siendo necesaria la formalización del contrato en ningún caso, salvo que el pliego de cláusulas administrativas establezca la necesidad

de dicho trámite, o previsiones específicas sobre la forma de dejar constancia de la voluntad de las partes.

b) Trimestralmente se publicará en el perfil de contratante una relación de los contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de adquisición adjudicados por cada órgano de contratación. La relación contendrá los datos relativos a la identificación del Acuerdo Marco del que deriva cada contrato, la identificación de su objeto, el órgano de contratación del Acuerdo Marco o el sistema dinámico de adquisición y del contrato basado en los mismos, el importe de adjudicación del contrato, la identidad del adjudicatario, y la duración y fecha de adjudicación, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

2. Corresponderá a los órganos de contratación que adjudiquen contratos derivados de un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición la responsabilidad de velar la correcta ejecución de los mismos. En el caso de contratos administrativos, los órganos de contratación actuarán investidos de las prerrogativas de la Administración Pública, incluida la imposición de las penalidades que correspondan.

Sección 3.ª

Ejecución de los contratos

Artículo 26.— *Constitución de garantías mediante retención en el precio.*

1. La garantía definitiva en los contratos podrá constituirse mediante retención en el precio. También podrá el órgano de contratación, señalándolo así en el pliego de cláusulas administrativas particulares, admitir que un porcentaje de la garantía definitiva se constituya en efectivo, valores, mediante aval o seguro de caución antes de comenzar la ejecución del contrato, y el resto, mediante retención en el precio.

2. En estos casos, cuando el pliego no especifique otras condiciones, el órgano de contratación retendrá en el momento del primer pago las cantidades necesarias para la constitución de la garantía definitiva o, de no ser posible por ser su importe insuficiente, de los sucesivos hasta completarla. Dichas cantidades quedarán a disposición del órgano de contratación para asegurar la correcta ejecución del contrato, y serán devueltas al contratista cuando finalice el plazo de garantía del contrato.

Artículo 27.— *Proporcionalidad de las penalidades.*

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares preverán penalidades para los casos de incumplimiento del plazo total o parciales establecidos para la ejecución del contrato, de cumplimiento defectuoso del contrato, o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos manifestados en la oferta o de las condiciones especiales de ejecución que se hubiesen establecido. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por ciento del precio del contrato.

2. En defecto de previsión en el pliego, resultarán de aplicación las siguientes penalidades:

- a) Por cada incumplimiento muy grave: hasta el 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.
- b) Por cada incumplimiento grave: hasta el 6 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.
- c) Por cada incumplimiento leve: hasta el 3 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.

Artículo 28.— *Plazo para resolver los procedimientos de resolución contractual.*

El plazo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las entidades que, a efectos de contratación, tengan la consideración de Administraciones Públicas será de ocho meses contados desde la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución.

Artículo 29.— *Acumulación de procedimientos de resolución de contratos e imposición de prohibiciones de contratar.*

1. A la tramitación del procedimiento de resolución de contrato por causa imputable al contratista podrán acumularse los trámites propios del procedimiento para la imposición de una prohibición para contratar, cuando la misma pueda deducirse de la culpabilidad del contratista en la resolución del contrato.

2. En tal caso, la resolución de inicio del procedimiento advertirá de la posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar si el contrato fuese finalmente resuelto. Tal circunstancia se hará constar en los trámites de audiencia al contratista que deban evacuarse para que el contratista pueda pronunciarse al respecto. Igualmente se hará constar en las peticiones de informe que deban realizarse a los órganos que deban intervenir en el procedimiento.

3. La resolución que ponga fin al procedimiento de resolución del contrato se pronunciará además, en su caso, sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar.

4. En el supuesto de que el procedimiento de resolución del contrato se simultanee con la licitación de un nuevo procedimiento de adjudicación con el mismo objeto, la adjudicación de éste quedará condicionada a la previa resolución de aquél, desplegando sus efectos sobre la nueva adjudicación la prohibición de contratar que se hubiese declarado en el procedimiento de resolución anterior.

5. Como regla general, el órgano que declare resuelto un contrato por causa imputable al contratista acordando la prohibición de contratar deberá comunicarlo al órgano competente de la Administración General del Estado instando la extensión de efectos de la prohibición impuesta a todo el sector público.

CAPÍTULO VI

USO ESTRATÉGICO DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Sección 1.ª

Protección de los trabajadores de las empresas contratistas

Artículo 30.— *Indemnidad salarial.*

1. Las empresas licitadoras, con la presentación de sus ofertas, se comprometerán a mantener, mientras dure la ejecución del contrato y sus eventuales pró-

rogas, las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, especialmente en cuanto a salario y duración de la jornada, que correspondan al convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la adjudicación del contrato, así como a mantenerlas, aun cuando dicho convenio pierda su vigencia en dicho período y en tanto no entre en vigor uno nuevo que lo sustituya.

2. El mismo compromiso deberán aportar las empresas subcontratistas, siendo responsabilidad del contratista principal asegurar su cumplimiento frente al poder adjudicador.

Artículo 31.— *Régimen de penalidades por incumplimiento.*

1. El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior tendrá la consideración, en todo caso, de infracción de carácter muy grave, a efectos de la imposición de las penalidades que se hayan previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, resultando de aplicación subsidiaria las previstas en el artículo 26 de esta Ley.

2. Igualmente tendrá la consideración de infracción de carácter muy grave el incumplimiento de la obligación del contratista de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, cuando tal subrogación venga impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

3. Tras la tramitación de un procedimiento contradictorio, las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas cantidades.

4. El adjudicatario también estará obligado al pago de las penalidades contractuales cuando la infracción sea imputable a uno de sus subcontratistas.

Artículo 32.— *Resolución de contratos y subcontratos.*

1. Alternativamente a las penalidades señaladas en el artículo anterior, el incumplimiento de los compromisos de mantenimiento de las condiciones salariales a que se refieren el artículo 29 será causa de resolución de los contratos.

2. Además, procederá obligatoriamente la resolución del contrato por el incumplimiento de los citados compromisos cuando el importe de las penalidades a que se refiere el artículo anterior alcance el 20 por 100 del precio del contrato, IVA excluido.

3. Si quien incumpliera el compromiso fuera un subcontratista, el poder adjudicador podrá obligar al contratista a que le sustituya, sin que ello genere derecho a indemnización alguna para el contratista.

Artículo 33.— *Control de pago a trabajadores.*

1. Las entidades contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer al personal que participen en los mismos. A tal efecto, los contratistas remitirán al órgano de contratación,

cuando este lo solicite, justificación de la realización efectiva de dichos pagos.

2. El abono de los salarios tendrá en todo caso la consideración de condición especial de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, tendrá la consideración de infracción muy grave a efectos de la imposición de penalidades que se hayan previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, resultando de aplicación subsidiaria las previstas en el artículo 26 de esta Ley.

Sección 2.ª

Reservas sociales de contratos

Artículo 34.— Reservas sociales de contratos.

1. Sin perjuicio de otras reservas que puedan llevar a cabo los órganos de contratación, mediante acuerdo del órgano competente de las entidades señaladas en el art. 2 de esta Ley se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

2. Dicho porcentaje se calculará sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

3. En dicho acuerdo, además del porcentaje de reserva, se concretarán los ámbitos o contratos sobre los que se materializarán estas reservas, que podrán ser distintos de los incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la Ley 9/2017.

4. La reserva podrá afectar al objeto íntegro del contrato o solo a uno o varios de los lotes del mismo. En todo caso, será necesario que las prestaciones se adecuen a las peculiaridades de tales entidades.

5. Los órganos de contratación podrán, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, contratar al margen de la misma si optan por reservar el contrato siempre y cuando sean autorizados para ello por el órgano que tenga atribuidas las competencias en materia de contratación centralizada.

6. Cuando, tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones ini-

ciales del contrato. No obstante, el importe de dicho contrato computará a efectos de integrar el porcentaje de reserva a que se refiere el apartado 1.

Sección 3.ª

Promoción de la participación de las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos.

Artículo 35.— Certificados de correcta ejecución.

1. Los subcontratistas y proveedores podrán solicitar del contratista principal un certificado que refleje el alcance técnico y económico de su participación en un contrato de obras, servicios y suministros, o en una concesión y presentarlo para su validación a la Administración contratante. Una vez solicitado, el contratista principal vendrá obligado a su expedición en el plazo máximo de diez días hábiles. Esos certificados podrán ser utilizados posteriormente para acreditar la solvencia técnica en los procedimientos de adjudicación en los que participe dicho subcontratista o proveedor.

2. Los certificados de correcta ejecución que se expidan al contratista principal por parte del órgano de contratación recogerán el porcentaje de subcontratación efectuada en la ejecución del contrato al que se refieran.

Artículo 36.— Pago directo a subcontratistas y proveedores.

1. Los órganos de contratación podrán pagar directamente a los subcontratistas y proveedores del contratista principal, siempre y cuando cuenten con el consentimiento de éste.

2. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento que haya de seguirse y la documentación que haya de aportarse a la entidad contratante para hacer efectivo el pago directo al subcontratista.

CAPÍTULO VII

INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo 37.— Conflictos de intereses.

1. Las entidades contratantes estarán obligadas a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses.

2. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

3. En el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación que realicen todas las personas que participan en este de que no concurre en ellas ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de

intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución. Los miembros de las Mesas de contratación u otros órganos de asistencia harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones. Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud.

4. Cuando una de las personas mencionadas en el apartado segundo tuviese un interés que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia deberá abandonar el procedimiento y será sustituida por otra persona. Dicha sustitución será comunicada a los participantes en la licitación. La sustitución de personas deberá plantearse no solo si existe un conflicto de intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad.

5. Cuando un licitador presente elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas mencionadas en el apartado segundo, la entidad contratante examinará las circunstancias alegadas y decidirá sobre la existencia real o potencial de un conflicto de intereses, pudiendo incluso requerir a las partes para que, en caso necesario, presenten información y elementos de prueba. Caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo dicha persona. Cuando el conflicto afectase al titular del órgano de contratación, la adopción de las medidas anteriores corresponderá a su superior jerárquico o al órgano de gobierno de la institución.

6. Las entidades contratantes podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses.

Artículo 38.— *Participación previa de candidatos o licitadores.*

1. Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a ellos, haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, incluida la participación en consultas al mercado, la entidad contratante tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

2. En particular, la entidad contratante comunicará a los demás candidatos y licitadores las circunstancias de ese asesoramiento o participación, y en particular la información intercambiada con ese candidato o licitador en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella.

3. Además, los plazos para la presentación de ofertas se aumentarán al menos un veinticinco por ciento respecto de los plazos mínimos ordinarios aplicables al procedimiento de que se trate.

4. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido por el órgano de contratación del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. No obstante, antes de proceder a dicha exclusión, se dará audiencia a los candidatos o licitadores para que puedan, en su caso, demostrar que su participación

en la preparación del procedimiento de contratación no supone falsear la competencia. Contra la admisión del licitador que ha participado en la preparación del contrato podrán interponer recurso especial el resto de candidatos o licitadores.

Artículo 39.— *Protocolos de legalidad para los licitadores.*

Los órganos de contratación podrán obligar a los licitadores a incluir junto con sus ofertas, siendo excluidos de la licitación de no hacerlo, todos o alguno de los siguientes compromisos:

a) Compromiso de suscripción de un protocolo de legalidad con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. Los órganos de contratación determinarán el contenido de las cláusulas incluidas en los protocolos de legalidad, respetando los principios de igualdad de trato, transparencia y proporcionalidad.

b) Compromiso de sujeción a la monitorización del procedimiento de contratación en todas sus fases por la Agencia de Integridad y Ética Públicas.

CAPÍTULO VIII CAUSAS DE EXCLUSIÓN

Artículo 40.— *Determinación del alcance de las prohibiciones de contratar.*

1. Los órganos administrativos que resulten competentes para la imposición de sanciones como consecuencia de la comisión de infracciones graves o muy graves en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad; o por la comisión de infracciones muy graves en materia medioambiental, o por infracción muy grave en materia laboral o social, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, incluirán en sus resoluciones un pronunciamiento expreso sobre la imposición o no, como consecuencia accesoria, de la prohibición de contratar con el sector público, señalando además su alcance y duración.

2. La resolución que acuerde la imposición de una prohibición de contratar será comunicada, una vez sea firme, al Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 41.— *Procedimientos de declaración de prohibición de contratar.*

1. Las autoridades y órganos competentes que acuerden una prohibición de contratar que afecte específicamente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón comunicarán las sentencias, sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos correspondientes a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de que la Junta, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron.

2. Cuando concorra alguno de los supuestos de prohibición de contratar previstos en la legislación bá-

sica de contratos del sector público, el órgano competente deberá incoar el oportuno procedimiento para su declaración.

3. El plazo para resolver y notificar los procedimientos de declaración de prohibición de contratar será de ocho meses contados desde la fecha en la que el órgano de contratación acuerde la incoación del procedimiento.

4. Los acuerdos adoptados sobre prohibición de contratar se notificarán a los interesados. Todas las prohibiciones de contratar que se impongan por los órganos de contratación se inscribirán en una sección especial del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, especificando la fecha de imposición y su duración, y se publicarán en el «Boletín Oficial de Aragón».

5. La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón caducará pasados tres meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho registro tras el citado plazo.

Artículo 42.— Medidas de cumplimiento voluntario.

1. Todo operador económico que se encuentre en situación de prohibición de contratar podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

2. A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta de la que hubiese sido considerado responsable, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

3. En el caso de que un operador económico afectado por una prohibición de contratar presente a un órgano de contratación un programa de medidas adoptadas voluntariamente y solicite su participación en un procedimiento de adjudicación o envíe una oferta, el órgano de contratación remitirá a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón dicha documentación acompañada de un informe sobre la procedencia o no de admitirlas y, en consecuencia, de admitirlo a la licitación.

4. La Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón emitirá informe y lo notificará en el plazo de quince días desde que este fuera solicitado. La Junta de Contratación evaluará las medidas adoptadas por los operadores económicos teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la prohibición de contratar impuesta.

5. En el caso de que el informe de la Junta de Contratación Pública sea favorable, el órgano de contratación decidirá sobre la admisión del operador económico. Cuando las medidas de cumplimiento voluntario se consideren insuficientes, el operador económico recibirá decisión motivada sobre ello.

6. Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente artículo durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia.

CAPÍTULO IX

GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sección 1.ª

Órgano consultivo

Artículo 43.— Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón es el órgano colegiado de asesoramiento y coordinación en materia de contratación pública.

Sección 2.ª

Supervisión de la contratación pública

Artículo 44.— Funciones de supervisión de la contratación pública.

1. Las funciones de supervisión de la contratación pública respecto de todas las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley serán ejercidas por la Agencia de Integridad y Ética Públicas creada por Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, que asumirá como órgano equivalente las competencias y funciones asignadas en el sector público estatal a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

2. En materia de supervisión de la contratación pública, corresponderán a la Agencia de Integridad y Ética Públicas las siguientes funciones:

a) Velar por la correcta aplicación y el estricto cumplimiento de la legislación de la contratación pública, a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

b) Promover la concurrencia en la contratación pública, el respeto a los principios de publicidad y no discriminación, concurrencia, integridad y eficiencia de los fondos públicos en la contratación, y el seguimiento de las buenas prácticas.

c) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

3. En ejercicio de las funciones previstas en el apartado anterior, la Agencia de Integridad y Ética Públicas:

a) Podrá realizar encuestas e investigaciones, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes o cualquier información que aquella les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado.

b) Podrá remitir informes, a la vista del resultado de las encuestas e investigaciones a las Cortes de Aragón o, en su caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

c) Podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Agencia. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación.

d) Podrá elaborar estudios relativos a las funciones atribuidas.

4. Cada dos años, la Agencia de Integridad y Ética Públicas elaborará un informe de supervisión de la contratación pública que remitirá a las Cortes de Aragón. Este informe dará cuenta, entre otros contenidos, de las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la normativa de contratación pública o de inseguridad jurídica, así como sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, si las hubiere.

Dicho informe será objeto de publicación en la página web de la Agencia una vez remitido a las Cortes de Aragón.

5. Las funciones de supervisión se realizarán sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Cámara de Cuentas de Aragón, al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, a la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón y los órganos equivalentes de la Administración local, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y a los órganos de recurso que se creen en el ámbito de la Administración Local. A estos efectos, dichos órganos colaborarán con la Agencia de Integridad y Ética Públicas para la obtención de la información necesaria para que dicha Agencia pueda cumplir con las funciones que tienen encomendadas.

6. En el caso de que la Agencia de Integridad y Ética Públicas tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción administrativa, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos la Cámara de Cuentas de Aragón y el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Sección 3.ª

De los órganos de recurso especial y los medios alternativos de resolución de conflictos

Artículo 45.— *Cordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.*

Los órganos que sean creados para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento.

Subsección 1.ª El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Artículo 46.— *Naturaleza y competencias.*

1. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es un órgano colegiado especializado, adscrito orgánicamente al Departamento competente en materia de contratación pública, que goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación promovidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 de esta Ley.

La denominación «Tribunal Administrativo de Contratos Públicos» queda reservada a éste órgano.

Reglamentariamente, se podrá modificar el departamento de adscripción del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

2. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es competente para:

a) Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 200.000 euros y de suministros y servicios superior a 60.000 euros.

b) Adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar por las personas legitimadas en los procedimientos anteriormente establecidos.

c) Conocer y resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interpongan en los supuestos previstos en los artículos 101 y 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como adoptar las decisiones pertinentes sobre las medidas cautelares o provisionales que se puedan solicitar en tales casos.

3. De resultados del ejercicio de sus competencias, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón pondrá en conocimiento de las instituciones competentes en materia de competencia, auditoría y fiscalización o tributaria los hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones propias de los ámbitos de dichas instituciones.

Artículo 47.— *Composición.*

1. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón estará compuesto por un presidente y al menos dos vocales

2. El Presidente y los vocales del Tribunal serán nombrados por decreto del Gobierno de Aragón, previa información a las Cortes de Aragón y a propuesta del Consejero competente en materia de contratación pública.

La propuesta al Gobierno se hará previa convocatoria pública realizada por el Departamento competente en materia de contratación pública, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial de Aragón». En ella se especificarán los requisitos que habrán de reunir los que aspiren a ser designados para cubrir cada uno de los puestos convocados, que garantizarán la cualificación específica de todos los aspirantes para el desempeño de las competencias propias del Tribunal.

3. La designación del Presidente se realizará entre funcionarios de carrera del Grupo A1, con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública.

4. La designación de los vocales se realizará entre funcionarios de carrera del Grupo A1, con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública.

5. Uno de los vocales del Tribunal ejercerá las funciones de secretaría y actuará con voz y voto.

Artículo 48.— *Duración del mandato, incompatibilidades y garantías de los miembros del Tribunal.*

1. La duración del mandato de los miembros del Tribunal será de seis años y no podrá prorrogarse. En cualquier caso, cesado un miembro, este continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir.

2. El Presidente y los vocales desempeñarán su función en régimen de dedicación exclusiva. Los miembros del Tribunal ocuparán puestos integrados en su relación de puestos de trabajo, pasando a situación de servicios especiales en su puesto de origen.

3. A los miembros del Tribunal les resultará de aplicación el régimen de conflictos de intereses, dedicación exclusiva e incompatibilidades de las autoridades y cargos del sector público, y además, tendrán incompatibilidad con el desempeño de funciones directivas en los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales y con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal.

4. Los miembros de este Tribunal tendrán carácter independiente e inamovible y, consecuentemente, no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno de Aragón.
- c) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- d) Por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.
- e) Por incapacidad sobrevinida para el ejercicio de su función.

La remoción por las causas previstas en las letras c), d) y e) se acordará por el Gobierno de Aragón, previo expediente con audiencia del interesado.

Artículo 49.— *Especialidades procedimentales.*

1. La presentación del recurso en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se realizará exclusivamente de forma electrónica, conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente.

2. 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 se realizarán exclusivamente por medios electrónicos, en los términos que se determinen reglamentariamente.

3. El Tribunal, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar la inadmisión del recurso o la reclamación cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

- a) La incompetencia del Tribunal.
- b) La falta de legitimación del recurrente.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
- d) Haber finalizado el plazo de interposición del recurso.

El Tribunal, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse para que, en el plazo común de cinco días hábiles, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar.

4. Si el acto recurrido fuera el de adjudicación, y hasta la resolución del recurso en vía administrativa se produjese el vencimiento del contrato al que debiera suceder aquel cuya adjudicación se recurre, en aquellos casos en los que el interés público haga necesaria la continuidad de las prestaciones, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, por un periodo máximo de nueve meses y sin modificar las restantes condiciones del contrato.

5. La declaración de nulidad de los modificados y la concesión de prórrogas contrarios a la ley no podrá en ningún caso suponer un enriquecimiento injusto para el adjudicatario.

Subsección 2.ª

Órganos de recurso especial en el ámbito local

Artículo 50.— *Creación y competencias.*

1. 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 cuyo territorio forme parte de la Comunidad Autónoma de Aragón podrán crear un órgano colegiado, especializado y funcionalmente independiente, que ostentará la competencia para resolver los recursos a los que se refiere el art. 2 del artículo 45 de esta Ley.

2. Los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón no podrán asumir competencias para la resolución de recursos de otras administraciones locales aragonesas.

Artículo 51.— *Composición.*

1. Los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón tendrán carácter colegiado. El acuerdo de creación determinará el número de vocales que formarán parte de dicho órgano.

2. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros.

En todo caso, el nombramiento se realizará previa convocatoria pública que deberá publicarse en el Boletín Oficial de la respectiva provincia, que deberá ser comunicada el mismo día de esa publicación a la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón, quien podrá acordar igualmente su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón». En la convo-

catoria se especificarán los requisitos que habrán de reunir los que aspiren a ser designados para cubrir cada uno de los puestos convocados, que garantizarán la cualificación específica de todos los aspirantes para el desempeño de las competencias propias del órgano de recurso. La participación en las convocatorias no podrá limitarse a funcionarios de administración local. El plazo de presentación de solicitudes no podrá ser inferior a 20 días hábiles.

3. La designación del Presidente se realizará entre funcionarios de carrera del Grupo A1, con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública.

4. La designación de los vocales se realizará entre funcionarios de carrera del Grupo A1, con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública.

Artículo 52.— *Duración del mandato, incompatibilidades y garantías de los miembros del órgano de recurso.*

1. La duración del mandato de los miembros de los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón será establecida por la disposición que cree el órgano de recurso.

2. Durante su mandato, los miembros del órgano de recurso tendrán las mismas incompatibilidades y garantías que los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

3. La condición de miembro de los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón será incompatible con el ejercicio de funciones de asesoramiento o consultivas a los órganos de contratación, así como con cualesquiera otras relacionadas con la preparación, licitación, adjudicación, formalización, ejecución y fiscalización de contratos públicos.

Artículo 53.— *Especialidades procedimentales.*

1. El escrito de interposición del recurso podrá presentarse en los lugares señalados en el art. 51.3 de la Ley 9/2017, de 19 de octubre, de Contratos del Sector Público. Asimismo, podrá presentarse en el registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Los escritos presentados en registros distintos del propio del órgano de recurso deberán comunicarse a dicho órgano de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

2. Los acuerdos de los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón por los que se resuelvan los recursos interpuestos ante los mismos serán objeto de publicación en la sede electrónica del Ayuntamiento o la Diputación provincial inmediatamente después de ser comunicados al recurrente y al resto de interesados.

3. Serán igualmente aplicables a los órganos de recurso creados en los municipios de gran población y Diputaciones provinciales de Aragón el resto de especialidades procedimentales previstas para el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Subsección 3.ª

Medios alternativos de resolución de conflictos

Artículo 54.— *Arbitraje*

Los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

Disposición adicional primera.— *Régimen de contratación de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón.*

Los órganos competentes de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón ajustarán, en su caso, su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas.

Disposición adicional segunda.— *Composición de las Mesas de contratación y los Comités de expertos en Universidades Públicas integradas en el Sistema Universitario de Aragón.*

Las normas internas de organización de la Universidad de Zaragoza regularán la composición de las mesas de contratación y los comités de expertos que hayan de constituirse para la adjudicación de sus contratos, garantizándose en todo caso la debida cualificación técnica de los miembros de dichos órganos. En todo caso formarán parte de las mismas una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario.

Disposición adicional tercera.— *Comunicación de hechos a los órganos de defensa de la competencia.*

1. Los órganos de contratación y los que les auxilien en el ejercicio de sus competencias, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y el resto de órganos que conozcan de las cuestiones previstas en el apartado 2 del artículo 45 de esta Ley, la Junta de Contratación Pública y la Agencia de Integridad y Ética Pública notificarán al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón cualquier hecho que conozcan en el ejercicio de sus funciones que pueda constituir una infracción en materia de competencia.

2. Cuando resultase preceptiva la comunicación a los órganos de defensa de la competencia y, de conformidad con lo establecido en la normativa básica estatal, hubiese de quedar suspendida la preparación del contrato o su adjudicación, el órgano de contratación se pronunciará sobre el mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión transcurrido el plazo de quince días hábiles desde la citada comunicación.

Disposición adicional cuarta.— *Utilización de registros distribuidos.*

1. Para asegurar la integridad de los datos y documentos que consten en cualquier expediente, procedimiento o registro de contratación pública de

cualquier clase, podrán implementarse sistemas electrónicos de registro distribuido.

2. También podrán utilizarse, con plena validez legal, sistemas electrónicos de registro distribuido para la automatización de trámites o procesos que se realicen en el seno de procedimientos de contratación pública de cualquier clase.

3. A los efectos de lo dispuesto en esta disposición, tendrá la consideración de sistema electrónico de registro distribuido el que permita el almacenamiento de la información, o su representación digital mediante huella electrónica, de manera permanente, simultánea y sucesiva en una base de datos distribuida, de manera que quede garantizada la inmutabilidad de dicha información y se permita la auditoría de su integridad.

Disposición transitoria primera.— *Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.*

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 con negociación, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos 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.

Disposición transitoria segunda.— *Porcentajes de reservas sociales de contratos.*

En el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y los poderes adjudicadores dependientes de la misma, el porcentaje mínimo de reserva de contratos a favor de centros especiales de empleo y empresas de inserción queda establecido en el 7 por ciento para 2018 y 2019, que se incrementará un punto porcentual cada año, hasta alcanzar un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición transitoria tercera.— *Puesta en marcha de los órganos de recurso especial en los municipios de gran población y de las Diputaciones Provinciales de Aragón.*

1. En tanto los municipios de gran población y de las Diputaciones provinciales de Aragón no hayan constituido sus propios órganos de recurso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón será el competente para conocer de los recursos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 45 en relación con los contratos de dichas entidades.

2. La competencia temporal de los órganos de recurso especial que se creen en los municipios de gran población y de las Diputaciones provinciales de Aragón comprenderá los expedientes de contratación que se inicien tras su constitución. La competencia para conocer de los recursos que se presenten en relación con expedientes iniciados con anterioridad correspon-

derá al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Disposición transitoria cuarta.— *Informe de supervisión.*

En tanto no se constituya la Agencia de Integridad y Ética Públicas creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobará el informe de supervisión a que se refiere el apartado 4 del artículo 43 de esta Ley.

Disposición derogatoria única.— *Derogación normativa.*

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley, y expresamente, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Disposición final primera.— *Modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón.*

Se modifica el artículo 51.1 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, que queda redactado como sigue:

«Artículo 51.

1. Corresponde al Gobierno de Aragón autorizar los gastos de los Departamentos y Organismos en aquellos supuestos reservados por ley a su competencia y en los siguientes casos:

- a) Expedientes de contratación y encargos de ejecución de valor estimado superior a tres millones de euros.
- b) Acuerdos de concesión de subvenciones por importe superior a novecientos mil euros.»

Disposición final segunda.— *Modificación de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón.*

Se modifica la letra h) del artículo 21.1 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que pasa a tener la siguiente redacción:

«h) Autorizar expedientes de contratación y encargos de ejecución cuyo valor estimado supere los tres millones de euros y acuerdos de concesión de subvenciones de importe superior a 900.000 euros.»

Disposición final tercera.— *Referencias de género.*

En esta Ley, la utilización de sustantivos de género gramatical determinado en referencia a cualquier sujeto, cargo o puesto de trabajo debe entenderse realizada por economía de expresión y como referencia genérica tanto para hombres como para mujeres con estricta igualdad a todos los efectos.

Disposición final cuarta.— *Entrada en vigor de la Ley.*

1. La presente Ley entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón», salvo las disposiciones referentes al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y las correspondientes a los órganos de recurso especial en el ámbito local que entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación de la Ley en el «Boletín Oficial de Aragón».

2. El artículo 35 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.

3. Los apartados 1 y 2 del artículo 49 entrarán en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refieren los mismos.

Disposición final quinta.— *Desarrollo normativo.*

Se faculta al Consejero competente en materia de contratación pública para el desarrollo reglamentario de las disposiciones de esta Ley que así lo requieran.

