

La contratación pública estratégica. Con especial referencia al acceso de las pymes en las compras públicas.

Alejandro Manuel Canónico Sarabia

Tesis doctoral UDC / 2018

Director: Juan José Pernas García

Tutor: Víctor Rafael Hernández-Mendible

Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Alejandro Canónico S.

J. José Pernas García

Víctor Hernández-Mendible

Dedico esta obra a las personas decentes de mi país (Venezuela).

A mis padres Agustín y Chela

A mí amada Lulú y a mis queridos hijos:

Diego y Kamila, por su paciencia

AGRADECIMIENTOS.

Interpretando el viejo adagio castellano: “*Es de bien nacido ser agradecido*”, en esta oportunidad es menester agradecer a varias personas quienes de alguna forma contribuyeron al desarrollo y culminación de este trabajo.

A mi querido amigo y tutor, Víctor Hernández-Mendible, por mostrarme este camino. Su constante apoyo y estímulo permitieron hacerlo posible.

A mí estimado Director de tesis, José Pernas García, por su colaboración y sus valiosas observaciones y sugerencias para la redacción de este trabajo.

Al catedrático Jaime Rodríguez-Arana Muñoz por su apoyo y su amistad

A todos mis compañeros del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, con quienes he forjado una sincera amistad. Especialmente a María del Carmen y a Jennifer, por todo su apoyo durante el doctorado y sobre todo en la intensa fase final.

A mi asistente Leticia Espinoza, por su valiosa y necesaria colaboración desde la distancia.

A todo el equipo docente del Departamento de Derecho Administrativo de la *Universidad Da Coruña*, así como de las Universidades Iberoamericanas involucradas en el programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano..

A las autoridades de la Universidad Monteávila de Caracas, Venezuela, por su confianza.

Por último, al Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla La Mancha, por recibirme en una enriquecedora estancia de investigación.

Resumo

De acordo coas actuais Directivas europeas sobre contratación pública, a contratación pública estratéxica consiste na incorporación de políticas de desenvolvemento ambiental, social, ético, económico, de innovación e promoción das pemes, sen esquecer o cumprimento dos principios xerais de contratación pública. Elementos que foron incorporados e reforzados na Lei 09/2017, dos contratos do sector público, nos que se determina que en todos os contratos públicos, os criterios sociais e ambientais que se relacionan co obxecto do contrato deben ser incorporados de forma transversal, e ademais , facilitarase o acceso á contratación pública das pemes. Tendo en conta as limitacións que teñen as pemes para acceder ás compras públicas, estudanse medidas para fomentar a participación, que se resumen en dous grandes bloques. En primeiro lugar, as medidas para promover as pemes dende a perspectiva da dimensión dos contratos, referíndose principalmente á división en moitos grandes contratos; e en segundo lugar, as medidas relacionadas co acceso á información, a simplificación administrativa e a contratación electrónica foron incluídos como mecanismos para promover a participación das PEME en compras públicas estratéxicas.

Resumen

De acuerdo con las vigentes Directivas Europeas sobre contratación pública, la compra pública estratégica consiste en la incorporación de políticas en materia ambiental, social, ética, económica, de innovación y de promoción de las pymes, sin olvidar el cumplimiento de los principios generales de las contrataciones públicas. Elementos que resultaron incorporados y potenciados en la Ley 09/2017, de contratos del sector público, en la cual se determina que en toda contratación pública se deben introducir de manera transversal criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, y además, se facilitará el acceso a la contratación pública de las pymes. En vista de las limitaciones que presentan las pymes para acceder a las compras públicas, se estudian las medidas para fomentar dicha participación, que se resumen en dos grandes bloques. En primer lugar, las medidas de fomento de las pymes desde la perspectiva de la dimensión de los contratos, principalmente referidas a la división en lotes de los grandes contratos; y en segundo lugar, se ubicaron a las medidas vinculadas

con el acceso a la información, la simplificación administrativa y la contratación electrónica como mecanismos para promover la participación de las pyme en la compra pública estratégica.

Abstract

According to the current European Directives on public procurement, strategic public procurement consists of the incorporation of policies on environmental, social, ethical, economic, innovation and promotion of SMEs, without forgetting compliance with the general principles of Public contracts. Elements that were incorporated and strengthened in Law 09/2017, of contracts of the public sector, in which it is determined that in all public procurement, social and environmental criteria that relate to the object of the contract must be incorporated transversally, and in addition, access to public procurement of SMEs will be facilitated. Considering the limitations that SMEs have to access public purchases, measures to encourage such participation are studied, which are summarized in two large blocks. In the first place, the measures to promote SMEs from the perspective of the dimension of contracts, mainly referring to the division into lots of large contracts; and secondly, measures related to access to information, administrative simplification and electronic contracting were included as mechanisms to promote the participation of SMEs in strategic public purchasing

OBJETIVO GENERAL

Analizar la dimensión de la contratación pública estratégica, tomando como referencia los principios generales de la contratación pública. Con especial énfasis en el análisis de las medidas jurídicas de fomento para el acceso de las pymes en las compras públicas, con base al Derecho de la Unión Europea y al Derecho Español.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Estudiar el marco conceptual de la contratación pública y sus principios generales con una perspectiva comunitaria.

Analizar la visión estratégica de la contratación pública, desde sus principales objetivos, vinculados a la sostenibilidad, a la inclusión de aspectos sociales y desde la incorporación de las pymes en las compras públicas.

Evaluar las medidas para promover el acceso de las pymes en el mercado de las contrataciones públicas con relación a la dimensión del contrato, principalmente referidas a la división en lotes, la participación en uniones de empresas y a través de la subcontratación.

Analizar las instituciones jurídicas vinculadas al acceso a la información y la transparencia, a la simplificación administrativa y a la contratación electrónica como mecanismos para promover la participación de las pymes en el contexto de la compra pública estratégica.

METODOLOGIA

Tratándose de una investigación teórica en el área jurídico-social, la metodología empleada fue la de investigación clásica documental, cumpliendo las siguientes fases: planteamiento del problema, determinación del estado de la cuestión, detección de problemas, y proposición de soluciones. Se partió de la recopilación y estudio de los textos de Derecho positivo disponibles en las bibliotecas físicas y digitales, así como en los portales oficiales (o extraoficiales en su defecto, pero procurando garantizar su carácter fidedigno), o de ejemplares de los boletines o gacetas oficiales.

Igualmente se consultó la jurisprudencia de los distintos tribunales que se han pronunciado sobre el tema, así como la doctrina de los órganos administrativos españoles de contratos, la doctrina científica más relevante, con especial énfasis en la doctrina española, visto su desarrollo en el área temática, para luego procurar obtener la principal bibliografía vinculada con los objetivos de la investigación. Se finalizó con unas conclusiones que ofrecen una visión general del estado actual de la regulación en el tema, a la luz de las principales y más recientes tendencias europeas y españolas, y de los correspondientes marcos normativos y jurisprudenciales.

INDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
Resumo	5
OBJETIVO GENERAL.....	7
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
METODOLOGIA	8
LISTADO DE ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	16
I. INTRODUCCION A LA NOCION DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS GENERALES. 30	
1. Los principios generales de la contratación pública.	37
1.1. El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación	45
1.2. El principio de libertad de acceso y la competencia	53
1.3. El principio de publicidad y transparencia en la contratación pública.....	56
1.3.1. La confidencialidad como excepción al principio de publicidad	59
1.4. El principio de eficiencia y la eficacia en la contratación pública.....	62
1.5. El principio de proporcionalidad como clave para las compras públicas estratégicas	68
1.6. Otros principios jurídicos presentes en las contrataciones públicas	72
II. VISION ESTRATEGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	76
1. El desarrollo sostenible como principio fundamental en la contratación pública	76
2. La integración de aspectos sociales en la contratación pública y la contratación pública socialmente responsable.....	86
2.1. La responsabilidad social corporativa (RSC) en la contratación pública. Reflexiones sobre la exigencia por un comportamiento empresarial adecuado.	98
3. La contratación pública estratégica. La optimización de la contratación pública.....	103
3.1. Principios de la compra pública estratégica	107
3.2. Objetivos generales de la compra pública estratégica	113
4. La participación de las pymes en la contratación pública.....	115
4.1. Definición y características de las pymes.....	118
4.2. La importancia de las pymes para el desarrollo sostenible del estado a través de las contrataciones públicas	128

4.3.	Visualización de las principales dificultades que afrontan las pymes.	131
4.4.	Planes y programas generales implementados como medidas de fomento y apoyo a las pymes.	141
4.5.	Las garantías para el acceso de las pymes a la contratación pública como política estratégica del Estado.	144
III. MEDIDAS PARA PROMOVER EL ACCESO DE LAS PYMES A LA CONTRATACION PÚBLICA CON RELACION A LA DIMENSION DEL CONTRATO.		
147		
1.	La división de los grandes contratos en lotes:	147
1.1.	La división en lotes de los grandes contratos como una ventaja práctica y competitiva para el acceso de las pymes a la contratación pública	153
1.2.	La necesaria determinación del objeto del contrato	157
1.2.1.	Las reglas generales para la determinación del valor estimado del contrato	161
1.2.2.	El cálculo del valor estimado del contrato para la adjudicación simultánea por lotes separados	165
1.3.	Las formas de dividir los contratos para su adjudicación simultánea en lotes y la discrecionalidad de los poderes adjudicadores.	168
1.3.1.	Las consultas preliminares del mercado como mecanismo útil para el diseño estratégico de la contratación pública.	173
1.3.2.	La división en lotes del contrato bajo criterios cuantitativos.	176
1.3.3.	La división del contrato en lotes con base en criterios cualitativos	179
1.4.	La limitación en la oferta y en la adjudicación de los lotes en los que se divide el contrato.	181
1.4.1.	La adjudicación a ofertas integradoras para armonizar los principios de competencia y eficiencia	186
1.5.	La decisión de no dividir el contrato en lotes.	191
1.5.1.	Motivos válidos que justifican la no división en lotes	194
1.6.	La reserva de lotes contractuales a sectores especiales	197
1.7.	La división en lotes en los acuerdos marco y en los sistemas electrónicos de adquisición, para facilitar el acceso de las pymes en la contratación pública.	201
1.7.1.	En cuanto a los acuerdos marco	201
1.7.2.	Sobre los sistemas dinámicos de adquisición y las pymes	206
1.8.	El fraccionamiento fraudulento contractual	208
1.9.	El fraccionamiento fraudulento a través del empleo del contrato menor	212
2.	Las formas de participación de las empresas emergentes en las compras públicas.	219
3.	Participación de las pymes en la contratación pública por medio de uniones temporales de empresarios (UTE)	224

3.1.	Consecuencias jurídicas derivadas de las modificaciones en la conformación de las uniones temporales de empresarios	232
3.2.	Referencia a la posibilidad de recurrir a capacidades externas para cumplir con las solvencias requeridas	235
4.	La subcontratación y las pymes en el contexto de las compras públicas estratégicas .	238
4.1.	La regulación de la subcontratación en las compras públicas	240
4.2.	Límites legales que afectan la procedencia de la subcontratación.	242
4.3.	Requisitos de procedencia para la celebración de los subcontratos.	245
4.4.	Obligación del subcontratista frente el contratista principal.....	248
4.5.	La distinción entre la figura de la cesión del contrato con respecto a la subcontratación.	249
4.6.	La utilización de la subcontratación por parte de las pymes en la contratación pública.....	252
4.6.1.	La garantía del pago oportuno a los subcontratistas.	254
IV.	ACCESO A LA INFORMACION, SIMPLIFICACION ADMINISTRATIVA Y LA CONTRATACION ELECTRONICA COMO MECANISMOS PARA PROMOVER LA PARTICIPACION DE LAS PYME EN EL CONTEXTO DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA.	260
1.	El acceso de las pymes a la información de calidad y sin coste en la contratación pública	262
1.1.	La nueva regulación del perfil de contratante.	267
1.2.	La plataforma de contratación del sector público.	274
1.3.	El Registro de contratos del sector público.	278
1.4.	La obligatoriedad de la utilización del vocabulario común de contratos públicos (Código CPV).....	280
2.	Simplificación y reducción de las cargas administrativas para promover la participación de las pymes en las compras públicas	283
2.1.	La declaración responsable como forma simplificada de acreditar los requisitos de contratación	286
2.1.1.	La declaración responsable en las compras públicas	291
2.1.2.	El carácter obligatorio de la declaración responsable en las compras públicas estratégicas.	295
2.1.3.	El control ejercido por los órganos de contratación sobre la declaración responsable.	297
2.1.4.	El falseamiento de la información contenida en la declaración responsable y sus consecuencias.	300
2.2.	El empleo del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC)	304
3.	Los medios electrónicos como garantía de acceso de las pymes en las compras públicas	310

3.1. El sistema electrónico de comunicación e información (<i>e-Certis</i>)	319
3.2. La factura electrónica en la contratación pública como medio para facilitar la participación de las pymes.	323
3.2.1. Factura electrónica, simplificación e interoperabilidad.	326
3.2.2. Las ventajas que aporta la factura electrónica para las pymes en las compras públicas	330
CONCLUSIONES	337
BIBLIOGRAFIA.....	352

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CCE	Código civil español
CCV	Código civil venezolano
CE	Constitución Española
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas
CPA	Clasificación Común de Productos por Actividad
CPC	Clasificación Central de Productos
CPV	Vocabulario común de contratos públicos
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DEUC	Documento europeo único de contratación
DLCP	Decreto con rango, valor y fuerza de ley de contrataciones públicas
	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas
Directiva 2010/45/UE	Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta a las normas de facturación
Directiva 2014/23/UE	Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
Directiva 2014/24/UE	Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
Directiva 2014/25/UE	Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
Directiva 2014/55/UE	Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ENI	Esquema Nacional de Interoperabilidad
EUROPA 2020	Comunicación de la Comisión europea denominada: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Estrategia

	Europa 2020.
INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
LCSP	Ley de contratos del sector público
LOCGRYSNCF	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal
LOPC	Ley Orgánica del Poder Ciudadano
LTAIBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
Ley 3/2004	Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
Ley 15/2010	Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
Ley 14/2013	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización
Ley 25/2013	Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público
Ley 39/2015	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas
Ley 40/2015	Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
RGLCA	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dictado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre
RLCP	Reglamento de la Ley de Contratación Pública venezolana de 2009
ROLECE	Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público
SPA-TSJ	Sala política administrativa del Tribunal supremo de justicia venezolano
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TCA	Tribunal de contratos administrativos
TACPM	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid

TED	Boletín de la Unión Europea en contratación pública (<i>Tenders electronic daily</i>)
TIC	Tecnología de la información y de la comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	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 (texto derogado)
TSJ	Tribunal supremo de justicia venezolano
UE	Unión Europea
UTE	Unión temporal de empresarios
UNSPSC	Código Normalizado de Productos y Servicios de las Naciones Unidas, o su identificación en inglés <i>United Nations Common Coding System</i> (UNCCS).

INTRODUCCIÓN

El estado está llamado a propiciar las condiciones necesarias para promover el progreso social, económico y cultural que les garantice a todas personas una elevada calidad de vida¹. Para cumplir con tal cometido dentro del sistema democrático, debe un asegurar un clima de paz, prosperidad, mantener instituciones públicas sólidas y confiables, y un ordenamiento jurídico estable, racional y coherente, para generar seguridad jurídica; así mismo debe profundizar en la planificación y ejecución de importantes políticas públicas eficientes (económicas, sociales, ambientales y de innovación) que aseguren el cumplimiento con el verdadero y concreto interés general. Lo recomendable sería que el estado no actúe sólo, que permita la participación externa (tanto pública como privada) y propicie el intercambio de iniciativas, proyectos y recursos para garantizar las ejecutorias consensuadas de aquellas políticas públicas.

El desarrollo y la innovación se aseguran con la posibilidad cierta de las alianzas y la participación del sector privado conjuntamente con los órganos del poder público, en los diversos sectores de la economía nacional, asegurando con ello el impulso de la fuerza productiva y la mejora de los bienes y servicios, lo que debe traducirse, a su vez, en mejora de la calidad de vida de los ciudadanos. Se insiste, que las actividades de los órganos del Estado y así de los agentes privados que concurren con éstos en la gestión pública, deben apuntar a la protección de la garantía de la dignidad humana, recogida por las Constituciones políticas modernas, y que en el caso Español, aparece en su preámbulo y en su importante artículo 10. Esa directriz clara que el constituyente aporta, en donde la gestión pública debe estar centrada en el ser humano, determina la hoja de ruta hacia el progreso basada en un desarrollo sostenible.

La noción de desarrollo sostenible², como lo veremos a lo largo del trabajo, nos invita a la realización de actividades productivas, a la explotación de recursos, a la generación y orientación de los medios tecnológicos, y a las inversiones, en forma racional, equitativa, equilibrada y armónica con el entorno, para garantizar la

¹ Véase el preámbulo de la Constitución Española (CE)

² Sobre el origen de la noción de desarrollo sostenible se recomienda consultar con provecho: HERNANDEZ-MENDIBLE, V., (2014) “El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el Mercosur”, en Carlos Tablante y Henry Jiménez Guanipa (Dir.) *Petróleo: bendición o maldición*, La Hoja del Norte, Caracas, p. 589-598.

satisfacción de las necesidades humanas y sociales fundamentales, sin afectar la generación actual, ni las futuras. La sostenibilidad se manifiesta a través de vertientes sociales, ambientales, económicas y éticas. Y son esos conceptos fundamentales, que insertos dentro de las compras públicas, constituyen las líneas generales de esta investigación. En fin, en los tiempos que vivimos, la sostenibilidad se constituye en un principio que debe impregnar a toda la actuación de órganos del Estado, y por ende, debe ser considerada seriamente por los poderes adjudicadores en la tramitación de las compras públicas.

Las economías nacionales requieren de una planificación y de una gestión eficiente de los asuntos públicos por parte del Estado, pero al mismo tiempo, requieren del emprendimiento y la iniciativa que se gesten y desarrolle desde el sector privado, para juntos contribuir con el desarrollo y la innovación; cada uno desde sus respectivos espacios, pero pudiendo coincidir en algunos escenarios, como sería el caso de la contratación pública³. El sector empresarial constituye una de las principales fuentes de emanación de la capacidad innovadora que trae consigo el crecimiento y, mejor aún, el desarrollo sostenible de un país. Precisamente, Las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo pymes) representan un factor muy importante, desde el sector privado, para la economía de un Estado, pudiendo perfectamente influir en la misma, a los fines de coadyuvar en su fortalecimiento. Es por ello que el presente estudio se centra en la participación de las pymes en las compras públicas estratégicas, en el marco del Derecho Español y europeo.

Dentro del estudio de las pymes, resulta conveniente referirse brevemente a una aproximación histórica de la figura empresarial, para ello debemos partir de la consideración del desarrollo económico de España, el cual se produjo pasado los años 60, inicialmente a partir del desarrollo de la industria y posteriormente, sobre los años 70, gracias al fortalecimiento de la actividad turística, como refiere YBARRA PEREZ: “...hasta entonces es el sector primario, la agricultura, la actividad que sostiene la

³ RODRIGUEZ-ARANA, considera que: “La actividad contractual que realizan las diferentes administraciones públicas consiste en ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos contando con la colaboración del sector privado. Primero porque tales actividades no se pueden realizar directamente por la propia Administración y segundo porque, de esta manera, se asocia a la sociedad en la función de servicio al interés general, que ni es privativa de la Administración ni sólo a ella concierne.” (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013) “Compra pública estratégica”, en José Pernas García (Dir.) *Contratación Pública Estratégica*, Editorial Aranzadi, Madrid, p. 31)

economía en España.” (...) “La guerra civil española y el aislacionismo internacional del gobierno franquista, ahondaron en el hecho de que España fuese un país económicamente cerrado en sí mismo, donde la industria -motor de una posible evolución económica y social- no trasciende salvo en determinados núcleos; hacia mediados del XX, la mitad de la población activa española pertenecía al sector agrario”⁴.

Como muestra la doctrina, el modelo económico de industrialización española que se desprende de la breve aproximación histórica, se concentraba resumidamente en tres aspectos particulares: “...*el primero, en cuanto al fuerte apoyo que la estructura productiva ha tenido de pequeñas y medianas empresas; en segundo lugar, por el hecho de que la producción estuviese concentrada en determinadas zonas especializadas, áreas y ciudades quasi monoproductoras; y en tercer lugar, por su fuerte inclinación en centrarse en productos manufacturados de arraigo tradicional*”⁵. A partir de las anteriores bases se perfila el modelo de desarrollo económico español, basado en una estructura productiva fundamentalmente de pequeñas y medianas empresas, incluso de empresas familiares muchas de ellas, ejecutando actividades de contenido artesanales, de origen tradicional y de fuente local, sin mayores inversiones en tecnología o innovaciones.

Una sociedad industrial inserta en una economía productiva de escala media fundada en la gente, sus costumbres y tradiciones, sin grandes inversiones en infraestructura o innovación, pero con un gran esfuerzo físico e intelectual. Por ello se concluye que se trataba efectivamente de una economía productiva basada en pequeños y medianos empresarios, quienes desarrollaban sus actividades con mucho ímpetu debido a que obraban en función de sus profundos conocimientos sobre el determinado sector y confiados en su capital humano en el que el trabajo era su vida y quienes exhibían gran potencial de producción.

Lo anterior trajo como consecuencia que se experimentara un crecimiento del número de empresas industriales en España, desde los años 60 hasta nuestros días,

⁴ YBARRA PÉREZ, J.A. (2012) *La política industrial y la PYME en España: la relevancia del territorio industrial policy and smes in spain: the importance of territory*, en Revista de Estudios Empresariales, España, Segunda época, N° 1, p. 28. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5089668.pdf> (página consultada el 30 de enero de 2018)

⁵ YBARRA PÉREZ, J.A. (2012) *La política industrial y la PYME en España...op. cit.* p. 29.

principalmente de las pequeñas y medianas empresas. Efectuando un comparativo con respecto al crecimiento poblacional, el desarrollo empresarial fue el doble de aquella, mientras que la población crecía en un 1.5, el tejido empresarial lo hacía en 3. En tal sentido, las empresas de reducida dimensión experimentaron el mayor crecimiento, se entiende que se convirtieron en el nuevo conjunto empresarial que influenciaba en la economía española, representado por un conglomerado de personas con confianza, esperanzas y perspectivas, forjado lejos de las bases del capitalismo y de la desmedida ambición comercial.

Ese crecimiento exponencial de las pymes en España se debe principalmente a esa conducta personal que se le imprimió a la incipiente organización industrial inspirada en la tradición y en el conocimiento empírico, pero técnico y social, del sector industrial respectivo; que se vio potenciado por la apertura de la economía española al exterior influenciado por las exigencias del mercado común europeo, así como el resto de los mercados internacionales, que demandan cada vez más productos y servicios, obligando a aumentar considerablemente la oferta y por ende a ampliar la capacidad de producción. Como lo afirma la doctrina, el desarrollo industrial español, asimilado al crecimiento de las pequeñas y medianas empresas fue progresivamente manifestándose en el tiempo.

Dentro de la breve perspectiva histórica que se ha venido desarrollando, se puede advertir a título de resumen, que la evolución de las pequeñas y medianas empresas ha estado presentes como factor fundamental en la historia de la economía española, y pareciera que seguirán allí como parte esencial de su existencia e identidad. Realidades incuestionables que denotan una situación fáctica que se debe tomar en cuenta, y considerar significativamente, con el objeto de trazar una planificación estratégica para afrontar los retos del desarrollo económico y social de cualquier estado en el presente y con la mirada puesta en el futuro.

En concreto, las pymes son empresas⁶ que se identifican por su reducida capacidad de producción, dimensión y/o tamaño, con respecto a las grandes empresas

⁶ Según la Recomendación de la Comisión Europea, de fecha 6 de mayo de 2003, (2003/361/CE), define empresas de la siguiente forma: *“Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.”*

que operan en los sectores comerciales, industriales, de servicios, entre otros. Cuya dimensión le genera inconvenientes, pero al mismo tiempo les aporta valor. Lo cierto es que la operatividad de estas entidades representa un componente clave para la generación de empleos y desarrollo económico del país. Si se asocia con el mercado de las compras públicas, su capacidad de prosperidad se potencia. Dentro de este orden de ideas, se puede mencionar que para el ordenamiento jurídico español, el cual muestra una estructura empresarial basada en pequeñas y medianas empresas: *“La PYME constituye un factor clave de estabilidad y competitividad. Su importante papel en materia de creación de riqueza y generación de empleo; su flexibilidad de adaptación a los cambios producidos por los ciclos económicos, y su gran sensibilidad a los procesos de relanzamiento de la inversión, contrastan con las desventajas comparativas inherentes a su pequeña dimensión”*⁷.

Estas desventajas que presentan estas empresas de acuerdo a su pequeña dimensión y a los escasos recursos con los que cuentan, se manifiestan en su gran mayoría en limitaciones, pudiendo mencionarse como algunas de ellas: i. Dificultad para acceder al mercado financiero (en cuanto a la solicitud y obtención de créditos), ii. Acceso restringido a las compras públicas y al sistema de información relacionado con este tipo de procedimientos, iii. Excesivos trámites burocráticos, entre otras, iv. Dificultad en el acceso a las nuevas tecnologías, así como a la innovación, lo que dificulta su expansión y crecimiento económico.

La economía española o su tejido productivo está compuesto mayoritariamente por pymes, que representan el 99,9 % del total del sector productivo; dentro de ellas el sector servicios se impone con un 82% de las empresas españolas, y que, en su conjunto, tienen una particular importancia en su contribución a la generación de empleos estables, ocupando cerca del 66,4 % del total de los trabajadores, lo que representa la media de los estados miembros de la Unión Europea (en lo sucesivo UE), ayudando a reducir el indeseable paro laboral⁸. Y tradicionalmente, las pymes constituyen el sector que más sufre las crisis económicas aluvionales, debido a su escaso

⁷ Exposición de Motivos de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, Sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantías Recíprocas. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 61, de 12 de marzo de 1994. Referencia: BOE-A-1994-5925.

⁸ Vid. Retrato de las pyme 2017, estudio elaborado por la Subdirección General de Apoyo a las PYME de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo del Gobierno Español, disponible en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2017.pdf> (consultada el 03 de septiembre de 2018)

margen de maniobra en esas coyunturas, sin embargo, según las proyecciones económicas, en sus manos podría estar gran parte del motor para la recuperación económica de los Estados. Pero las anteriores cifras, aun cuando son de reciente data, reflejan una realidad que no es nueva, y que ha sido previamente advertida.

Por su parte, en los procesos de contrataciones públicas se maneja alrededor del 20% del PIB en la UE; por lo que, junto a las pymes, constituye uno de los mecanismos fundamentales para lograr los objetivos de crecimiento, desaceleración de la crisis, disminución de los índices de desempleo y generación de bienestar, dentro del contexto de un desarrollo sostenible, tomando en cuenta las políticas en materia ambiental, social, económica, ética, de innovación y de integración, en ese sector, sin olvidar los principios fundamentales de las contrataciones públicas.

No obstante, se insiste, que la debilidad de las pymes, representada por su tamaño, les genera ciertos y determinados inconvenientes a la hora de acceder con solvencia y pertinencia al mercado de las compras públicas. Los principales problemas o limitaciones⁹ que presentan las pymes para su participación en las contrataciones públicas fueron advertidos por la Comisión europea al dictar el “Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos”, de 25 de junio de 2008, SEC (2008)2193¹⁰, donde, además, se plantean fórmulas para solventar dicha situación adversa.

Este código ya había tenido unos antecedentes previos que se habían pronunciado sobre las citadas limitaciones y sus posibles soluciones, como son: i. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2008) 394 final, 25.6.2008, denominado «Pensar primero a pequeña escala» «*Small Business Act*» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas¹¹; ii. *Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU* [Informe sobre la Evaluación del acceso por las

⁹ Las pyme, presentaban algunos problemas a la hora de acceder a los contratos públicos, que pudiéramos resumir en: i. Solvencia o capacidad exigida para participar en los procedimientos, ii. Acceso a la información y exceso de trámites, iii. Financiamiento, y iv. Retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

¹⁰ Disponible en:

http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/regulacio_juridica/codigo-buenas-practicas.pdf consultada el 19 de enero de 2016.

¹¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52008DC0394> consultada el 19 de enero de 2016.

PYME a los mercados de contratación pública de la UE], Informe final de *GHK y Technopolis*¹²; iii. El informe de síntesis de la consulta pública sobre la «Ley de la pequeña empresa» (*Small Business Act - SBA*) cerrada el 30 de marzo de 2008¹³, y el estudio de 1999 de la Red europea de investigación sobre las pymes (ENSR)¹⁴.

Los anteriores instrumentos fueron dictados a la par de otros, que aun cuando no se referían específicamente a las pymes, determinaban la importancia estratégica para el desarrollo sostenible de las contrataciones públicas, como fueron: i. El importante Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se firmara originalmente en Marrakech el 15 de abril de 1994, revisado en el año 2012; ii. El Libro Verde de la Comisión Europea “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” (1996); iii. Las Comunicaciones interpretativas dictadas por la Comisión Europea en el año 2001, encaminadas sobre la posibilidad de integrar aspectos sociales y medioambientales en las compras públicas: COM (2001) 274, final, Bruselas 4.7.2001¹⁵, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, y COM (2001) 566 final, Bruselas 15.10.2001, sobre la legislación comunitaria de aspectos sociales en dichos contratos¹⁶; y iii. La comunicación sobre contratación pública para un medio ambiente mejor, de 16 de julio de 2008, elaborado por la Comisión Europea, y cuyo fin fue impulsar lo que se denomina la *contratación pública ecológica* (CPE)¹⁷.

Luego se produjeron las Directivas que sobre contratación pública dictó el Parlamento Europeo el 31 de marzo de 2004 (Directiva 2004/17/UE y Directiva 2004/18/UE), que derogaron las Directivas 92/50/CE y 93/36/CE; imbuidas por todas las anteriores regulaciones y los documentos recomendatorios que se habían dictado previamente y que inspiraron su sincera intención de mejorar los procedimientos de

¹² Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm consultada el 20 de enero de 2016.

¹³ Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/docs/sba_consultation_report_final.pdf; consultada el 20 de enero de 2016.

¹⁴ Disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/ensr_6th_report_en.pdf; consultada el 20 de enero de 2016.

¹⁵ Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-274-ES-F1-1.Pdf> consultada el 30 de noviembre de 2016

¹⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0566> consultada el 30 de noviembre de 2016

¹⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aami0002> consultada el 1 de diciembre de 2016

contratación públicas, y donde ya se asomaba la incorporación de criterios ambientales, sociales y de participación de las pymes en las compras públicas, pero no con la intensidad necesaria¹⁸.

Y en fin, hace su aparición en escena la vital Comunicación de la Comisión Europea, denominado: «Estrategia Europa 2020» 3.3.2010, COM(2010) 2020 final¹⁹, que propone un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, para lograr una economía con alto nivel de empleo, productividad y de cohesión social. Este instrumento de referencia propone tres prioridades fundamentales: i. Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; ii. Crecimiento sostenible: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; y iii. Crecimiento integrador: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. Constituyendo la contratación pública y el apoyo integral a las pymes, una de las estrategias planteadas para abordar los objetivos que la Unión Europea (UE) se ha fijado. Es lo que el nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública de 2014, más tarde denominaría “contratación estratégica”²⁰.

Al año siguiente, la Comisión Europea, vuelve con otro instrumento de relevancia, esta vez con su Comunicación, de 13 de abril de 2011, titulada: “Acta del

¹⁸ Para esa fecha ya el profesor GIMENO FELIU abogaba por una regulación adecuada de la contratación pública que tuviera “...en cuenta el impacto y rol de las pymes, ya que la mayor participación de las pymes en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos.”(GIMENO FELIU, J.M. (2012) “Contratación pública y PYMES: Hacia una nueva cultura”, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 24/09/2012.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.70/recategoria.121/reلمenu.3/chk.a151a6d0b4780b61d79c07eb359b47f1> consultada el 14 de febrero de 2015.

¹⁹ Disponible en: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es consultada el 12 de febrero de 2015

²⁰ El considerando 2 de la Directiva 24/2014/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, señala expresamente lo siguiente: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo(..), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.”

Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza”²¹, donde se incluye la obligación de revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos en función de su eficiencia y para que los contratos públicos puedan servir mejor como apoyo al resto de las políticas públicas, y allí, nuevamente las pymes se colocan en una posición de importancia. Luego surge el Informe Preliminar *Rühle* (2011)²², sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)) de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor la Comisión parlamentaria para el Mercado interior, donde se plantearon los siguientes objetivos para la reforma normativa europea: 1. Mejorar la claridad legal, clarificando el ámbito de aplicación y depurando conceptualmente la colaboración público-pública; 2. Aclarar el concepto de oferta económicamente más ventajosa en términos de beneficios económicos sociales y medioambientales; 3. Simplificación de los procedimientos, y de las normas, insistiendo en la necesidad de una adecuada formación de los operadores económicos y autoridades adjudicatarias, así como la profesionalización de los gestores de la contratación; 4. Abrir la contratación al acceso de la pymes; 5. Procedimientos más eficaces que promuevan la innovación; y 6. Generalización del uso de la contratación electrónica.

Pues bien, el 28 de marzo de 2014 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo DOUE) las vigentes Directivas dictadas por el Parlamento Europeo sobre contratación pública (2014/23/UE, de sectores especiales 2014/24/UE, clásica, y 2014/25/UE, de concesiones)²³, que representan la cuarta generación de Directivas Europeas en los temas de compras públicas, donde se plantean una serie de aspectos novedosos encaminados a influir en las regulaciones internas de los Estados miembros, inspirados muchos en la doctrina jurisprudencial aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los últimos años, en la “Estrategia Europa 2020”, y, en lo que respecta a las pymes, en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», de la Comisión, de 25 de junio de 2008. En consecuencia, en las señaladas Directivas se destaca como apuesta principal la visión estratégica de la contratación, entendiendo por ella los

²¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:es:PDF> consultada el 21 de noviembre de 2016

²² Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/projet_rapport/2011/467024/IMCO_PR\(2011\)467024_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/projet_rapport/2011/467024/IMCO_PR(2011)467024_ES.pdf) consultado el 21 de noviembre de 2016

²³ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0024+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES#BKMD-8> (consultada el 10/02/2016)

procesos de compras públicas donde se implementen las políticas públicas que se consideren esenciales para el progreso de los Estados que integran la UE, en la cual se incorporen criterios de sostenibilidad: ambientales, sociales, económicos, innovadores, éticos y, por supuesto, donde se fomente la participación de las pymes para contribuir al desarrollo económico.

Esa visión estratégica la encontramos reflejada de forma clara y específica, entre otros, desde los considerandos 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE, en donde se determina de manera expresa, como premisa fundamental, que las contrataciones públicas deben adaptarse a las necesidades de las pymes, lo que supone un esfuerzo de los poderes adjudicadores para asumir ese estado de conciencia de facilitar el acceso a las pymes como mandato firme irradiado de las Directivas europeas, e implementarlo de manera decidida y sin ambigüedades²⁴.

En ese sentido, los referidos instrumentos normativos europeos, fijan como una de sus principales estrategias para el desarrollo integral de los Estados miembros, incentivar a las pymes a participar en los procedimientos de contratación pública, y para ello resulta necesario generar las condiciones adecuadas que faciliten su efectiva incorporación y competencia. Aunque resulta conveniente aclarar, que la noción integral de compra pública estratégica no sólo está circunscrita a aquel objetivo socio-económico de integración de las pymes, sino también incluye la noción de contratación pública sostenible, en sus vertientes de sostenibilidad social, ambiental, económica, ética e innovadora²⁵.

El nuevo paquete de Directivas Europeas (2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública; y 2014/25/UE,

²⁴ El citado considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE, expresamente establece: *“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME.”*

²⁵ La contratación pública, en consecuencia, debe perseguir y contemplar objetivos sociales, de inclusión de sector excluidos, y que permitan elevar la calidad de vida de las personas, actuando como un eficaz instrumento de cohesión social y generador de beneficios a la comunidad. Así como, la influencia de las variables ambientales en la delimitación del objeto contractual debe ser determinante. Por tanto, las contrataciones públicas sostenibles se definen como el proceso mediante el cual las entidades satisfacen sus necesidades de bienes, servicios y obras, obteniendo el mejor valor por el dinero invertido en términos de generación de beneficios, no sólo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimizan los daños ambientales.

relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) había impuesto un plazo de trasposición al Derecho nacional que vencía el 18 de abril de 2016. Sin embargo, no fue sino hasta que en el BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, fue publicada la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 lo sucesivo LCSP).

En esta nueva ley se destaca con significativa trascendencia que desde su artículo primero se determinan aspectos vinculados a las compras públicas estratégicas, en ese sentido se conservan los principios generales e informadores del sistema de contrataciones públicas, y los potencia, cuando definió el objeto y la finalidad de la norma al manifestar que se debe garantizar que la contratación del sector público se ajuste “...a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, ...”, así como a los principios de integridad y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, en un todo coherente con el sistema global y comunitario (Artículo 1.1. LCSP). Principios estos que deben ser analizados conforme a la doctrina jurisprudencial emanada del TJUE.

Y en la disposición 1.3 se hace el siguiente pronunciamiento:

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

Vistas las premisas descritas, este trabajo de investigación se centrará principalmente, en analizar las normas y la jurisprudencia europea del TJUE, así como los criterios fijados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), los demás tribunales de contratos, y los informes de las Juntas Consultivas de Contratos de las Comunidades Autónomas, entre otros organismos competentes;

sobre el acceso, particularmente, de las pymes a los procedimientos de contratación pública, conjuntamente con el ordenamiento jurídico español, para verificar el comportamiento de las pequeñas y medianas empresas en los señalados procedimientos, procurando generar un diálogo dinámico regulatorio dentro de la contratación pública, que permita aportar algunas soluciones prácticas, y en definitiva, para asegurar que se cumplan los objetivos estratégicos.

En tal sentido, y partiendo de la noción de compra pública estratégica, se analizarán las distintas medidas que ha adoptado el legislador nacional, incorporando la normativa comunitaria, para fomentar la participación de las pymes en los procedimientos de contratación pública. En virtud de ello, y luego de revisar el sistema de contratación pública español, desde sus principios fundamentales, se dividirá el trabajo en dos grandes grupos de medidas tendientes a facilitar la incorporación de las pymes en las compras públicas estratégicas. En primer lugar, se establecen las medidas de fomento de las pymes desde la perspectiva de la dimensión de los contratos; y en segundo lugar, se ubicaran a las medidas vinculadas con el acceso a la información, la simplificación administrativa y la contratación pública electrónica como mecanismos para promover la participación de las pyme en el contexto de la compra pública estratégica.

Por una parte, se analizan las medidas de fomento de las pymes desde la perspectiva de la dimensión de los contratos; estudiando la fórmula de la división en lotes de los grandes contratos para su adjudicación simultánea, como uno de los principales mecanismos que el legislador nacional determina, por instrucciones de la Directiva Europea, para ampliar las oportunidades de participación de estos actores de la economía en las compras públicas, pero ahora con carácter de regla general, ya que de lo contrario el poder adjudicador deberá expresar los motivos por los cuales decidió no dividir en lotes el contrato²⁶. Dentro de ese mismo apartado se analizan las alternativas de diseño del procedimiento de contratación, y su posibilidad delimitar las ofertas de un solo licitador y la adjudicación a varios lotes, e incluso a ofertas

²⁶ Ver considerandos 78 y 79 y el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 65 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo. La posibilidad de dividir los contratos en lotes ya se encontraba prevista en el artículo 9, apartado 5, de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 17, apartado 6, letra a), de la Directiva 2004/17/CE (derogadas), la diferencia radica en que en la actualidad la regla será la división en lotes, ya que el poder adjudicador que no lo haga estará en la obligación de justificarla de forma expresa y motivada, en virtud de ello se ha concluido que la nueva norma apuesta de manera decisiva a la referida figura contractual.

integradoras, cuidando el riesgo de la agregación de la demanda, con la salvedad que siempre se deberá tener como norte que la premisa fundamental es generarle la posibilidad efectiva de participación válida a las pymes en el mercado de las compras públicas. Así mismo se evalúa el vicio del fraccionamiento prohibido o ilegítimo, con una especial reflexión sobre la regulación y utilización del contrato menor.

Seguidamente se revisará la regulación que le permite a las pymes asociarse estratégicamente en uniones temporales de empresas para acceder al mercado de las compras públicas con mayor solidez y certeza: igualmente se hace referencia al caso de las empresas de nueva creación que se regulan en la ley; así como la fórmula alternativa de la subcontratación que había sido empleada con relativa frecuencia, en vista de los exigentes requisitos de capacidad solicitados a los licitadores con base en la legislación anterior, analizando el agregado que incorpora la nueva LCSP, sobre la factibilidad para el subcontratista de recibir el pago directo del órgano de contratación, sobre los saldos debidos al operador económico como contratista principal, a los fines de garantizar el pago oportuno al subcontratista, que normalmente se trata de una pyme.

En lo que respecta al segundo grupo de medidas relativas al acceso a la información, a la simplificación administrativa y a la contratación electrónica, en virtud de que estos aspectos también representaban una debilidad de este sector empresarial, y convencidos que mejorándolos se contribuye a consolidar los objetivos estratégicos definidos en la comunicación “Estrategia Europa 2020”, este trabajo se dedica a estudiar como mecanismos para promover la participación de las pymes en el contexto de la compra pública, el acceso de estas entidades a la información de calidad y sin coste en la contratación pública, a través de las siguientes fórmulas: i. La nueva regulación del perfil de contratante; ii. El registro de contratos del sector público; iii, La obligatoriedad de la utilización del vocabulario común de contratos públicos (Código CPV), para unificar el lenguaje contractual y permitir la participación transnacional.

En cuanto a las medidas de simplificación y reducción de las cargas administrativas para promover la participación de las pymes en las compras públicas, se revisa la nueva concepción de la tradicional declaración responsable, como forma simplificada de acreditar los requisitos de contratación. En ese mismo sentido, se analiza el empleo del documento europeo único de contratación (DEUC), y todos los aspectos formales y materiales que lo rodean.

Por último, le corresponde el tratamiento a la denominada contratación pública electrónica²⁷, esto es, a la utilización de medios electrónicos como garantía de acceso de las pymes en las compras públicas y de comunicaciones más ágiles y eficientes, que de forma obligatoria se regula en la nueva LCSP; por ello resulta necesario referirse al concepto de interoperabilidad que necesariamente se desarrolla en la *e-Administración*, pero que debe tener su manifestación igualmente en el sistema de las compras públicas electrónicas para poder intercambiar datos entre los poderes adjudicadores de forma útil y eficiente. Seguidamente se refiere la investigación al sistema electrónico de comunicación e información (*e-Certis*) y a su utilidad práctica. Para culminar con el tratamiento de la factura electrónica en la contratación pública como medio para facilitar la participación de las pymes; revisando sus elementos o requisitos esenciales, el ámbito subjetivo de aplicación obligatoria, la autenticidad e integridad de la factura electrónica, y las ventajas que le reporta a las pymes en las compras públicas, el empleo de la factura electrónica.

Se reflexiona sobre las anteriores medidas que le permiten efectivamente el acceso de las pymes a las compras públicas, para determinar si realmente estamos en presencia de una medida estratégica de política de estado o, resulta ser un mero proteccionismo estatal, con lo cual pudiera pensarse en un potencial conflicto con los principios generales de las contrataciones públicas, especialmente con el principio de igualdad de los licitadores y no discriminación. No obstante, pareciera que efectivamente se trata de una nueva aproximación estratégica de las compras públicas que deja atrás a la burocracia para insertarse en modalidades novedosas que generen frutos positivos, en cuyo caso el principio de proporcionalidad jugará un papel preponderante en esta novel realidad.

²⁷ Según el Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, de 18 de octubre de 2010 (COM/2010/0571 final), la contratación electrónica es “*la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas*” (...) “*La contratación electrónica puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales*”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF> consultado el 20 de agosto de 2018

I. INTRODUCCION A LA NOCION DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS GENERALES.

La Administración Pública en ejercicio de la función o actividad administrativa, no siempre procede por vía de manifestaciones unilaterales mediante actos o reglamentos administrativos, desarrollando sus potestades, sino que con frecuencia requiere de acuerdos en sus diversas formas, celebrando convenios de muy distinta naturaleza. Sus múltiples y complejos fines la obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos, solicitando la colaboración voluntaria de los sujetos privados y aun de otros órganos o entes públicos, nacionales o internacionales, para cumplir con sus cometidos de interés general, los que son definidos en las normas, y en fin para hacer más eficiente la gestión del interés público. El contrato es, en suma, una de las formas jurídicas que adopta la función administrativa, y también una de las técnicas de colaboración voluntaria de las personas con la Administración Pública, en materia de obras, bienes y servicios; como ha señalado en este sentido ARAUJO JUAREZ: *“La actividad contractual tiene naturaleza de herramienta jurídica, al igual que las demás formas jurídicas administrativas, como instrumentos que el Derecho brinda para el obrar de la Administración Pública”*²⁸.

Lo cierto es, que en esa necesidad para la Administración, de suscribir contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, a los fines de desarrollar obras de infraestructura, adquirir bienes o servicios, o incluso, para lograr la participación colaborativa de otra persona en el cumplimiento de las competencias que la ley le otorga, debe recurrir a diferentes formas o modalidades contractuales, en función del objeto del mismo o la prestación contenida en el acuerdo, y es así como identificamos, entre otros, el contrato de prestación de servicios, el contrato de obra, el contrato de suministro y el contrato de concesión. Además, los contratos públicos, conforme han ido apareciendo nuevas necesidades y aspiraciones en el seno de la sociedad, han sido utilizados por los poderes públicos para diferentes objetivos, no sólo como un medio para comprar bienes o servicios, y cumplir sus funciones esenciales, sino también, como lo afirma MORENO MOLINA, como

²⁸ ARAUJO JUÁREZ, J. (2011), *Derecho Administrativo general. Acto y contrato Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, p. 255.

instrumento privilegiado de intervención en la vida económica, política y social de los distintos países²⁹.

En la actualidad no existen divergencias sobre la afirmación de que el empleo de los contratos es un elemento útil, usual y necesario dentro de las relaciones que desarrollan las Administraciones Públicas, en la realización de los fines que le asignan las normas. Sin embargo, el origen y la evolución de la discusión –vista la influencia francesa- nos llevó a categorizar los contratos que se celebraran en el seno del Estado, como contratos administrativos en contraste a los denominados contratos de derecho común o contratos privados, esto principalmente para llevar al conocimiento de los tribunales contencioso administrativos, la decisión de los conflictos que con motivo de aquellos se suscitaren. La estructuración de una idea general del contrato público ha estado marcada por una vía difícil de postulados y posiciones encontradas, basada en el reconocimiento de una teoría de la autonomía de dicho contrato, para distinguirlo del régimen privado, llegando incluso, por otra parte, hasta a negar su existencia.

La evolución científica de la teoría de los contratos administrativos va de la mano de la historia misma del derecho administrativo, desde la aplicación de las normas de derecho civil para su regulación e interpretación, pasando por posiciones intermedias y hasta las posiciones radicales de la autonomía del contrato administrativo, sometido exclusivamente al derecho público, con base en la teoría de la sustantividad propuesta por la escuela de los servicios públicos, donde se concebía al interés individual o privado subordinado al interés general y el contrato administrativo regulado por un sistema especial de derecho público. Situación afortunadamente superada en muchos escenarios jurídicos, debido a que lo realmente relevante es el objeto de la convención y la presencia de la Administración como garante del interés general, en estos instrumentos. En consecuencia, el fin de interés público, es determinante en su tratamiento e interpretación.

El contrato debe observarse como único, con reglas aplicadas de derecho público o de derecho privado, cualquiera que sea el caso, sin desconocer su origen, y pudiendo apoyarse en ambas regulaciones en determinadas circunstancias. En fin, como lo señala MEILAN GIL, *“el contrato es un supra concepto, que abarca contratos que operan en*

²⁹ MORENO MOLINA, J.A. (2006), *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, p. 50

el ámbito privado y contratos que lo hacen en lo público”³⁰, y que no debe descalificarse por no revestir las características originarias de la institución, pero tampoco puede aislarse absolutamente de su origen, en el afán de pretender abarcar un abanico de respuestas a todas sus aristas y manifestaciones, desde la concepción especial y autónoma. Por supuesto, que los contratos públicos³¹, poseen unas cualidades especiales, definitivamente por la razón de intervenir órganos o entes que ejercen el Poder Público en procura del interés general; esto hace que en su mayoría se encuentren predeterminados normativamente, convirtiendo en discutible la verificación plena del principio de la autonomía de la voluntad en este ámbito, como sí se observa en el escenario de lo civil, ya que el principio de legalidad se impone de una forma más evidente, por la necesidad de la Administración de concretar el cometido público que la norma le impone³².

³⁰ MEILÁN GIL, J.L. (2011), *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-Iustel, Madrid, p.149. La teoría del contrato como supraconcepto ya había sido formulada en España por MARTIN RETORTILLO, quien había manifestado que se trata de: “...una abstracción de abstracciones: abstracción de aquellos conceptos que hemos visto formularse a su vez inductivamente partiendo de las situaciones iniciales concretas y que pasan directamente a los conceptos primarios .” (...) “El supraconcepto es por lo tanto general y comprensivo; no tan concreto, como es lógico, como concepto simple, pero sin que por ello se convierta en algo abstracto, en el sentido vago; el proceso de formación es claro.” (MARTIN RETORTILLO, S., (1960) *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, p. 82 y 83)

³¹ “...es indiferente que el contrato celebrado por un poder adjudicador se enmarque o no en la actividad de interés general propia de dicho ente, así como el hecho de que haya empleado o no ingresos de Derecho público para pagar las prestaciones objeto del contrato. Lo determinante, para poder calificar un contrato como público, a los efectos de las Directivas, es que esté celebrado por un poder adjudicador, tenga carácter oneroso y su objeto sea la construcción de una obra, la prestación de un servicio o la entrega de productos. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia en su Sentencia 335/2004, de 18 de noviembre, asunto Comisión contra Alemania, en la que dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el curso de un litigio sobre la adjudicación, por parte del Ayuntamiento de Munich, de un contrato de transporte de residuos desde los vertederos hasta una central térmica. El Gobierno alemán había alegado, entre otras cosas, que el contrato en cuestión no era un contrato público porque no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Munich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, cuál era la explotación de la central térmica de Munich-Norte. El Tribunal, como ya he dicho, rechazó este planteamiento y declaró que la Directiva no distingue entre contratos celebrados por un poder adjudicador para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función, de lo cual se desprende que cualesquiera que pueda ser la naturaleza y el ámbito de aplicación del contrato, éste constituye un contrato público, siendo indiferente también que la ciudad de Munich haya hecho o no uso de los ingresos públicos, pues dicho uso no es un elemento constitutivo de la existencia o inexistencia de un contrato público.” Véase, CHINCHILLA MARÍN, C. (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I)”. En *Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas*, en Miguel Sánchez Morón (Dir.) y Jesús Del Olmo (Coord.) *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, p. 65.

³² Para MARTIN RETORTILLO: “El contrato satisface así una función social genérica, que se particulariza en cada caso concreto en la prestación que ese contrato establece. Nada tiene que ver para ello la pretendida posición de igualdad de las partes; es algo que queda al margen”. (...) “Lo que importa por el contrario es que, independientemente de esa posible posición subjetiva, la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica, para obligarse

No obstante lo anterior, como señala el profesor BARNES, se produce una expansión de los valores de la contratación pública, que trasciende el plano físico o cuantitativo, para influir en lo cualitativo, desde la contratación pública a la privada y viceversa, inoculando los principios públicos en el seno de la contratación privada, en lo que respecta a la adjudicación del contrato, su desarrollo y ejecución³³.

La connotación pública de este tipo de contrato, al cual nos referimos, y que resulta en un instrumento de gestión pública de la Administración, ocasiona que efectivamente la contratación se encuentre intervenida o condicionada por las normas positivas, desde su gestación, por vía de la indispensable planificación, pasando por el procedimiento para seleccionar a la persona más idónea para cumplir sus objetivos y, ahora, hasta la ejecución efectiva de las prestaciones en ella contenidas. Por lo tanto, se desarrollan mecanismos de articulación precisa que permiten al poder adjudicador seleccionar al adjudicatario del contrato o contratista, que deberá recaer en la proposición u oferta económicamente más ventajosa o, en términos actuales, en aquella que ofrezca una mejor relación calidad-precio, atendiendo a criterios estrictamente vinculados al objeto del contrato, previamente definidos en el pliego de condiciones o en las reglas de contratación necesariamente definidas por el poder adjudicador o el contratante. Las disposiciones de los diferentes ordenamientos jurídicos, entre ellos, el Derecho comunitario, han evolucionado en ese sentido, incorporando como criterios de adjudicación, características ambientales o sociales, al lado del precio justo, siempre y cuando se vinculen con el objeto principal de la contratación.

Visualizando de esta forma al contrato estatal como una manifestación de una típica actividad administrativa, cuyo objeto particular será la adquisición de bienes, la prestación o gestión de servicios, o la ejecución de una obra pública, pero con la mirada puesta en lograr los fines del Estado, procurando cumplir con los principios generales que informan a la señalada función estatal en beneficio de los ciudadanos, esto es, persiguiendo la realización de un verdadero fin de interés general.

y, en cierto modo, obligar también a la otra". (MARTIN RETORTILLO, S., (1960) El derecho civil en la génesis...op. cit., p. 187 y 188)

³³ BARNES, J. (2013), ¿Hacia un supraconcepto o régimen de contratación administrativa como categoría comprensiva de la contratación pública y privada? Principios y Valores Jurídico-administrativos en tránsito", *En Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*. Adrus editores, Arequipa, Volumen II, p. 136.

Claro está, sin olvidar que el cometido público se debe armonizar con los derechos e intereses de los particulares o contratistas que colaboran con la Administración para su logro, quienes si bien concurren a ella persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa, previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual, coadyuvan muchas veces en el cumplimiento de una actividad de interés general, a la que voluntariamente se han sumado, y que implica, por consiguiente, compromisos y obligaciones.

La Administración, por tanto, está llamada a utilizar sus potestades públicas al servicio del interés general, incluso dentro de su actividad bilateral, delimitado dicho interés por los derechos fundamentales. Dentro del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, en el que se inscriben nuestros ordenamientos constitucionales³⁴, la noción de interés general juega un papel de primero orden, ya que está relacionada con los derechos fundamentales de los individuos y su preservación y aseguramiento estatal. Compartimos la idea de RODRÍGUEZ-ARANA, quien afirma que la relación entre derechos fundamentales y la cláusula del Estado Social de Derecho es muy estrecha y, por lo tanto, condiciona la operatividad del Derecho Administrativo, y en definitiva de la actuación del Estado, sobre la base de los derechos fundamentales como principios informadores de todo el ordenamiento jurídico, “...que constituyen la proyección jurídica de la centralidad de la noción de la dignidad de la persona”³⁵.

Ahora bien, este modelo del Estado social de derecho, como marco de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, dados sus componentes de principios y su relación sustantiva con el interés general y con los derechos fundamentales, necesariamente ejerce una influencia positiva en la reinterpretación de los fenómenos que se desprenden de las relaciones jurídicos-públicas, y dentro de ellas, sobre la visión especial que los operadores públicos y los colaboradores privados deben

³⁴ El artículo 1 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE), establece: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político...”. Mientras que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), señala: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012), *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, p. 163

tener acerca de la concepción del contrato estatal. Produciendo “...un abandono de la clásica concepción del contrato individualista y negocial del estado, para visualizar el surgimiento de un negocio público vinculado de manera directa o indirecta con la solución a los problemas sociales de la comunidad, bajo los presupuestos del interés público”³⁶.

Por lo tanto, el contrato estatal y los procedimientos de contratación pública, insertos dentro de una concepción de Estado democrático, social y de derecho, ofrecen hoy un vehículo eficiente del accionar público para cumplir con la finalidad social que tiene encomendada la Administración Pública ante la sociedad que es acreedora de la actividad prestacional, para la satisfacción de sus necesidades básicas. Coherentes con los principios integradores con los que el constituyente ha nutrido la concepción estatal, como son: la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos; declarándolos además valores superiores del ordenamiento jurídico. En virtud de lo cual, se constituyen de imprescindibles incorporación y consideración en toda la estructura y actividad, no sólo del Estado, sino en la conciencia de los propios ciudadanos. Ha de destacarse el principio democrático, como punto focal y garantista, que induce a la preservación de otros valores concretizados en la contratación pública, como la igualdad, la publicidad, la concurrencia y la interdicción a la arbitrariedad, discrecionalidad arbitraria en los procedimientos de selección de contratistas, así a la eficiencia y eficacia en la ejecución y en el control del contrato.

No obstante lo anterior, se debe aclarar que la verificación de la cláusula del Estado social no implica la negación de otro principio de rango constitucional, como lo es la libertad de empresa³⁷; ambas nociones fundamentales deben conciliarse y articularse, sobre todo, en la construcción del sistema de contratación pública, debido a

³⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. (2014), “El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración jurídica”, en Alejandro Canónico Sarabia (coord.), *Temas relevantes sobre contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, Caracas.p. 435.

³⁷ El artículo 38 de la Constitución Española (CE) consagra el derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Así mismo encontramos a la libertad de empresa como un derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) e interpretado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a través de las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491, apartado 14; y de 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78, *SpA Eridania* y otros, Rec. 1979, p. 2749, apartados 20 y 31, con relación a la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil, y las sentencias *Sukkerfabriken Nykoebing*, asunto 151/78, Rec. 1979, p. 1, apartado 19, referidas a la libertad contractual, entre otras.

su ubicación en el mismo plano jerárquico y fundamental, en sintonía con el principio democrático. Aun cuando la cláusula del Estado social permita una intervención de las estructuras públicas de poder, sobre las actividades y agentes económicos de carácter privado, en función del interés público que persigue preservar, el grado de intervención no puede suponer la vulneración de los derechos o garantías que se desprenden de la libertad de empresa. Por su parte, en ese mismo sentido, la concepción de la libertad económica y concretamente la libertad de empresa, no puede entenderse de manera absoluta³⁸, estará objetivamente condicionada por aquel interés general al que nos hemos referido, y que en la actualidad no se circunscribe exclusivamente a prescripciones de postulados nacionales, sino de situaciones cada vez más globalizadas³⁹.

³⁸ Como se mencionara en la nota anterior, el derecho fundamental a la libertad de empresa se encuentra garantizado en el artículo 16 de la CDFUE, mientras en el artículo 52 de la misma Carta se regula el régimen de limitación de los derechos que garantiza; estableciéndose en el apartado 1 la posibilidad de limitar por ley tales derechos, siempre que se respete su contenido esencial y las libertades, además aclara que sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Sobre estos aspectos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “...según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos” (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45 de TJUE). Así mismo nos encontramos sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, (número 2900 del 12 de mayo de 2005, número 1486 del 15 de octubre de 2009, número 00286, del 05 de marzo de 2008, ratificadas en sentencia número 01514 del 12 de diciembre de 2012 y en sentencia número 00190 del 24 de febrero de 2016), en las que se expresa: “...interesa destacar que los órganos del Poder Público están habilitados, dentro del ámbito de sus competencias, para regular el ejercicio de la libertad económica, con el fin primordial y último de alcanzar determinados propósitos de interés social. De esta manera, y así lo ha expresado este Máximo Tribunal en reiteradas oportunidades (...), el reconocimiento del derecho en referencia debe concertarse con otras normas elementales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución de nuestro país reconoce el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, la existencia de un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en la que el Estado funge como simple programador de aquélla, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la intervención activa del Estado en pro de salvaguardar los derechos económicos y sociales de la población.”

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/185402-00190-24216-2016-2013-0413.HTML>
consultada el 5 de julio de 2017.

³⁹ “El fenómeno de la globalización, imparable en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al Derecho Público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales, que obligan al estudio del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad.” RODRÍGUEZ ARANA, J. (2017), “Introducción: Los principios generales del derecho global de la contratación pública”, en Jaime Rodríguez Arana (Dir.) *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 18

Se concreta, por tanto, todo el marco teórico antes comentado en los procedimientos de contrataciones públicas, en los diferentes ordenamientos nacionales e internacionales, con la presencia de principios generales y fundamentales ordenadores de estos sistemas procedimentales que procuran la realización de la función pública del Estado, y a los que nos referiremos seguidamente⁴⁰.

1. Los principios generales de la contratación pública.

No se puede hacer una aproximación teórica al estudio sobre las contrataciones públicas, prescindiendo de la fijación conceptual de los principios generales que informan e irradian el tratamiento de los procedimientos de contratación pública en los distintos ordenamientos jurídicos. Se debe tener absoluta certeza sobre las nociones principistas fundamentales para poder adentrarnos -aguas abajo- en la comprensión de los planteamientos y aportes que se pretenden formular en este trabajo; sobre todo después de verificar la influencia que insufla la Constitución en los contratos públicos, desde sus valores superiores y postulados.

Los principios son lo primero (*Principium est primum*)⁴¹, es lo primero que actúa como origen de todo cuanto viene a continuación de él. En el orden lógico se entiende por principio una proposición con valor de postulado o de axioma, esto quiere decir que su afirmación se tiene como cierta sin necesidad de comprobación, lo cual resulta muy útil para realizar razonamientos a partir de ello. Mientras que en el escenario de lo jurídico, el principio es una proposición fundamental que condiciona todo un sistema de Derechos⁴² y forma parte de él, en tanto las ramas del Derecho son disciplinas del conocimiento científico, por ejemplo, en el Derecho público, el principio de legalidad; en el Derecho privado, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, entre otros. Por lo tanto, los principios existen por sí mismos y teóricamente anteceden al

⁴⁰ José Luis Benavides, los denomina valores universales de la contratación pública, explicando que se trata de una serie de reglas adoptadas por las normas o tratados internacionales, y que se pueden clasificar en: i. Publicidad. ii. Concurrencia y transparencia, y iii. Trato nacional y no discriminación. Ver: BENAVIDES, J.L. (2014), “La contratación pública en los TLC de América, en Análisis y actualidad del Derecho Administrativo”, (Coord. Morales Tobar, M.), Universidad Andina Simón Bolívar e Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social, Quito, p. 116.

⁴¹ La palabra *principio* de origen latino está integrada por la raíz *pris* que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y por la raíz que aparece en el verbo *capere* que significa “tomar” y del sustantivo *caput* que significa “cabeza”. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., (1993) “Los principios generales como objeto de investigación jurídica”, en *Los principios generales del Derecho*, Seminario de la sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Actas, Madrid, p. 17.

⁴² MOLES CAUBET, A. (1974), *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho, Caracas, p. 9

ordenamiento jurídico, constituyendo su fundamento inspirador. En palabras de REBOLLO PUIG⁴³, “*los principios generales del derecho no se inventan, sino que se descubren, están allí, sólo que se deben verificar y activar*”.

En virtud de lo anterior, se puede entender que los principios, aun cuando no se encuentren positivizados, integran el sistema de Derecho⁴⁴, y por lo tanto sirven a todas las vertientes de las manifestaciones jurídicas, como referentes necesarios y útiles para la comprensión de las instituciones fundamentales y los fenómenos jurídicos que se presentan en el plano de la realidad, esto es, contribuyen los principios a comprender y orientar, no sólo desde la visión teleológica, sino también en la aplicación práctica del Derecho, para garantizar su certeza y eficiencia, como soporte de las decisiones y soluciones que surgen para resolver las situaciones de conflicto aparecidas en las múltiples relaciones intersubjetivas con verdadera trascendencia jurídica, por constituirse en fuente de conocimiento, interpretación y aplicación del Derecho⁴⁵.

En este estado resulta sumamente ilustrativo comentar la decisión dictada por el Tribunal Supremo español mediante sentencia del 18 de febrero de 1992, en donde afirmó que: “*los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas –art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución-, y es claro que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios*”⁴⁶. Como se puede observar, no se debe

⁴³ REBOLLO PUIG, M. (2010), “Los principios generales del Derecho (atrevimiento sobre su concepto, funciones e inducción)”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid, p. 1563.

⁴⁴ ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003), *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 53.

⁴⁵ Sobre este punto se recomienda consultar: SUAY RINCÓN, J., (1993) “La doctrina de los principios generales del Derecho y su contribución al desarrollo del Derecho Administrativo”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, p. 381; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1996) *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, pp. 79-80; RODRÍGUEZ GARCÍA, A. (2009), “Los principios generales en el Derecho administrativo venezolano”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 13, p.665; y más reciente HERNANDEZ-MENDIBLE, V., (2015) “Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo”, en Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015, Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas.

⁴⁶ RODRIGUEZ ARANA, J. (2008), “Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia administrativa española”, En *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nro. 70/2008, Abril-Mayo-Junio, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, p.40

prescindir de los principios, incluso cuando se tenga una norma expresa que regule una situación, debido a que su interpretación estará inspirada en el principio informador.

El refuerzo cada vez mayor por tener presentes a los principios como piezas fundamentales de todo el ordenamiento jurídico en un sistema democrático de derecho, asimilado por los agentes públicos llamados a interpretar y aplicar el derecho en situaciones particulares, nos llevan a verificar el movimiento que el derecho administrativo ha experimentado, desde la consideración fundamental de las prerrogativas de la Administración, basada en la idea exclusiva del interés general, a la relevancia de las garantías de los derechos fundamentales del ser humano (centralidad de la dignidad humana) y de los principios generales, en este caso, la libre concurrencia, la no discriminación y la transparencia⁴⁷, entre otros.

En el mismo orden de ideas, la Constitución Española (CE)⁴⁸ determina con meridiana claridad que la actividad de la Administración Pública está sometida a la ley y al derecho; y con ello se reafirma que la ley no es la única fuente del derecho. Existe pues un caudal de reglas, normas, principios y valores, que no se encuentran necesariamente dentro de la concepción formal de la ley, pero que deben considerarse a la hora de evaluar la noción de legitimidad de la actuación de los órganos públicos. Dentro de ellos se puede ubicar a los principios y valores superiores que consagra el texto constitucional, que al constituir la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, condicionan la actuación de los agentes públicos y la interpretación de las normas que le asignan atribuciones, generando una vinculación realmente fuerte. Estos

⁴⁷ Sobre la importancia de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia en la adjudicación de los contratos públicos, véase la Resolución nº 121/2012, de 23 de mayo de 2012 del TACRC, en el recurso nº 98/2012: *“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, principios que quedan garantizados mediante la exigencia de que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, considerándose como tal aquella que reúna las mejores condiciones tanto desde el punto de vista técnico como económico.”* [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/resoluciones/a%C3%B1o%202012/recurso%200098-2012%20\(res%20121\)%2023-05-12.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/resoluciones/a%C3%B1o%202012/recurso%200098-2012%20(res%20121)%2023-05-12.pdf) consultada el 30 de abril de 2017.

⁴⁸ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) contiene una serie de disposiciones que apuntan hacia la consagración y elevación jurídica de los principios y valores fundamentales. Desde los artículos 1 y 2 se comienza a identificar los principios jurídicos y valores superiores en los que se soporta la República. Y en el artículo 141 se definen los principios que informan a la Administración Pública, de la siguiente forma: *“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

valores y principios no constituyen simple retórica, “*son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación*”⁴⁹.

Por su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo Ley 40/2015)⁵⁰, igualmente se refiere a los principios generales y jurídicos que impregnan a las actuaciones de todo el sector público. En los artículos 3 y 4 de la citada ley, nos encontramos con la enumeración de dichos principios informadores, entre los que se pueden mencionar: los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, legalidad, servicio a los ciudadanos, simplicidad y proximidad, racionalización y agilidad de los procedimientos, buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, responsabilidad, planificación, economía, adecuación a los fines institucionales, eficiencia en la utilización de los recursos, cooperación, colaboración, coordinación, proporcionalidad y utilización de medios electrónicos.

Simultáneo con lo anterior, los procedimientos de contratación pública igualmente se encuentran cubiertos de manera específica por una serie de principios generales propios, así como influenciados y orientados por los principios generales que informan a todo el accionar de la Administración pública, muchas veces concurrentes con los primeros⁵¹. En el Derecho comunitario, la consideración de dichos principios ha sido fundamental para formar el andamiaje estructural de toda la teoría de los contratos públicos, y además ha servido de base para la producción de una enriquecedora doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵². Es así

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ta. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 105.

⁵⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10566.pdf> consultada el 5 de octubre de 2017.

⁵¹ En ese sentido, en el artículo 103.1 de la CE se establece que la Administración pública debe servir con objetividad a los intereses generales, con base en los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento al principio de legalidad. Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en su artículo 141, destaca el carácter vicarial de la Administración pública, y agrega que su actuar debe estar conforme a los principios de honestidad, celeridad, participación, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad y sometimiento pleno al principio de legalidad.

⁵² (...) “*La jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública es una jurisprudencia basada sobre todo en los principios generales que rigen este sector del ordenamiento comunitario, como otros, y en particular los principios de igualdad y de no discriminación y de transparencia. Reiteradamente señala el Tribunal en sus sentencias que el objetivo de las Directivas europeas sobre adjudicación de contratos públicos es fomentar la libre competencia garantizando aquellos principios esenciales, no sólo para evitar la discriminación por razón de nacionalidad, sino también la de cualquier otro tipo. Además y en un segundo plano, dicha jurisprudencia se funda en los principios de proporcionalidad, tanto en lo*

como el paquete de las nuevas Directivas sobre contrataciones públicas, ancla sus criterios interpretativos en los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵³. Efectivamente si revisamos las tres directivas principales que se dictaron en esta materia en 2014, podemos observar que de forma unánime se refieren a la obligación del cumplimiento fundamental de los principios de *libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como, la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia.*

Agregamos, que si se lee entre líneas también observamos que es invocado el principio de la seguridad jurídica, para garantizar la correcta y armónica interpretación y aplicación del bloque de legalidad que aportan las normas comunitarias, conjuntamente con la legislación interna de los estados miembros y la jurisprudencia del TJUE⁵⁴. En el

relativo a la interpretación de las Directivas como a la aplicación de éstas por los Estados miembros, como en el de tutela efectiva, sobre todo por lo que se refiere a las normas en materia de recursos.” (SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, en Miguel Sánchez Morón (Dir.) y Jesus Del Olmo (Coord.) *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, p. 88)

⁵³ Vid. Considerando 1 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, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf> consultada el 26 de septiembre de 2015; el considerando 4 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80597&lang=eu consultada el 4 de octubre de 2016; y el considerando 2 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80599&lang=eu consultada el 08 de octubre de 2016. Así mismo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se puede consultar en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70006> consultada el 21 de marzo de 2016.

⁵⁴ Vid. Considerando 4 de la Directiva 2014/23/UE: “...Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión. Es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior. De este modo aumentaría también la eficiencia del gasto público, se facilitaría la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYME en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, y se apoyaría la realización de objetivos sostenibles de interés público”; y en el considerando 31 de la Directiva 2014/24, si reafirma que: “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.” (...) “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.”

texto de las propias directivas europeas, antes citadas, se reconoce situaciones que tradicionalmente han alterado la seguridad jurídica o que generan riesgos en su mantenimiento, institución que debe prevalecer como uno de los principios generales del derecho. El riesgo que genera la inseguridad jurídica se presenta con relación a las diferentes interpretaciones de los principios del Tratado por parte de los estados miembros a la hora de producir sus normas internas, lo que produce disparidades sustanciales entre las legislaciones de los distintos países. Precisamente estas situaciones han originado la intervención permanente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de su jurisprudencia para unificar la interpretación de los principios que regulan la materia, y en definitiva para garantizar la seguridad jurídica en el espacio comunitario europeo, lo que garantiza la aplicación de los principios de igualdad y libre acceso. Nos permitimos acotar que en España se vivió un momento de inseguridad jurídica en el dilatado proceso de trasposición de las referidas directivas europeas al ordenamiento nacional, por la demora en el cumplimiento de la obligación legislativa por parte del Estado y en el comienzo de los efectos directos de las normas de las señaladas directivas, una vez vencido el lapso para su trasposición, sin que se produjera oportunamente.

Se puede observar en el título I de la Directiva 2014/24/UE, denominado “*Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales*”, que su artículo 18 lo dedica a establecer los “*Principios de la contratación*”, señalando la hoja de ruta de los órganos de contratación, al determinar que: “*Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.*” Lo anterior quiere decir que no se podrá utilizar la contratación pública para falsear, ni restringir artificialmente la competencia, por lo que se deben generar las condiciones adecuadas para fomentar la concurrencia de los operadores económicos, a quienes, en términos generales, se les debe otorgar un trato igualitario, sin discriminación, y con el respeto por sus derechos y garantías⁵⁵. Por

⁵⁵ Antes de la vigencia de las Directivas de 2014, ya la jurisprudencia del TSUE se había pronunciado sobre los objetivos principales de las normas europeas vinculados a garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación pública en: STJUE (Sala Cuarta), de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., y otros, contra Úrad pre verejné obstarávanie, en el apartado 25, menciona: “*Por lo que se refiere al artículo 2 de la Directiva 2004/18, procede recordar que, entre los objetivos principales de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, figura el de garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Para la consecución de este doble objetivo, el Derecho de la Unión aplica en particular el principio de igualdad de trato de los licitadores o candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008,*

último, la norma hace hincapié en la necesaria consideración de los aspectos ambientales, sociales y laborales que, en virtud del Derecho de la Unión Europea, las normas nacionales, convencionales y contractuales, sean de obligatorio cumplimiento en la fase de ejecución de los contratos públicos, aplicados con base en los principios de sostenibilidad y de proporcionalidad.

Resulta clara la norma europea al orientar la correcta y armónica interpretación de todo el sistema de contratación pública en los diferentes Estados que integran la unión, sobre la base de los principios generales o valores supremos del ordenamiento jurídico. Adicionalmente a las razones explicativas e interpretativas que justifican su existencia, los mencionados principios se deben tomar en cuenta para suplir vacíos o lagunas que pudieran haber dejado, tanto las propias directivas como las leyes de transposición en la regulación de los aspectos adjetivos y sustantivos de la contratación pública.

Por su parte, el legislador español, en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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, publicada en el BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017 (en lo sucesivo LCSP), conserva los principios informadores del sistema de contrataciones públicas, y los potencia, cuando definió el objeto y la finalidad de la norma -en su artículo primero- al manifestar que se debe garantizar que la contratación del sector público se ajuste “...a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores,...”, así como a los principios de integridad y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, en un todo coherente con el sistema global y comunitario⁵⁶.

Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada). Por lo que respecta a la obligación de transparencia, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 111). En relación con la adjudicación de los contratos, el artículo 2 de la Directiva 2004/18 exige que los poderes adjudicadores respeten los mismos principios y obligaciones.”

⁵⁶ En Venezuela el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (en lo sucesivo DLCP), establece en su artículo 2 los principios que rigen esa especial materia, de la siguiente forma: “Artículo 2. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad,

En conclusión, los mencionados principios se consideran -en la actualidad- elementos fundamentales y estructurales dentro de todo el sistema jurídico de las contrataciones públicas, sirviendo como fundamento de todas las normas que rigen en esta especial materia, y manifestando su carácter transversal, en virtud de que penetran en todas las fases procedimentales de la contratación pública, desde la planificación y preparación, pasando por la selección del contratista, la adjudicación y la ejecución del contrato. Con la importante salvedad que los principios se aplican siempre, y a todos los contratos públicos, sin reparar en la modalidad, tipo u objeto del contrato⁵⁷.

En el orden de ideas anterior, se puede afirmar que los principios generales de la contratación pública interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo se constituyen en el escenario unificador o centro de encuentro entre todos los ordenamientos jurídicos nacionales, conjuntamente con el derecho comunitario; y se convierten en el punto común o coincidente de referencia para las decisiones de los distintos tribunales estatales y autonómicos de recursos contractuales en España. A partir de allí es que se ha afirmado la verificación *de la europeización del Derecho*

competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.

A los fines de garantizar la oportuna contratación y con base al principio de planificación, los contratantes deberán realizar las actividades previas al proceso de selección señaladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.

Todos los contratantes deberán dar prioridad al uso de medios electrónicos en la realización de los distintos procesos a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, conforme a las normas existentes en la materia.”

⁵⁷ Vid. Sentencia del TJUE, de 20 de mayo de 2010, asunto T-258/06, caso: República Federal Alemana contra la Comisión Europea, al que se adhirieron Francia, Polonia, Austria, Irlanda del Norte, Países Bajos, Grecia, El Reino Unido de Gran Bretaña y el Parlamento Europeo; mediante la cual el tribunal ratificó el criterio de la Comisión, fijado a través de su comunicación interpretativa 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006, en el sentido de que el Derecho Europeo, y por lo tanto sus principios, es aplicable a los contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por la Directiva sobre contratación pública.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=T->

[258%252F06&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1705649](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=T-258%252F06&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1705649), consultada el 20 de septiembre de 2017. En ese mismo

sentido la sentencia 84/2015 del 30 de abril, dictada por el Tribunal Constitucional español, en la que manifestó que los principios europeos de la contratación pública despliegan efectos también en contratos no cubiertos, refiriéndose específicamente a los contratos de servicios que hasta el 2014 se encontraban excluidos; teniendo como inspiración la STJUE (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, asunto: C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C->

[278%252F14&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1707103](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-278%252F14&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=1707103), consultada el 20 de septiembre de 2017.

*Administrativo*⁵⁸, y más preciso, la manifestación del Derecho Administrativo Global, que progresa a propósito de los principios del Derecho, que incorpora y potencia en la órbita supranacional; siendo una de las áreas más clara de influencia precisamente la materia relativa a la contrataciones públicas.

Concretamente hay que hacer referencia a los principios fundamentales que inspiran y condicionan las tramitaciones de las contrataciones públicas, como son: el principio de igualdad de trato o de oportunidades y no discriminación, la libertad de acceso, el principio de publicidad y transparencia, aunado a los principios de integridad y eficiencia, que se interconectan de manera indisoluble, y que se desprenden del derecho originario de la Unión Europea, a partir del Tratado de la Unión y su Tratado de Funcionamiento, del derecho derivado planteado en las propias Directivas Europeas de 2014⁵⁹, en la CE y, en la nueva LCSP.

1.1. El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación

El principio de igualdad deriva originariamente del régimen fundamental referido al derecho a la igualdad, y se encuentra conectado de forma directa con la prohibición del trato discriminatorio. Efectivamente encontramos el derecho a la igualdad y la no discriminación en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, específicamente en su artículo 7, donde se señala que: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*⁶⁰.

⁵⁸ RODRÍGUEZ ARANA, J. (2017) “Introducción: Los principios generales del derecho global de la contratación pública”, en Jaime Rodríguez Arana-Muñoz (Dir.) *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, p. 21.

⁵⁹ Vid. Primer considerando de la Directiva 2014/24/UE y los considerandos 7, 11, 14, 15, 18, 23, 37, 47 y 56

⁶⁰ En el espacio europeo, el principio de igualdad aparece inicialmente en los artículos 2 y 6 del Protocolo Anexo al Tratado constitutivo de la Unión Europea suscrito en Maastricht el 2 de febrero de 1992, referente al acuerdo sobre la política social, donde se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Pero es en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, que entrara en vigor el 1 de mayo de 1999, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de

Por su parte, el artículo 14 de la CE determina la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, “*raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”; en el artículo 9.2 se le asigna a los órganos y entes que ejercen el Poder Público la obligación de promover y garantizar que la libertad y la igualdad se cumplan en todo los órdenes; y en el artículo 9.3 del mismo texto constitucional, prevé el principio de seguridad jurídica y el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁶¹. La noción de igualdad que aporta el constituyente se refiere a la apreciación del individuo en un entorno social interactuando con otros pares y donde se pueden verificar diferencias y similitudes que les permitan identificarse y distinguirse; por tal motivo, la consagración del derecho de igualdad, en sociedades plurales y con grupos diferenciados de personas, no implica el tratamiento igual para todos los individuos, por cuanto ese tratamiento raso tendería a producir efectos discriminatorios, e incluso injustos, la idea es tratar igual a los iguales, y diferenciar donde sea legítimo y necesario⁶².

las Comunidades Europeas, donde se consagra el carácter transversal de este principio fundamental, específicamente con la incorporación de los nuevos artículos 2, 3.2. y 6, en los que se ratifica el principio de la igualdad entre hombres y mujeres como un objetivo de la Comunidad, además de establecer la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Posteriormente, el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, modifica los anteriores, estableciendo el régimen del Tratado de la Unión Europea (TUE). Tal régimen se puede concretar en la inexistencia de una regulación expresa del principio de igualdad, que sólo se manifiesta en el contexto general del respeto a los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos. También en Niza fue proclamada formalmente el 7 de diciembre del año 2000 la CDFUE, cuyo Título III está dedicado a la igualdad. Posteriormente, en el marco del 50° Aniversario de los Tratados de Roma de 1957, se firma la llamada “Declaración de Berlín” de 25 de marzo de 2007, donde se proclama que la Unión Europea se funda en la igualdad de derechos. Luego, el 13 de diciembre de 2007, se suscribe el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, estatuyéndose este último como el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este tratado se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> consultado el 15 de agosto

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf consultada el 20 de septiembre de 2017.

⁶¹ El derecho de igualdad aparece consagrado en el artículo 21 de la CRBV, de la siguiente forma: “*Todas las personas son iguales ante la ley; ...*”, en tal sentido no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por finalidad anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de las personas. Y esta disposición constitucional fue interpretada mediante sentencia N° 190 del 28 de febrero de 2008, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, precisando que aun cuando la constitución venezolana no se refiera expresamente a la discriminación fundada en criterios de nacionalidad, de forma genérica prohíbe cualquier tipo de discriminación que sufran las personas en su libertad y derechos.

⁶² Ver STC 76/1990, de 26 de abril, sobre el alcance del principio de igualdad previsto en la CE: Fundamento Jurídico 9 a): “*a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales*

En consecuencia, se incorpora al ordenamiento jurídico nacional la proscripción a la discriminación, que afecte o menoscabe los derechos, libertades y oportunidades de las personas, lo que trasladado al ámbito de la libre competencia económica significa, la condena absoluta al tratamiento diferenciado, injustificado y desproporcionado, que limite la realización efectiva, real y oportuna de los presupuestos básicos del principio de la libre competencia, tales como los de concurrencia, libre determinación y libertad.

En ese mismo orden de ideas, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), reconoce en la actualidad el derecho de todas las personas a la igualdad ante ley, como principio general, y en el artículo 21 se complementa, desarrollándose el derecho a la no discriminación, determinando la prohibición absoluta a toda conducta discriminatoria basada en el sexo, raza, color, condición social o étnico, lengua, religión o ideales, patrimonio, características genéticas, discapacidad, edad, orientación sexual. Así como la discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la comunidad europea y del Tratado de la Unión Europea⁶³. Por tal motivo se puede afirmar que la igualdad se posiciona como un principio fundamental del Derecho de la Unión Europea, que vincula a los Estados miembros y que, por lo tanto, condiciona todas las políticas de la comunidad europea.

Adicionalmente, resulta importante destacar que las nociones de igualdad y no discriminación de los contratantes en el marco de las compras públicas, fue igualmente abordado desde la perspectiva global, a través de las iniciativas propiciadas por las partes de la Organización Mundial del Comercio, desde su origen. Efectivamente, el 15 de abril de 1994 se firmó en Marrakech un Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)⁶⁴, que entró en vigor el 1º de enero de 1996, al mismo tiempo que se suscribió el

consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.” Publicada en el BOE núm. 129, 30 de mayo de 1990. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1990-12127> consultada el 14 de abril de 2017.

⁶³ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf consultada el 20 de agosto de 2018

⁶⁴ Sin embargo el Acuerdo de 1994, no fue el primero que se suscribió, ya que los primeros esfuerzos reguladores a nivel internacional se realizaron en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), posteriormente se trasladó la discusión a la Ronda de Tokio de

Acuerdo por el que se creaba la propia Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de Marrakech). Cabe destacar que en el segundo año de aplicación del ACP, las partes en el Acuerdo iniciaron su renegociación. Esa renegociación se concluyó en diciembre de 2011 y el resultado de las negociaciones se adoptó formalmente en marzo de 2012. Pero no fue sino hasta el 6 de abril de 2014, cuando entró en vigor el Acuerdo revisado, luego de un largo proceso de aceptación y ratificación. El objetivo fundamental del ACP es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus partes, para garantizar condiciones equitativas, transparentes, de competencia abierta y sin discriminación, en los mercados de contratación pública; con ello se evita la arbitrariedad y discriminación de las autoridades sobre las personas intervinientes en los procesos de contratación pública, ya con ello se vulneraba el principio de igualdad de trato, entre los contratistas de diferentes países para cumplir con contratos de gran envergadura. Este acuerdo internacional influyó indirecta y positivamente en las regulaciones internacionales actuales sobre contrataciones públicas.

En el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, expresamente se genera una obligación sobre los poderes adjudicadores para tratar a los operadores económicos *en pie de igualdad y sin discriminaciones*⁶⁵, así mismo, sin poder utilizar los procedimientos de contratación con fines de exclusión, ni de restringir artificialmente la participación. En virtud de lo anterior, se puede sostener, *a priori*, que el principio de igualdad y no discriminación tiene por objeto favorecer el desarrollo de una competencia clara y efectiva entre las personas que participan en un procedimiento de este tipo, obligando a que todos los oferentes o participantes dispongan de tratos idénticos, las mismas oportunidades en la formulación de sus respectivas ofertas y, por lo tanto, que éstas se sometan a las mismas condiciones y criterios para todos los competidores.

Negociaciones Comerciales en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), produciéndose el primer acuerdo en 1979, denominado Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981. Luego sufrió una modificación en el año 1987, entrando en vigencia el siguiente año. Y fue como se llega al Acuerdo de 1994 en paralelo con la Ronda del Uruguay.

⁶⁵ En el considerando 37 de la Directiva 2014/24/UE también existe una referencia expresa al principio de igualdad de trato, al mencionar la obligación que tienen los Estados miembros y los poderes adjudicadores de adoptar las medidas adecuadas para velar por el cumplimiento de los aspectos vinculados al derecho mediambiental social y laboral en la ejecución de los contratos públicos, en observancia de los principios básicos del Derecho de la Unión Europea, en especial el principio de igualdad de trato.

Es lógico afirmar que el principio de igualdad de trato sobre los actores económicos en los procedimientos de contratación pública, prohíbe no sólo cualquier tipo de discriminación manifiesta, sino también cualquier otra forma disimulada de discriminación que traten de imponer los poderes adjudicadores o los órganos de contratación. Por ejemplo, en algunos casos la exigencia de certificados técnicos que hayan de otorgar organismos de un determinado país pudiera constituir una discriminación encubierta, pues sólo los candidatos del mismo país tienen acceso a ellos y pueden advertir la importancia y consecuencias de tal exigencia, generándoles potenciales ventajas sobre los competidores extranjeros⁶⁶.

Efectivamente, la reiterada y pacífica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con motivo de la interpretación del principio de igualdad de trato, como base fundamental del sistema de contratación pública a nivel comunitario, ha indicado que el cumplimiento de dicho principio fundamental exige que todas las proposiciones sean conformes a las determinaciones contenidas en el pliego de condiciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y que este principio debía estar presente y garantizarse en todas las fases del procedimiento para que todos los participantes dispusieran de las mismas oportunidades y condiciones al presentar sus respectivas ofertas, con el objeto de garantizarse a su vez el principio de transparencia⁶⁷. En consecuencia, el principio de igualdad exige que se traten en

⁶⁶ La jurisprudencia del TJUE, a este respecto, ha manifestado que con base en el principio de igualdad que recoge el artículo 49 de la CE, se prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado discriminatorio (véanse: STJUE, de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères contra Brigitte Gerstenmeier, C-22/80, Rec. p. 3427, apartado 9, y STJUE, de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95906&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2276767> consultada el 15 de julio de 2017).

⁶⁷ Vid. STJUE, de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89, Storebaelt, apartado 37, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96776&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2279748> consultada el 28 de noviembre de 2016; y STJUE, de 25 de abril de 1996, asunto 87/94, Comisión/Bélgica, apartado 88, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99647&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2278689> consultada el 28 de noviembre de 2016; STJUE (Sala Primera), de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, apartados 46 y 49, pp I-8629 y ss. [st&dir=&occ=first&part=1&cid=43583](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43583) “Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse en este sentido las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16).” Más reciente, STJUE (Sala Primera), de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Comisión contra Reino de España (apartados 66 y 67); en esta sentencia el Tribunal de Justicia resumió toda su doctrina jurisprudencial sobre los principios de igualdad

condición de igualdad situaciones que son comparables, y por otra parte, escenarios diferentes puedan ser tratados en forma diferenciada⁶⁸.

Por último, la vigente LCSP, se refiere de forma expresa al principio de igualdad, conjuntamente con los principios de libre competencia, proporcionalidad y transparencia, en su artículo 132, al describir la obligación que tienen los órganos de contratación pública de dar un tratamiento igualitario, proporcional y no

de trato y transparencia, señalando: “66. En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67. Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).” Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=141402&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3252663>, consultada el 12 de febrero de 2017

⁶⁸ Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, asunto: C-434/02, Rec. P. I-0000, apartado 68.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-434%252F02&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=2279945> consultada el 29 de noviembre de 2016

discriminatorio, a los licitadores y participantes de los procedimientos regidos por esas normas⁶⁹. Con esta disposición se reafirma la relación indispensable entre el principio de igualdad y la libre concurrencia y competencia de las empresas o personas que decidan contratar con el estado; principios que los poderes adjudicadores deben garantizar en todo momento, con base en otros, como la publicidad y la transparencia; aunque interpretados conforme al principio de proporcionalidad que, con base en los objetivos de las compras públicas estratégicas, genera una interpretación progresiva de los tradicionales principios de competencia e igualdad.

Por lo tanto, los procedimientos de contrataciones públicas deben estar diseñados con miras a garantizar, en términos generales, un trato igualitario a todas las personas que deseen concurrir, y que —evidentemente— cumplan con los requisitos exigidos de manera objetiva y general, para todos los participantes que sean capaces y no estén incurso en causales de prohibición, ni inhabilitación. Es por ello que, en principio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones, especificaciones técnicas que obliguen a emplear productos calificados, de fabricación o elementos determinados, con el objeto de favorecer o descalificar a empresas o personas determinadas. No obstante lo anterior, cuando evidentemente no exista la posibilidad de definir el objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas o inteligibles, se admitirá la identificación de marcas, patentes o indicaciones técnicas, siempre que se acompañe las palabras o equivalente; lo que no se podrá es otorgar una valoración mayor a los productos o materiales con la marca específica por encima de los equivalentes, si poseen las mismas características.

En este punto resulta conveniente advertir que la LCSP incorpora los objetivos de la compra pública estratégica, basados en procurar un crecimiento inclusivo, sostenible e inteligente en beneficio del desarrollo integral de los diferentes países, a través del uso de la contratación pública como apoyo a los objetivos de políticas estatales, esto es, para el fomento de las pymes, para crear y mantener puestos de trabajo dignos, para la integración de empresas de sectores especiales, para la preservación del medio ambiente, el ahorro energético, la innovación y el desarrollo tecnológico, entre otros; lo que se puede apreciar de los dispositivos contenidos en el artículo 99, el cual induce a incluir aspectos sociales, ambientales e inclusivos en el objeto del contrato, así

⁶⁹ Esta disposición es la equivalente al derogado artículo 137 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSP).

como, el artículo 145, entre otros, que plantea la posibilidad de considerar una pluralidad de criterios de adjudicación, referidos -precisamente- a aspectos sociales, ambientales, innovadores e integradores. Es por ello que se hace necesario repensar la interpretación clásica del principio de igualdad y el replanteamiento de la posibilidad de restringir la competencia de forma legítima, necesaria y proporcional, tal y como lo sugiere el citado artículo 132 de la LCSP.

En virtud de lo anterior, el principio de proporcionalidad juega un papel transcendental, a la par del nuevo enfoque de la contratación pública, como medio para alcanzar objetivos de carácter social, ambiental, innovador e inclusivo, dentro de un uso eficiente de los recursos públicos. Resulta procedente diseñar y condicionar el sistema de las compras públicas para favorecer la participación de un sector productivo especial, como las pymes u otras empresas de tipo social, sin restringir absolutamente la competencia, debido a que con ese tipo de medidas no se impediría el acceso del resto de los operadores económicos, sino que se estaría ofreciendo una apertura para ampliar la competencia y, así, para elevar la cantidad de ofertas que le permita a los poderes adjudicadores tener una mayor posibilidad de seleccionar la propuesta que ofrezca la mejor relación calidad precio. Y para el caso específico que se incorporen criterios de adjudicación vinculados a objetivos sociales o medio ambientales, lejos de presentar una restricción injustificada de la competencia, con ese tipo de medidas se estaría garantizando una mejora sustancial en dichos aspectos (laborales, ambientales, éticos, etc), lo que indudablemente justificaría la intervención y legitimaría la eventual restricción.

En fin, el fundamento de la posibilidad de restringir la competencia y de limitar el principio de igualdad, se puede ubicar adicionalmente en las disposiciones contenidas en los artículos 20, 21 y 52 de la CFDUE, antes citada, debido a que, por una parte se consagra el derecho a la igualdad, pero inmediatamente aclara que, en cuanto a su alcance, el ejercicio de tal derecho puede ser limitado en función de la ley; no obstante, debe respetarse el contenido esencial del mismo, y en todo caso, al introducir limitaciones necesarias y que respondan a objetivos de interés general reconocidos por la doctrina de la Unión Europea, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante volveremos debido a su importancia estratégica.

1.2. El principio de libertad de acceso y la competencia

Armónicamente vinculado con el principio de la igualdad y la no discriminación se erige el principio de la libertad de acceso o, como se le ha denominado tradicionalmente, el principio de la libre competencia; también inspirado en el derecho a la libertad de empresa que consagra la constitución. Este principio fundamental les garantiza a los participantes en los procedimientos de selección de contratistas un acceso libre y adecuado, en condiciones de igualdad, para favorecer una importante competencia en beneficio del interés general, al tratar de obtener la oferta más ventajosa para los objetivos trazados por el poder adjudicador.

La libertad de acceso en la contratación pública es uno de los principios fundamentales del espacio común europeo, al interpretar los postulados de unión e igualdad que rubrican su creación y funcionamiento, inspirados en la noción de libertades: libre circulación de capitales, libre circulación de mercancías, libre circulación de personas y trabajadores, y libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Por lo tanto, con base en este principio, las personas de cualquier nacionalidad podrán participar libremente en procedimientos de contrataciones celebrados en el territorio de un país distinto de su nacionalidad, si cumplen con los requisitos universales y accesibles que se exigen en las normativas comunitarias y luego en la regulación interna respectiva.

Como certeramente lo afirmara MEILAN GIL⁷⁰, al identificar el Derecho comunitario como el “*meeting point* de los ordenamientos jurídicos de tradiciones diferentes”; la competencia o el libre acceso de los participantes debe garantizarse principalmente en la fase inicial de preparación y adjudicación del contrato, con base en la interpretación europea de los principios de igualdad y de no discriminación, ya que la libertad de movilidad comercial resulta esencial para la existencia y funcionamiento del mercado común que supone la Unión Europea.

Es importante dejar claro que el principio de libre acceso no supone la posibilidad de concurrir al procedimiento de contratación sin cumplir con las exigencias propias, razonables y justificadas de las contrataciones públicas (capacidad y solvencia),

⁷⁰ MEILÁN GIL, J. L., (2011) *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-Iustel, Madrid, p. 144

que se encuentran establecidas en el pliego de condiciones y en las normas citadas, salvo precisas excepciones; por el contrario, con base en el principio de igualdad, todos los participantes deberán cumplir con los mismos requisitos fijados con carácter de objetividad y con absoluta transparencia, pero sin establecer excepciones ni restricciones fundadas en criterios particulares de los licitadores o productos, en términos generales.

En tal sentido los poderes adjudicadores deben propiciar y garantizar la concurrencia de las personas en los procedimientos de selección de contratistas, a los fines de aumentar la cantidad de ofertas, lo que en definitiva promoverá y ampliará la competencia, que redundará -sin dudas- en la posibilidad de seleccionar la oferta que ofrezca la mejor relación calidad-precio, con base en criterios de objetividad, imparcialidad y racionalidad. La participación de los sujetos privados en el ámbito de la gestión pública aporta valores tangibles e intangibles de significativa importancia, tanto para los propios participantes, como para los intereses del Estado, y es justamente en la contratación pública donde se verifica con mayor fuerza estas bondades estratégicas.

Lo anterior tiene que ver con la distribución de la riqueza que genera los recursos de la gestión pública y que ayuda a la movilización de la economía. Cuando se amplía la posibilidad de acceso de personas en la participación en los procedimientos vinculados a los contratos públicos, se beneficia el rendimiento de las empresas y contribuye a elevar la calidad de los productos, obras y servicios que se prestan, en obsequio de los ciudadanos servidos por las Administraciones Públicas. Este principio garantiza la efectiva participación, en condición de igualdad, de las pymes y otras empresas en la contratación pública.

El citado artículo 132 en sus numerales 2 y 3, de la LCSP, regula adicionalmente el principio de la libre competencia, imponiendo a los órganos de contratación pública o poderes adjudicadores la carga de velar por la garantía de la libre competencia en todo el procedimiento de selección de contratistas y adjudicación; estableciendo como obligación específica la necesidad de diseñar procedimientos de contratación pública donde no se restrinja artificialmente la misma, ni donde se establezcan prácticas conducentes a impedir, restringir o falsear esa competencia; así mismo, las autoridades contratantes estarán en la obligación de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de

competencia, cualesquiera hechos, actos, acuerdos o decisiones colectivas, que puedan constituir infracción a las normas relativas a la competencia; todo esto a los fines de preservar el interés colectivo implícito en los procedimientos de contratación.

Por otra parte, y constituyendo el libre acceso o la concurrencia, el principio general inspirado en los postulados de la integración europea, como mencionáramos antes, en principio, no se podrá restringir la libertad de participantes para la presentación de ofertas en los procedimientos de contratación pública, que garantiza, a su vez, la competencia, salvo por razones debidamente justificadas y basadas en el principio de proporcionalidad. Una de las excepciones de la referida premisa, está fundada en los derechos sociales fundamentales y específicamente en el principio de solidaridad, como lo afirma PINTOS SANTIAGO: *“La libertad exige como contrapartida la solidaridad: el uso desmedido de la libertad va siempre en detrimento de los demás (...) Por esa razón un orden europeo, para ser duradero, deberá siempre reconocer como principio fundamental la solidaridad entre sus miembros”*⁷¹. De esta forma lo ha ratificado la jurisprudencia europea, al determinar que el principio de libre competencia admite excepciones basadas en el principio de la solidaridad y en el principio de proporcionalidad, en el caso de contratos celebrados en el marco del sistema de seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro o cuando se trata de la reserva planteada a empresas de sectores especiales⁷².

Tal excepción encuentra consagración legislativa, en el mismo artículo 132 antes citado, con relación a lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la referida ley. Se trata de los contratos reservados para los centros especiales de empleo de iniciativa social, regulados en la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dictada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, del 9 de noviembre; y las empresas de inserción social, reguladas en la Ley 44/2007, del 13 de diciembre. Ambos supuestos, excluidos del principio de libre competencia de la contratación pública, siempre y cuando el porcentaje de personas con discapacidad o en situación de exclusión social, de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas, sea de al menos el treinta por cien del total (30%).

⁷¹ PINTOS SANTIAGO, J., (2017) *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 160.

⁷² Véase STJUE de 17 de junio 1997, asunto C-70/95, apartado 32.

1.3. El principio de publicidad y transparencia en la contratación pública

En la Administración pública, la transparencia se constituye, junto con la buena administración⁷³, en un principio fundamental, universal, global y transversal, que obliga a las Administraciones públicas, y demás órganos o entes del sector público a estar y ser abiertos frente a los ciudadanos. Como lo señala RAZQUIN LIZARRAGA, “...deben ser espacios de cristal en los que el ciudadano pueda mirar en todo momento cómo se efectúa la gestión de los asuntos públicos”⁷⁴. En la actualidad nadie duda que la transparencia deba estar siempre presente en todas las fases de las actividades de los órganos y entes que ejercen el Poder Público; y es que tanto los organismos internacionales como los propios estados han apostado a este principio, como parte sustancial de la noción de democracia, con el objeto de garantizar la eficiencia en la gestión pública, proteger los derechos de los ciudadanos, preservar el interés general y, al mismo tiempo, para disminuir los índices de corrupción que se puedan verificar en las actuaciones de estos órganos.

La Administración en ejercicio de sus atribuciones, garantiza el principio de transparencia, si desarrolla una actividad de planificación previa que justifique su accionar, estableciendo racionalmente los motivos, las circunstancias, los procedimientos y los objetivos a alcanzar en los asuntos que acometa, que debe necesariamente hacerlo público, esto es, fácilmente del conocimiento de todos; si además establece mecanismos adecuados para solicitar y rendir cuentas, y si genera espacios o vías de comunicación para mantener informada a las personas, sobre sus funcionarios, funciones y actividades en general; garantizando la participación ciudadana. Es por ello que se afirma con propiedad que la aplicación efectiva del

⁷³ El principio fundamental del derecho a la Buena Administración, se desprende del artículo 41 de la CDFUE (2000), luego que el Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, lo fuera perfilando a través de sus dictámenes y sentencias. Posteriormente la anterior disposición inspiró el Código de Buena Conducta Administrativa de la Unión Europea, dirigido a las instituciones y a los órganos de la Unión Europea, aprobado por Resolución del Parlamento Europeo del 6 de septiembre de 2001, constituyéndose en un instrumento de concreción del comentado principio fundamental. Sin embargo, con más certeza se presenta la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, aprobada en la reunión del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), el 10 de octubre de 2013, en la cual se define tal principio como un verdadero derecho humano y lo descompone en una serie de derechos que lo integran y que por lo tanto forman parte indisoluble de su esencia y naturaleza.

⁷⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., (2015) *El derecho de acceso a la información pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, p. 29

principio de transparencia está vinculada indisolublemente con otros principios que informan la gestión pública, como la planificación, la objetividad, la honestidad, la rendición de cuentas, la eficiencia, la publicidad, la seguridad jurídica y la buena fe.

Específicamente en el ámbito de las contrataciones públicas los mencionados principios deben operar con mayor profundidad y trascendencia, para garantizar la claridad, honestidad, eficiencia, la seguridad jurídica y la mejora sustancial e integral en la gestión de los operadores del sector público, dentro de los parámetros objetivos de la buena administración. Observamos cómo la LCSP se inscribe en esta corriente, desde su artículo 1, al insistir en que la contratación del sector público debe ajustarse a los principios de publicidad y transparencia; y en el artículo 132, donde se reafirma la necesidad de transitar por el camino del cumplimiento de los requisitos de publicidad y la transparencia, para garantizar la concurrencia, la igualdad y la no discriminación, a los fines de favorecer la libre competencia, lo que contribuiría a la reducción de los costes y el aumento de la calidad de los productos, servicios y obras; con el agregado final de disminuir los actos de corrupción, porque hace más visible los trámites administrativos y permite un mayor control⁷⁵.

Efectivamente, el principio instrumental de la transparencia, determina que toda la información esté suficientemente clara, precisa y a disposición de los licitadores, desde el anuncio de la licitación, pasando por las especificaciones en el pliego de condiciones y las precisas reglas del juego público implícito, con el objeto de que todos los participantes, y los ciudadanos en general, estén debidamente informados de los proyectos que adelantan los poderes adjudicadores y sus condiciones específicas de celebración, lo que genera, por una parte, que los licitadores tengan muy claras las reglas para participar, y por la otra, permita efectuar un control jurídico y ciudadano sobre la gestión y la inversión de los recursos públicos.

Lo anterior coadyuva a garantizar que no exista riesgo de parcialidad, favoritismo y arbitrariedad por parte de los poderes adjudicadores, con base en el principio de integridad; y que por lo tanto no se distorsionen sobrevenidamente las

⁷⁵ Así lo ha indicado claramente la jurisprudencia, en el entendido que sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia (STS, de 17 de octubre de 2000, Sala 3era., Sección 7ma.); por otra parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública contratante se asegure de que tales principios son respetados (STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*)

condiciones de la competencia, preservando el interés público implícito en los procedimientos de contratación pública, por la presencia de fondos públicos y de bienes o servicios para el servicio al público.

Adicionalmente la incorporación decidida de la tecnología y los medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de contratación pública, dan un impulso mayor y facilitan el cumplimiento del principio de publicidad y transparencia⁷⁶. La nueva LCSP representa un ejemplo de esa apuesta firme por avanzar hacia la tecnología de la información y comunicación, para facilitarles la participación y el control de las personas en estos procesos. Una serie de normas avalan tal postulado, y especialmente el artículo 347 que regula la necesaria plataforma electrónica que deberá poner a disposición de todos los órganos de contratación del sector público, la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, para permitir la difusión de sus perfiles de contratantes por internet, entre otros servicios complementarios asociados.

Ahora bien, para que el principio de publicidad y transparencia sea efectivo y garantice correctamente los postulados de la Unión Europea, referidos especialmente a la unidad de mercado y al libre acceso de los licitadores, la publicidad debe ser de manera adecuada, con el objeto de que permita abrir la competencia a la mayor cantidad de operadores económicos posibles, sin fragmentar el mercado⁷⁷. Es por ello que se apuesta a la unificación y universalización del perfil del contratante a través de una plataforma e información uniforme, para así evitar colocar “...barreras de entrada a nuevos operadores económicos”, como lo afirma GIMENO FELIU⁷⁸. Recordemos que

⁷⁶ Vid. Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo

⁷⁷ Vid. STJUE de 29 de abril de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta Spa, C496/99 P, Rec. P. I-3801, apartado 111. https://contratodeobras.com/images/Sentencia-TJCE-Asunto-C-496-99-P_CAS-Succhi-di-Frutta-SpA.pdf consultada el 25 de octubre de 2016; y STG (Sala Octava) de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48

“Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate”

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133182&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2752839> consultada el 25 de octubre de 2016.

⁷⁸ GIMENO FELIU, J.M., (2013) *Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante*, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 18/03/2013.

sin publicidad adecuada o sin información, no existe transparencia, y por lo tanto, se elimina la posibilidad de la amplitud del acceso de los participantes, con lo que se disminuye la oferta y por lo tanto la calidad de las contrataciones.

Si se logra de manera sincera el cumplimiento del principio de transparencia y específicamente el respeto por los adecuados mecanismos y requisitos de publicidad, a través de la unificación de los criterios y perfiles de los contratantes, se estaría en sintonía perfecta con la intención del legislador europeo al producir las últimas Directivas en materia de contratación pública, pensando en la unidad del mercado, con la finalidad de proteger a las economías de cada uno de los Estado miembros de la UE. Sólo de esta forma se garantizaría una mayor concurrencia colaborativa de los operadores económicos en los procedimientos de contratación pública, y así el acceso efectivo y posible de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en ellos.

1.3.1. La confidencialidad como excepción al principio de publicidad

Como estudiáramos en el punto anterior la publicidad es un principio que garantiza la transparencia, la concurrencia, la libertad de acceso de los licitadores y la libre competencia, por lo que se convierte en un principio fundamental en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, la obligación de darle publicidad al procedimiento de contratación tampoco es absoluta, posee límites razonables, como el mismo principio de transparencia que tiene ciertos límites. El límite específico del principio de publicidad lo constituye la protección o el respeto de la confidencialidad.

El postulado de respeto de la confidencialidad en las compras públicas está vinculado al derecho integral a la libertad de empresa, que según el artículo 38 de la CE debe ejercerse dentro de la economía de mercado⁷⁹, constituyendo la defensa de la

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.93/recategoria.121/reلمenu.3/chk.0fe789768ad34784c3d04cd3f37f7a9f> consultado el 16 de febrero de 2016.

⁷⁹ CE “Artículo 38. *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Según la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dictada por el Tribunal Constitucional español, en esta disposición constitucional se garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, con sus excepciones lógicas y razonables.

competencia un presupuesto y al mismo tiempo un límite de dicha libertad, evitando las prácticas que puedan perjudicar la concurrencia entre empresas⁸⁰.

Adicionalmente, la confidencialidad se encuentra reconocida como un derecho fundamental a partir de la interpretación del artículo 41 de la CDFUE, que señala: “1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.* 2. *Este derecho incluye en particular: (...) b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial*”.

Ahora bien, en el ámbito de las contrataciones públicas, donde se encuentran en juego importantes cantidades de dinero, públicas o privadas, el respeto de la confidencialidad reviste una transcendencia particular, debido a que las empresas al presentar sus ofertas exhiben información interna, privilegiada y confidencial, relacionada, muchas veces, con secretos técnicos, profesionales o comerciales, que no desean ni deben compartir por razones estratégicas. Y por su parte, los poderes adjudicadores, frecuentemente poseen ciertas informaciones clasificadas sólo para el consumo de los participantes de los procedimientos de contratación.

Cabe destacar que las reglas comunitarias tuvieron en cuenta tal situación, y mantuvieron la regulación de la confidencialidad como excepción a la publicidad, como debe ser lógico, si se parte de que su filosofía regulatoria está basada en la libre competencia y en la innovación. Por tal motivo, en el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE, se reconoce la confidencialidad desde su doble aproximación, esto es, desde la perspectiva del derecho de licitador o participante, en el apartado 1, y en el apartado 2, desde la perspectiva de la facultad de poder adjudicador. Con vista en el derecho de los operadores económicos, el poder adjudicador no podrá divulgar la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas, salvo que se disponga de otro modo en las normas europeas o en las normas nacionales o locales, a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las

⁸⁰ Sobre estas nociones se recomienda consultar: SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y STC 71/2012, de 16 de abril.

obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores⁸¹.

Por otra parte, los poderes adjudicadores podrán imponer a los licitadores requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que aquellos les proporcionen durante el procedimiento de contratación pública, para asegurar tal información estratégica y por lo tanto, preservar el interés general. En idénticos términos se reguló la confidencialidad, como limitación del principio de publicidad, en el artículo 133 de la LCSP, donde además se agregó que los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.

El carácter de confidencialidad afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores⁸². Sin embargo, el deber de confidencialidad no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación, únicamente podrá abarcar los documentos que tengan una difusión restringida.

El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, la liquidación, los

⁸¹ Sobre el necesario equilibrio que debe existir entre el principio de publicidad de la contratación pública y la confidencialidad, se pueden consultar la Resolución del TACRC nº 710/2014, de 26 de Septiembre, y la Resolución del TACRC nº 863/2014, de 20 de noviembre de 2014.

⁸² STJUE (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, Varec SA/Bélgica apartados 34, 35, 36 y 37: “34 El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-I, apartado 44). 35 Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. 36 Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores. 37 Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores.” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0450> consultada el 27 de octubre de 2017. Este criterio fue asumido por el TACRC, en su Resolución nº 19/2016, de 15 de enero de 2016.

plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato. Debido a que esta información forma parte de la garantía general del principio de transparencia. A todo evento debe respetarse lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal⁸³.

Se establece un plazo de cinco años, salvo que el contrato o los pliegos concedan uno mayor, dentro del cual el contratista deberá respetar la confidencialidad de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato, a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.

1.4. El principio de eficiencia y la eficacia en la contratación pública

Sabemos que las nociones de eficacia y eficiencia guardan estrecha relación entre sí, al punto de ser utilizadas en algunos casos como sinónimos; sin embargo, se distinguen por un rasgo característico y particular. Mientras la eficacia es simplemente la facultad de alcanzar un objetivo propuesto o esperado, la eficiencia es la capacidad de lograr ese objetivo o efecto con el empleo del mínimo de recursos posibles o de tiempo empleado (es un principio sustancial); aunque como lo afirma PAREJO ALFONSO: “*el principio de eficacia incluye de suyo el principio de eficiencia*”⁸⁴. En consecuencia, la gestión pública debe ser eficaz, en el entendido que debe cumplir obligatoriamente con el cometido público establecido en la norma, pero en la actualidad, debe procurar la eficiencia en el empleo de los cada vez más ajustados recursos públicos, y en procura del bienestar colectivo⁸⁵.

La eficiencia dentro de las Administraciones Públicas representa un elemento de trascendental importancia, en la actualidad, incorporado dentro de la noción fundamental de buena administración. Una Administración será eficiente si cumple

⁸³ Publicada en el BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750> consultada el 25 de abril de 2016

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, L., (1995) *Eficacia y administración. Tres estudios*, MAP, p.106

⁸⁵ En el artículo 31.2 de la CE se regula el principio de eficiencia desde su visión económica, de la siguiente forma: “*Artículo 31.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.*” (...)

adecuadamente con los objetivos que tiene establecido, respeta los derechos de las personas y, en dicho cumplimiento, invierte correcta y racionalmente sus recursos; en cuyo caso se entiende que se encuentra dentro de los parámetros de la buena administración. Por tal motivo, adicionalmente el principio de eficiencia sirve para ejercer control sobre la actividad de los agentes públicos, en el entendido que les permitirá evaluar el cumplimiento de la finalidad que tienen encomendada.

En ese sentido, y no obstante que el texto constitucional lo prevé desde una perspectiva económica, el principio de eficiencia va mucho más allá, incluso debe involucrarse con objetivos de otra índole; como lo afirma GIMENO FELIU: “...el principio de eficiencia debe ser visualizado no desde una monopolística perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria), sino que deberá valorarse atendiendo a su ineludible conexión con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.”⁸⁶ Tal y como se prevé en la actualidad en los artículos 1.3, 28 y 99.1 de la LCSP.

En el plano específico de la contratación pública el principio de eficacia se ha asimilado al cumplimiento de otros principios generales y tradicionales de este sector. GIMENO FELIU señala que: “El principio de eficiencia en la política de contratación pública obliga a que se acompañe de un principio de transparencia –instrumental- con el fin de generar efectiva concurrencia en tanto así, mediante economías de escala, obtener prestaciones a mejor precio”⁸⁷. Sobre este aspecto se ha pronunciado la jurisprudencia del TJUE, reiterando que la integración entre los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y no discriminación para garantizar la apertura de la competencia y en definitiva asegurar una contratación pública eficiente, en cuanto al cumplimiento de sus objetivos⁸⁸.

⁸⁶ GIMENO FELIU, J.M., (2010) “El principio de Eficiencia”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, p.1258 y 1259

⁸⁷ *Ídem*

⁸⁸ Véase STJCE de 6 de abril de 2006, asunto: C-410/04, ANAV, apartado 21. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=55678&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2917308> consultada el 20 de octubre de 2018; STJCE, (Sala Tercera) de 15 de octubre de 2009, asunto: C-196/08, Acoste, expresamente señaló:

Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de

En fin, la sintonía perfecta entre los principios de concurrencia y eficiencia, bajo el manto fundamental de la transparencia, garantiza la apertura del mercado y la participación de una mayor cantidad de operadores económicos, incluyendo las pymes, lo que le permite una mejor elección del contratista a los poderes adjudicadores, y sin duda, el aumento de la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos de la contratación pública, “...con ahorro de dinero públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos.” (GIMENO FELIU)⁸⁹.

Este planteamiento fue recogido en el importante Informe de la Comisión Europea, denominado “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, de 27 de enero de 2011, COM(2011)⁹⁰, en el cual se determina la importancia del principio de eficiencia en las compras públicas estratégicas. En el citado instrumento de referencia se reafirma el papel clave que desempeña la contratación pública en la estrategia Europa 2020. Entre otros aspectos esta acción estratégica desplegada por la Unión Europea, determina que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y que los mercados de la contratación pública deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la UE. Insiste en que resulta crucial, en el contexto de las limitaciones económicas existentes, obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes, y una de las principales medidas es mejorar el entorno empresarial de las pymes.

Continuando con la señalada estrategia, las Directivas Europeas y la LCSP apuestan a una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos en las compras públicas⁹¹, al incorporar “...de manera transversal y preceptiva criterios

igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51, y sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 48).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76766&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2917409>

⁸⁹ GIMENO FELIU, J.M. (2010) “El principio de eficiencia... op. cit., p 1265

⁹⁰ Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF> consultada el 13 de septiembre de 2015.

⁹¹ En este punto resulta ser muy ilustrativa la disposición contenida en el artículo 334 de la LCSP, en el que se regula la denominada Estrategia Nacional de Contratación Pública, y donde se pone en evidencia el norte trazado por las regulaciones recientes; por ello nos permitimos citar el apartado 2, que expresamente establece: (...) “2. La Estrategia Nacional de Contratación Pública se diseñará para

*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*⁹²; así como la implementación de la agilización de los trámites administrativos y acceso sin coste a la información, y con ello, se facilitaría la participación de las pymes y las empresas de economía social, para lograr los criterios de eficiencias comentados, dentro de una visión estratégica de la contratación pública.

En los términos precisos de la LCSP, la eficiencia está vinculada – adicionalmente- a la necesidad e idoneidad del contrato⁹³; esto quiere decir que la Administración deberá celebrar sólo aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales; de lo contrario se entiende que el órgano o ente contratante no está obrando con base en los principios de eficiencia y eficacia, además de presentar un problema sobre la idea de la planificación. Todo esto, porque se consideraría que no se están empleando adecuadamente los fondos públicos, al cumplimiento de los fines del estado, o se están ocupando recursos excesivos e innecesarios en lograr un objetivo.

Así mismo, la innovación y la integración del sector privado en la contratación pública bajo las modalidades de economía mixta también representan manifestaciones

establecer medidas que permitan cumplir los siguientes objetivos: a) Combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública. b) Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación. c) Promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación. d) Generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento. e) Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación. f) Promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública.”

⁹² Vid. Artículo 1.3 de la LCSP.

⁹³ En los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la LCSP, se establece expresamente que: *“Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley. 3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.”* (...) Igualmente, en el artículo 99.1, se señala: *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”* (...) (resaltado añadido)

muy interesantes del cumplimiento del principio de eficiencia por parte de las Administraciones públicas, especialmente el uso eficiente de los fondos públicos. En materia de contratación pública, los órganos contratantes pueden perfectamente involucrar a los actores privados, previo cumplimiento de los extremos legales, para realizar actividades enmarcadas en contratos derivados de proyectos públicos, promovidos por la iniciativa privada, y donde se encuentren perfectamente definidos los objetivos y las prestaciones particulares de los contratantes. Los ejemplos más significativos de estas relaciones bilaterales, son los contratos de concesión de obras y las concesiones de servicios, los mecanismos de colaboración público-privada, así como las alianzas estratégicas o *joint venture* en la consecución de objetivos comunes⁹⁴. No obstante, las utilizaciones indebidas de estas fórmulas de economía participativa pueden dar lugar también a gestiones ineficientes, si no se definen certeramente los objetivos de la contratación y si se obra faltando al principio de la integridad. A todo evento, aun cuando estemos en presencia de espacios donde predomine la participación del sector privado, se deben respetar los principios generales de la contratación pública, principalmente, la igualdad de trato y la concurrencia, en la medida que la modalidad del contrato lo reclame.

Los principios generales del derecho aplicables a las contrataciones públicas suelen interpretarse y ponderarse para que se ajusten en un todo armónico y coherente con el resto de las normas que integran el sistema jurídico determinado. Antes de la vigencia de las nuevas directivas europeas se solía interpretar que la división en lotes o el fraccionamiento de los contratos atentaba en contra del principio de eficiencia; ya que este principio se garantizaba plenamente al integrarse en un solo contrato las diversas prestaciones que componían el negocio jurídico involucrado, sin divisiones en lotes, afirmando que la mayor coordinación y eficiencia en la ejecución de las prestaciones resulta del tratamiento unitario del contrato, para aprovecharse de las economías de escalas, la concentración de la demanda y la optimización en la ejecución global del contrato, que permite dar cumplimiento al mismo y facilita su control⁹⁵. No obstante, hoy deben involucrarse los contenidos sociales, ambientales, integradores y de

⁹⁴ El profesor GIMENO FELIU, indica que: “En búsqueda de la eficiencia se han articulado también mediante mecanismos de colaboración público-privada que ha dado cobertura a realidades muy diversas, que se han manifestado bajo distintas fórmulas contractuales tomando como referencia, principalmente, la práctica del Reino Unido.” “GIMENO FELIU, J.M. (2010) El principio de eficiencia... op. cit., p 1263)

⁹⁵ De conformidad con los términos establecidos en el derogado artículo 86.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)

innovación, conjugados con una adecuada inversión de los recursos públicos, para evaluar que se está obrando de forma eficiente.

Por lo que constituirá un reto para la garantía del principio de eficiencia la implementación de la nueva filosofía de las directivas europeas vigentes y la novísima LCSP, que colocan a la división en lotes como la regla general en el diseño y estructuración de los procedimientos de contratación pública; tema que trataremos más adelante, como uno de los mecanismos por excelencia que fue incorporado como novedad para facilitar la participación de las pymes en estos procedimientos de selección de contratistas. No obstante, el mensaje normativo es muy claro, debido a que a lo largo de las disposiciones de la LCSP, se asocia la política de fomento de las pymes en las compras públicas con el principio de eficiencia, estableciendo una relación complementaria entre la libre competencia y el principio de eficiencia. En consecuencia, debe entenderse que para el legislador una forma de ser eficiente en el uso de los fondos públicos, y en la gestión procedimental de las contrataciones públicas, es garantizándoles el acceso de las pymes a las compras públicas, así como, incorporando al objeto del contrato criterios vinculados a las variables sociales, ambientales y de innovación. Por lo que el reto al cual aludimos antes, se posa fundamentalmente sobre los poderes adjudicadores, quienes son los llamados a preparar y ejecutar los procedimientos en aplicación de las normas.

En conclusión, el principio de eficiencia es una manifestación más de la noción garantista de la buena administración⁹⁶, según la cual, la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública deben perseguir el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias previamente establecidas. Entendiendo como objetivo principal de la Administración, el servicio al ciudadano, podemos decir que su actividad es eficaz, cuando cumple con ese cometido, esto es, cuando satisface las necesidades y aspiraciones de las personas, legitimándose en su actuar, por efecto del cumplimiento de su finalidad, pero con estándares de calidad; no basta con prestar servicios en general, también es necesario examinar las condiciones en que se prestan

⁹⁶ La LCSP se refiere al principio de la buena administración en su artículo 34.1

estos servicios, sus costes, la eficacia y la eficiencia de la Administración, y sobre todo, el grado de satisfacción que muestran las personas⁹⁷.

La dimensión estratégica de la eficiencia en las contrataciones públicas presupone que el estado debe planificar en diferentes escenarios de tiempo, modo y circunstancias, para delimitar y determinar objetivos sobre grandes temas de interés público, como la garantía del derecho a la vivienda como derecho social de los ciudadanos, el sostenimiento energético, el manejo de las variables climáticas, el desarrollo sostenido de la economía, la inclusión de los actores económicos más deprimidos, la disminución de la pobreza en todas sus formas, de la desnutrición y la mortalidad infantil, el mantenimiento o el aumento de la tasa de empleo, el manejo de la deuda pública, cubrir el déficit de infraestructura pública, fomentar la inversión pública y privada, entre otros, todos los cuales, merecen poner a disposición de todos los recursos materiales que sean necesarios para su cumplimiento, y, así mismo los indicadores que miden el cumplimiento de los avances y alcance de los objetivos planteados⁹⁸.

1.5. El principio de proporcionalidad como clave para las compras públicas estratégicas

El principio de proporcionalidad, que como lo señala la magistrada CARLON RUIZ, se encuentra “...*fuertemente enraizado en la lógica misma del Estado de Derecho y, en último término, en el valor justicia,...*”⁹⁹, guarda estrecha relación con los principios de necesidad, eficiencia y adecuación de la contratación¹⁰⁰, entiende que

⁹⁷ Vid. CANONICO SARABIA, A., (2014) “La contratación pública por medios electrónicos”, en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.) *Temas Relevantes Sobre los Contratos, Servicios y Bienes Públicos*, Editorial Jurídica Venezolana y CAJO, Caracas, p. 443.

⁹⁸ Vid. ROJAS MONTES, V.V., (2013) “El principio de eficacia en las contrataciones públicas”, *En Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, Adrus editores, Arequipa, p. 525.

⁹⁹ CARLON RUIZ, M., (2010) “El principio de proporcionalidad”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid, p. 203

¹⁰⁰ Vid. Resolución TACRC 548/2014, de 18 de julio, la proporcionalidad de los criterios de solvencia exigidos en el contrato, se interpreta el Art. 61.2 TRLCSP; y STJ, 11 de julio de 1989, Asunto C-265/87, Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co, apartado 21: “*Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada al requisito de que estas medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos con la normativa de que se trate, quedando claro que, cuando*

ponderar entre la restricción del derecho de la persona a la no discriminación y la legitimidad de los objetivos de interés general que se pretenden lograr¹⁰¹.

El problema siempre lo ha constituido delimitar el rango de acción del principio de proporcionalidad; hasta donde se puede soportar la limitación de un derecho, cuales hechos son capaces de justificar la injerencia en el fuero de garantías individuales y cuáles son los límites de la discrecionalidad gubernamental a la hora de aplicar tales acciones. Los tribunales europeos han asumido como fórmula el test de proporcionalidad, basado en la verificación de tres subprincipios: a) idoneidad, b) necesidad, y c) proporcionalidad, en sentido estricto¹⁰², para dar respuestas a las anteriores interrogantes, y en definitiva, para constatar si se ha aplicado el principio de proporcionalidad adecuadamente en cada caso.

La idoneidad está referida a la adecuación de la medida adoptada, esto quiere decir, que la misma debe ser una de las formas óptimas para alcanzar el objetivo perseguido¹⁰³, igualmente se puede asimilar la idoneidad con la legitimidad, en el sentido de que la medida debe estar reconocida por el derecho para poder ser aplicada. La necesidad atiende a las razones por las cuales un determinado Estado o un órgano se

¹⁰¹ El artículo 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, permite una restricción excepcional, racionalidad y justificada de los derechos y libertades, en los siguientes términos: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.”

Igualmente resulta interesante citar el caso relativo a la enseñanza lingüística en Bélgica, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que sirve para evaluar el principio de igualdad y no discriminación frente al principio de proporcionalidad. STEDH, de 23 de julio de 1968, 1968\3, Demanda núms. 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962; disponible en: https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf consultada el 25 de noviembre de 2017.

¹⁰² STJ (Sala Quinta), de 11 de julio de 1989, asunto: C-265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co*: “Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada al requisito de que estas medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos con la normativa de que se trate, quedando claro que, cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos gravosa, y que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos.” Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95454&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2408916> consultada el 24 de octubre de 2017. Cuyo criterio ha sido reiterado, en STJUE (Sala Octava), de 16 de septiembre de 2013, asunto: T-462/07, *Galp Energía España/Comisión Europea* (apartado 71). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=141429&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3252663> consultada el 16 de febrero de 2018

¹⁰³ Véase STJ, de 11 de marzo de 1987, asunto: C-279/84 (acumulados 280, 285 y 286/84), “Mantequilla de Navidad”; disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93549&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2411093> consultada el 26 de noviembre de 2016.

ve compelido a adoptar una medida de interés general; este aspectos debe razonarse para justificar el actuar de esa persona¹⁰⁴. Y por último, la proporcionalidad, estrictamente hablando, ya no como el principio general que comentamos, sino un componente de él, referido a la medida de la actuación; esto quiere decir en concreto que, dentro de las medidas idóneas, se debe adoptar la estrictamente ajustada y adecuada a los supuestos de hecho constatados; la adecuación permite verificar que la acción o medida no sea desproporcionada y adicionalmente implica que se debe escoger la medida que resulte la menos gravosa posible para el derecho subjetivo que se ve afectado con la misma¹⁰⁵.

El planteamiento general del principio de proporcionalidad que acabamos de observar en una apretada síntesis, es perfecta y absolutamente aplicable al campo de las contrataciones públicas, y sobre todo, dentro de la concepción de las compras públicas estratégicas, en donde necesariamente debe existir de forma constante una evaluación proporcional sobre determinadas medidas estratégicas que se deben adoptar, muchas veces, en detrimento de posiciones garantistas tradicionales, como la visión clásica del principio de legalidad. Se verá en reiteradas ocasiones una tensión entre el principio de igualdad o no discriminación, y el principio de proporcionalidad; que al final deberá imponerse, si cumple con los estándares antes revisados, esto es, si la medida es idónea y legítima por estar prevista su posibilidad en el ordenamiento jurídico, si es necesaria su adopción en función de los intereses generales que se atenderán con la misma, y por último, si se trata de una medida adecuada en función de las circunstancias que la rodean y si es proporcional.

Precisamente la ejecución de los objetivos de la compra pública estratégica y específicamente la incorporación de criterios de adjudicación relativos a aspectos sociales, ambientales, innovadores y de inclusión social o estratégico, pueden comprensiblemente suponer la presencia de aquel conflicto aparente, pero que deberá resolverse con el análisis de la igualdad en el caso concreto y la teoría de la restricción legítima de los derechos fundamentales por la atención de un bien mayor. Ese bien

¹⁰⁴ Véase STJ, de 16 de octubre de 1991, asunto: C-24/90, Hauptzollamt Hamburg-Jonas (conserva de setas); disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97074&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2412796> consultada el 25 de noviembre de 2017.

¹⁰⁵ Véase STJ, de 24 de octubre de 1973, asunto: C-5/73, Balkan-Import-Export; disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88448&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2414723> consultada el 25 de noviembre de 2017

mayor, sin dudas estará representado por los beneficios generales que reportará, por ejemplo, la participación de las pymes en las compras públicas.

1.6. Otros principios jurídicos presentes en las contrataciones públicas

Resulta importante reiterar que los principios tratados no son los únicos que informan y orientan la gestión de los poderes adjudicadores en la tramitación de los procedimientos de contratación pública. Existen otros principios o técnicas de optimización de la gestión contractual, pero su estudio ameritaría un trabajo dedicado exclusivamente al tema para efectuar un tratamiento más profundo y pausado sobre estos trascendentales aspectos. Los principios analizados en los apartados anteriores constituyen los postulados más ajustados a las realidades de la materia de la contratación pública que se desarrolla en el contexto geográfico de los Estado que integran la Unión Europea, debido a que se encuentran previstos en los instrumentos jurídicos fundamentales que rigen el referido mecanismo de integración supranacional, como son, los Tratados de Creación y de Funcionamiento de la Unión Europea, además que obedecen a una realidad incuestionable representada por las libertades sobre las que está construido, como la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, de servicios y de capitales y la libertad de establecimiento.

En ese sentido, a título de enunciado podemos mencionar que existen otros principios de importancia que deben estar presentes en las contrataciones públicas estratégicas, mucho más cuando consideramos la necesaria inclusión de actores económicos tradicionalmente excluidos de las contrataciones públicas, como las pymes. Estos principios son: el principio de seguridad jurídica y la planificación, el principio del reconocimiento mutuo, el principio de la promoción del desarrollo humano, la técnica optimizadora de la simplicidad de trámites, y el nuevo principio de la vigencia tecnológica, entre otros. A los que nos referiremos en bloque para dejar sólo algunas ideas principales de cada uno de ellos

El principio de seguridad jurídica¹⁰⁶, el cual, ya advertíamos que se podía identificar en el texto de las nuevas directivas europeas, busca precisamente los mismos objetivos que las normas europeas: certeza o certidumbre en las reglas de conducta que van a regir los trámites donde estén involucrados los contratos públicos, y esa certeza sólo la puede generar el Derecho, correctamente redactado, coherentemente interpretado y justamente ejecutado. La seguridad jurídica como principio se encuentra prevista en el artículo 9.3 de la CE, como un mandato para que los Poderes Públicos del Estado desplieguen una conducta que propenda a su protección¹⁰⁷.

El principio de seguridad jurídica, como uno de los principios generales del derecho, debe estar siempre presente, para que los actores públicos y privados conozcan desde el inicio, con claridad, las normas, reglas o los instrumentos y, previsiblemente, la forma de su interpretación y aplicación¹⁰⁸. No obstante, como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica no es un valor absoluto, ya que de lo contrario no se pudiera evidenciar perfectamente modificaciones normativas e incluso hasta cambios de criterios interpretativos sobre normas vigentes¹⁰⁹. Este principio se vincula con la técnica de la planificación, que supone la obligatoriedad para los poderes

¹⁰⁶ Sobre la concepción y dimensiones de la seguridad jurídica se recomienda consultar: BERMEJO VERA, J., (2010) “El principio de seguridad jurídica”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid, pp. 73-109

¹⁰⁷ Véase artículo 9.3. de la CE: “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Así mismo se recomienda la consulta de la STC 325/1994, de 12 de diciembre; Fundamento jurídico 2, en la que manifestó: “la seguridad jurídica, (art. 9.3 C.E.), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos (SSTC [122/1987](#) y [126/1987](#)), como también ocurre con la seguridad ciudadana, cuya salvaguardia como bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es función del Estado.” Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/2842> consultada el 16 de noviembre de 2018.

¹⁰⁸ STJUE (Sala Octava), de 16 de septiembre de 2013, asunto: T-462/07, Galp Energía España/Comisión Europea (apartado 65): “...en relación con la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica, ha de recordarse que la legislación de la Unión debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables. Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Sudholz*, C-17/01, *Rec. p. I-4243*, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada)”. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=141429&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3252663> consultada el 16 de febrero de 2018.

¹⁰⁹ Véase, STC 182/1997, de 28 de octubre, Fundamento jurídico 13, en la que manifestó: El principio de seguridad jurídica «no es un valor absoluto que dé lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, ni implica el mantenimiento de un determinado régimen fiscal, pero sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de arbitrariedad» (STC [150/1990](#)), disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/3447>, consultada el 16 de noviembre de 2018.

adjudicadores de pensar, diseñar y organizar previamente los procedimientos, determinando los objetivos a alcanzar, los recursos con que cuenta, las formas de la contratación, las condiciones de ejecución, a los fines de seleccionar el sistema o el mecanismo de contratación más adecuado para el caso concreto, verificar su cumplimiento y generar la posibilidad de control sobre los mismos. En ese sentido, la correcta planificación se relaciona, a su vez, con el principio de eficiencia. Por otra parte, el principio de reconocimiento mutuo, recogido en la comunicación interpretativa de la comisión europea sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)¹¹⁰, consiste en la reciprocidad que se deben los estados miembros del sistema europeo de integración, que además representa un principio general del Derecho Internacional Público, mediante el cual un estado miembro debe reconocer y aceptar dentro de los procedimientos internos, los productos y servicios prestados por personas de otro estado miembro, así como las prescripciones técnicas, certificados, títulos, cualificaciones y controles exigidos en otro estado miembro. Como es evidente este principio quedará inserto dentro del principio de la libertad de acceso ya comentado, pero referido a especificaciones más concretas.

Otro de los principios a los que apuestan fuerte y decididamente las normas europeas, y ahora la legislación sobre contratos en el sector público en España, es el principio de la vigencia tecnológica que acompañaría de forma estratégica, a la simplificación de trámites, la descarga burocrática de los procedimientos, la transparencia y el acceso a la información, para hacerlos más fáciles, económicos, accesibles y visible a todos. En ese sentido se debe privilegiar el empleo de los medios electrónicos en la contratación pública, tratando de disminuir la brecha digital que pudiera existir como barrera a tales fines.

El principio de la promoción del desarrollo humano en la contratación pública, que evidentemente encuentra su basamento fundamental en la garantía y protección de la dignidad humana, prevista desde el preámbulo¹¹¹ de la CE y regulada específicamente

¹¹⁰ PINTOS SANTIAGO, J., op. cit., p. 240

¹¹¹ En el preámbulo de la CE, a veces inadvertido, se destaca uno de los objetivos más importantes a los cuales se comprometió la nación Española: *“Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”*. Mientras que en el artículo 10, se establece que: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

en su artículo 10.1. Este principio involucra la consecución de objetivos sociales, la inclusión y la protección del medio ambiente, se encuentra inscrito dentro de la contratación pública estratégica y representa uno de los grandes objetivos que definió el legislador europeo en las nuevas directivas sobre el tema. Este punto lo desarrollaremos en el próximo capítulo desde la perspectiva de la visión estratégica y sostenible de la contratación pública.

Partiendo de las anteriores manifestaciones de principios, podemos concluir que todos los comentados postulados se deben inscribir dentro de la noción de *buena administración* o buen gobierno¹¹², en virtud de que son cualidades que deben distinguir a los órganos del Estado en general, vinculados al ejercicio de los valores democráticos y al desarrollo de sus pueblos. Para lograr estos cometidos es necesario que la Administración avance y prepare muy bien el camino al logro de sus objetivos, estableciendo canales procedimentales más simples y eficaces, garantizando los derechos fundamentales como núcleo del interés general¹¹³, especialmente la dignidad humana, abonando en la capacitación y profesionalización de sus funcionarios, modernizando sus estructuras y sistemas, y promoviendo e intensificando el uso de las tecnologías de la información y comunicación por parte de los servicios públicos, así como fomentar el aprendizaje, mejorar la prestación de servicios, la gestión de los bienes públicos y, facilitar el acceso a la información, tanto de los funcionarios públicos, como de los ciudadanos.

¹¹² RODRIGUEZ-ARANA, J. (2005), *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*, Editorial Sherwood, Caracas, p. 159

¹¹³ MEILAN GIL, J.L., (2011) *Categorías jurídicas...*op. cit., p. 186

II. VISION ESTRATEGICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1. El desarrollo sostenible como principio fundamental en la contratación pública

Esta forma de actividad bilateral de la Administración, a la que nos hemos referido antes, debe necesariamente ser conciliada con nociones de principio que en la actualidad aporta el Derecho de la Unión Europea vinculados a derechos fundamentales, muchas de ellas ya referidas en el capítulo anterior. Ahora bien, uno de estos principios que resulta vital en la actualidad es la consideración del desarrollo sostenible, “...*que se trata de la forma de desarrollo en el cual la explotación de los recursos, las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y reformas institucionales se realizan en forma racional, justa, participativa, balanceada y armónica para satisfacer las necesidades fundamentales de la población y garantizar el mejoramiento de la calidad de vida humana de la generación actual y de las futuras*”¹¹⁴. Como bien lo apunta AMAYA NAVAS: “...*El desarrollo se entiende como sinónimo de progreso, resultando así más digerible porque se le vincula con los límites “naturales”, expresados en el concepto de sostenibilidad. El desarrollo sostenible se convierte pues en una metodología, además de una meta normativa, un modelo de planificación*”¹¹⁵, una estrategia que incluye una gestión decidida del medio ambiente y de aspectos sociales e inclusivos de segundo orden, pero de igual importancia. En fin, en los tiempos que vivimos, la sostenibilidad se constituye en un principio que debe impregnar a toda la actuación de las Administraciones Públicas, y por ende, debe ser considerada por los poderes adjudicadores en la tramitación de las contrataciones públicas.

Efectivamente, dentro del universo de las actividades que desarrollan los órganos de las Administraciones Públicas, y especialmente en los procedimientos de contratación pública, tanto para la selección de los sujetos contratantes, como en la

¹¹⁴ RAMIREZ, P. y GONZALEZ, P., (2005) *Diccionario de Ciencias Ambientales y Desarrollo Sustentable*, Colección Minerva, Los Libros de El Nacional y la Universidad de Oriente, Caracas, p. 113

¹¹⁵ AMAYA NAVAS, O., (2012) *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 89

adjudicación, la suscripción de los contratos y su ejecución, deben tomarse en cuenta los nuevos paradigmas que propenden al desarrollo del ser humano y a la conservación del ambiente, para las actuales y futuras generaciones, dentro de los que se destacan: la modulación de cláusulas ambientales en los contratos públicos, las variables ambientales y sociales involucradas, la inclusión de sectores especiales, las empresas responsables y el empleo de las tecnologías de la información y comunicación o la contratación electrónica, entre otras.

La contratación pública, en consecuencia, debe perseguir y contemplar –sin duda- objetivos sociales, de innovación y de inclusión, que permitan elevar la calidad de vida de las personas, actuando como un eficaz instrumento de cohesión social y generador de beneficios a la comunidad; así como, la influencia de las variables ambientales en la delimitación del objeto contractual debe ser determinante¹¹⁶. En este sentido compartimos plenamente la afirmación de GIMENO FELIU, cuando destaca que en la actualidad: “...la contratación pública debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación pública puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”¹¹⁷.

En virtud de lo anterior, la contratación pública sostenible consiste en la integración de aspectos o variables ambientales, sociales, económicas y éticas en el diseño, tramitación y materialización del contenido de los contratos que celebren los órganos o entes que ejercen el Poder Público¹¹⁸. Su razón de ser obedece a que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un modo de abastecerse de las materias primas, servicios u obras públicas, en las condiciones más ventajosas, sino que se constituyen en un instrumento privilegiado para la realización de las políticas públicas. Por tanto, las contrataciones públicas sostenibles se definen como el proceso mediante el cual las entidades satisfacen sus necesidades de bienes, servicios y obras,

¹¹⁶ Vid. Artículo 99 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

¹¹⁷ GIMENO FELIU, J.M., (2013) “Compra pública estratégica”, en *Contratación Pública Estratégica*, AA.VV., (Dr. J. Pernas García), Editorial Aranzadi, Madrid, p. 45

¹¹⁸ Para JINESTA LOBO, la contratación pública sustentable incluye la contratación pública ecológica y la contratación pública social. (JINESTA LOBO, E. (2015) “La contratación pública sustentable (Costa Rica)”, en *Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana*, Derecho público global, Bubok Publishing S.L.)

obteniendo el mejor valor por el dinero invertido en términos de generación de beneficios, no sólo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se mitigan los efectos perjudiciales al ambiente, pensando en el presente y en el futuro.

Específicamente, esta aproximación conceptual de la contratación pública, supone que en todas sus fases procedimentales, esto es, tanto en la etapa de preparación y adjudicación, como en la etapa de ejecución de los contratos públicos, se deberá atender a aspectos tales como la preservación del ambiente, la promoción de las pequeñas y medianas empresas o empresas sociales, el aseguramiento de adecuadas condiciones laborales, la protección e inclusión de personas con discapacidad, el abandono de la discriminación y la lucha contra la corrupción, entre otros¹¹⁹. La contratación sostenible se enmarca en una concepción según la cual el modelo económico, con la intervención estatal, debe ser capaz de generar riqueza y bienestar a la población, al mismo tiempo que no debe comprometer el medio ambiente¹²⁰ y promover la cohesión social, preocupándose por los problemas de mediano y largo plazo, y no sólo por las exigencias del hoy y del ahora¹²¹.

En Europa se venía planteando esta necesidad en la contratación pública, lo que se puede advertir de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM/2001/0566, publicada en el Diario Oficial n° 333, de 28/11/2001, p. 0027 - 0041¹²², por la que se pretendió clarificar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario para integrar aspectos sociales en los contratos públicos, siendo su objetivo concreto lograr una interacción positiva y

¹¹⁹ DELPIAZZO, C., (2013) “De los tres tránsitos de la contratación pública”, en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Año 22, Número 44, Caracas, p. 73
http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/44/archivos/03_Delpiazzo.pdf consultada el 23 de enero de 2016

¹²⁰ El artículo 126.4 de la LCSP, se refiere a la sostenibilidad ambiental en la contratación pública, al regular los criterios técnicos de selección.

¹²¹ La doctrina afirma que: “Sostenibilidad en la contratación pública debe suponer en todo caso respetar el principio de eficacia y el parámetro de eficiencia en el gasto público, adoptar y ejercer por los órganos públicos competentes sus potestades de contratación de formar ejemplar y con ello evitar prácticas indeseables vinculadas a la corrupción pública que disparan los costes previstos de los contratos buscando beneficios ilegales y que, en suma, generan que con ello la contratación pública deba entenderse en estos casos como insostenible.” MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2014) “Contratación pública y sostenibilidad Capítulo 16”, en *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas* (Dir. Bustillo Bolado, R. y Gómez Manresa, M.F.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, p. 459

¹²² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0566> consultada el 30 de noviembre de 2016

dinámica entre medidas económicas, de empleo y sociales que se apoyen mutuamente. Y de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4/07/2001, COM/2001/274¹²³, donde se resalta que para conseguir en la práctica un desarrollo sostenible es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable. Y aclara que las propias directivas de contratación pública ofrecen diferentes posibilidades de integrar aspectos medioambientales en los contratos públicos, sobre todo en el momento de determinar las especificaciones técnicas y los criterios de selección y adjudicación del contrato.

No obstante, resulta importante revisar el origen del término *sostenible* en el universo del Derecho público. En virtud de ello, es conveniente afirmar que desde hace mucho tiempo se viene construyendo a nivel internacional la noción de desarrollo sostenible, como condicionante para la adopción de las políticas estatales que involucren el bienestar y desarrollo del ser humano. El antecedente remoto más relevante lo constituye la Declaración de Estocolmo, surgida en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, donde se siembra el germen del concepto de desarrollo sostenible, el cual aparecería por primera vez en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982 y alcanzaría su plenitud cinco años después, el 4 de agosto de 1987, cuando a requerimiento de la Organización de las Naciones Unidas, se presentó el trascendente informe titulado “Nuestro Futuro Común”, también conocido como Informe *Brundtland*¹²⁴. Luego se produjo la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano de 1972, y posteriormente, en el marco de la Cumbre de la Tierra promovida por la Organización de Naciones Unidas, se adopta la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, donde se reafirma la declaración de Estocolmo.

¹²³ Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-274-ES-F1-1.Pdf> consultada el 30 de noviembre de 2016

¹²⁴ En este informe se define el desarrollo sostenible como : “*aquel que responde a las necesidades del presente de forma igualitaria, pero sin comprometer las posibilidades de sobrevivencia y prosperidad de las generaciones futuras.*” Disponible en: <https://undocs.org/es/A/42/427> consultado el 15 de noviembre de 2017. Sobre el origen de la noción de desarrollo sostenible se recomienda consultar: HERNANDEZ-MENDIBLE, V.,(2014) “El paradigma del desarrollo sostenible...op. cit., p. 589-598.

Luego surge la Declaración del Milenio de Naciones Unidas (Resolución 55/2 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2000) y posteriormente la Declaración adoptada en la Cumbre Mundial Sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (2002). Más tarde, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible realizada en Río de Janeiro en 2012 (Río+20), se ratifican y amplían las declaraciones anteriores para concluir con la Declaración del “Futuro que Queremos” 2012. Por último, la Cumbre de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas celebrada en la ciudad de Nueva York, en septiembre de 2015, cuyo lema fue: “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”¹²⁵; observándose en su objeto número 8, que se refiere a la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible¹²⁶, ratificado en el objetivo 12, mediante el cual sugiere garantizar modalidades de consumo y producción sostenible; y remarcado en los objetivos 14 y 15, al obligar a la utilización o gestión de los medios y recursos naturales, definitivamente en forma sostenible, entre otras afirmaciones en ese sentido.

En el espacio europeo, observamos que gracias a la regulación que ha aportado el Parlamento de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, se han armonizado en gran medida las reglas sobre contratación pública en general en torno a la consideración de aspectos de sostenibilidad, en virtud de que el ordenamiento global ha desbordado a las normativas nacionales de los Estados miembros. Desde el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹²⁷ que se firmara originalmente en Marrakech el 15 de abril de 1994, revisado en el año 2012¹²⁸; pasando por el Libro Verde de la Comisión Europea “La contratación pública

¹²⁵ <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/69/L.85&referer=http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/&Lang=S> (consultada el 1 de octubre de 2016)

¹²⁶ Cabe destacar que en su apartado 8.3, el documento se refiere expresamente a: “*Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo decente, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y alentar la oficialización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, entre otras cosas mediante el acceso a servicios financieros*”.

¹²⁷ Ver MORENO MOLINA, J.A., (2015) “El acuerdo de contratación pública de la Organización Mundial del Comercio y la Directiva Europea 2014/24”, en *Derecho global y comparado de la contratación pública Nro. 140 de la Revista contratación administrativa práctica*, Wolters Kluwers-La Ley. <http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt SvV K1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33 8 XGZkAWz2zkrayZ4hgKriHz9-fB8 IorZ7LOnb3bo2dt78On9nV94mddNUS0 -8niIl-2Of4uzq-fVtM316v8s OsbPJfuMjaNq8 OzmeLV7Wmf75e-XXn706 cmz12-Of2E-qaq3AdzFX-H9P8 wlpFwAAAAWKE> consultado el 20 de noviembre de 2015.

¹²⁸ Ver Considerando 17 de la Directiva 2014/24/UE: “*En virtud de la Decisión 94/800/CE del Consejo se aprobó, en particular, el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio Sobre Contratación*

en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” (1996), en el que se reconocía cómo a través de la contratación pública se podía contribuir a cumplir con los objetivos de la política social y del medio ambiente, y las Directivas que sobre contratación pública dictó el Parlamento (especialmente la Directiva 2004/18/UE), así como la comunicación sobre contratación pública para un medio ambiente mejor, de 16 de julio de 2008, elaborado por la Comisión, y cuyo fin fue impulsar lo que se denomina la *contratación pública ecológica* (CPE)¹²⁹, entendida como un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de readquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar¹³⁰.

Más reciente las tres nuevas Directivas adoptadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014¹³¹, y publicadas el 28 de marzo del mismo año, mediante las cuales se modifican algunas reglas de la contratación pública y se regula con mayor certeza, por primera vez en el espacio europeo, el contrato de concesión (de antigua tradición en el derecho francés), con el objeto de generar una competencia justa, no discriminatoria, y garantizar una mayor rentabilidad del dinero; estableciendo criterios de adjudicación que se vinculen a aspectos ambientales, sociales y tecnológicos. Elementos estos integrantes de la comentada noción principista de desarrollo sostenible¹³².

Pública (ACP). El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. En relación con los contratos regulados por los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, así como por otros acuerdos internacionales pertinentes por los que está obligada la Unión, los poderes adjudicadores deben cumplir las obligaciones que les imponen estos acuerdos aplicando la presente Directiva a los operadores económicos de terceros países que sean signatarios de los mismos.”

¹²⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aami0002> consultada el 1 de diciembre de 2016

¹³⁰ Sobre el tema de la denominada contratación pública verde se puede consultar con provecho a PERNAS GARCÍA, J., (2011) *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, y más reciente en un libro colectivo y dirigido por el citado autor, denominado, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹³¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0024+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES#BKMD-8> consultada el 10 de mayo de 2015.

¹³² Ver Considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE: “Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios”.

En el concierto latinoamericano, podemos destacar la iniciativa de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la creación de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)¹³³, como espacio de intercambio y cooperación sobre las experiencias de compras sustentables americanas, así como el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Multilateral de Desarrollo (FOMIN), asociados al Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo (IDRC) y la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA). Los avances de la Alianza del Pacífico o la Alianza Asia-Pacífico en 2013, que como lo señala HERNANDEZ-MENDIBLE, resulta ser la experiencia de integración comercial más exitosa de América, constituida “...por los países de Colombia, Chile, México y Perú, para actuar como bloque en temas de comercio e inversión entre ellos y con los países del continente asiático y aquellos que tienen costa en el océano pacífico y asegurar la plena libertad para la circulación de bienes, servicios, capitales y personas”¹³⁴. Y los aportes de la organización del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹³⁵, al definir sus Políticas Regionales de Promoción y Cooperación en Producción y Comercio Sostenible N° 26/07.

Particularmente en Venezuela, nos encontramos con la disposición constitucional del artículo 129, que de manera acertada y, luego de obligar a la realización de estudios de impacto ambiental cuando se esté en presencia de actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, establece que: “...En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la Ley.” Esta norma constitucional, aparece a la par de la evolución y desarrollo del derecho de los contratos del estado, precisamente cuando se exige que se deba tener en cuenta la protección del ambiente. Y luego el artículo 135 constitucional, que trata sobre la solidaridad y responsabilidad

¹³³ Ver <http://www.ricg.org/> consultada el 19 de noviembre de 2015

¹³⁴ HERNANDEZ-MENDIBLE, V.,(2014) “El paradigma del desarrollo sostenible...op.cit., p. 584

¹³⁵ Sobre los efectos para la democracia del ingreso de Venezuela en el Mercosur, se puede consultar a: MORALES-ANTONIAZZI, M., (2012), “¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela”, en Revista de Derecho Público Nro. 128, Octubre-diciembre 2011, Editorial jurídica venezolana, Caracas.

social y la asistencia humanitaria, como deberes de todos los ciudadanos; cuya interpretación ha generado que, a partir de esta disposición, se debe incorporar en las contrataciones públicas cláusulas de solidaridad y responsabilidad social.

Sin embargo, el postulado contenido en la norma constitucional venezolana protectora del ambiente, no se ha desarrollado en las Leyes de contrataciones públicas que se han producido en ese país¹³⁶; lo que no ha ocurrido en la consideración de aspectos sociales, en vista de que dentro del marco regulatorio de las contrataciones públicas, si se cuenta con normas que obligan a la consideración de factores de este tipo, una de ellas es la incorporación obligatoria del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social de las empresas que contratan con la administración¹³⁷, y las ventajas ofrecidas a las pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación pública.

Vemos como se ha avanzado en Europa de manera acertada y decidida en la obligación de implementar variables ambientales en los procedimientos de contratación pública, así mismo en algunos países de América Latina, también se observan iniciativas encaminadas en ese sentido, con la incorporación de variables sociales. Sin embargo, en el caso venezolano, aun cuando la Constitución de la República se decanta por un Estado Social de Derecho y de Justicia y, desarrolla un capítulo específico relativo a los derechos ambientales, en las normas de contratación pública interna no se hace mención alguna a la consideración de aspectos ambientales en la contratación, aunque sí existen elementos que apuntan a verificar asuntos de índole social e inclusivos.

Es pues, la sostenibilidad un concepto plasmado a lo largo de las distintas manifestaciones normativas, constitucionales y de principios internacionales, pero cuyo conocimiento raras veces llega a permear en la consciencia ciudadana y del Estado, y es

¹³⁶ Ni en la última versión, dictada mediante Decreto Nro. 1.399 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. N.º 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014, ni en el Reglamento de la Ley del 19/05/09 G.O. 39.181, que aún se mantiene vigente.

¹³⁷ Sobre el tema del compromiso de responsabilidad social en la contratación pública, en el escenario venezolano, se puede consultar: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., (2009) "La responsabilidad social en la Ley y el Reglamento de contrataciones públicas", en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*, Tomo II, Paredes, Caracas; LINARES MARTINEZ, A., (2012) "Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas", publicado en *La Ley de Contrataciones Públicas*, editado por la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas; y más reciente, CANÓNICO SARABIA, A., (2015) El compromiso de responsabilidad social en el Decreto Ley de Contrataciones públicas, Revista de Derecho Público Nro. 140, Editorial jurídica venezolana, Caracas.

así debido a que esta noción, muchas veces interpretada como foránea, encuentra dificultad en plasmarse en la realidad diaria. Es en la práctica y no en la teoría donde las Administraciones y gerencias públicas fallan en su aplicación, sobre todo, en el concierto latinoamericano. En síntesis la sostenibilidad se presenta en distintas vertientes, sin embargo mantiene en esencia una premisa fundamental y es “la permanencia”, por cuanto esta es la cualidad por la que un proceso, elemento o sistema se mantiene en vigor en el transcurso del tiempo, dando así origen a una mutación importante como lo es el desarrollo sostenible.

En general en el plano de las Administraciones Públicas, la consideración de políticas públicas sostenibles con la participación de los ciudadanos, ubica a la gestión pública en un nuevo sistema de gobernanza ambiental y social, denominado la nueva gerencia pública¹³⁸, respetando el derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios básicos de calidad en escenarios de paz y prosperidad¹³⁹, dentro de la noción de los derechos humanos; incorporando valores éticos y de Buena Administración¹⁴⁰, con carácter sostenible para el desarrollo integral de la humanidad. Sin duda, que al concepto de desarrollo sostenible se integran aspectos ambientales, económicos¹⁴¹, sociales e inclusivos, atendiendo al interés general, y por ello la contratación pública que genera espacios de inclusión y consideración hacia las pymes se considera

¹³⁸ Sobre la noción de nueva gobernanza pública se puede consultar: LORENZO DE MEMBIELA, J. (2009) “Democracia, gobernanza y desarrollo sostenible en la nueva gerencia pública”, en Revista Aragonesa de administración pública n° 34, junio de 2009, pp. 325-341. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_34/09%20Membuela.pdf

¹³⁹ Ver artículo 11.1. del Protocolo Adicional a la Convención America Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (denominado Protocolo de San Salvador), producido en el seno de la Organización de Estado Americanos (OEA), la citada disposición establece: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

¹⁴⁰ En la actualidad se considera a la Buena Administración como un Derecho fundamental que posee el individuo, mediante el cual el Estado le presente servicios de calidad en garantía absoluta de sus derechos humanos, lo cual se desprende del artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos.

¹⁴¹ Ver Comunicación de la Comisión Europea, denominada Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial. COM (2009) 215 final, de 5 de mayo de 2009, pág. 14), expresamente señala: “Una relación de intercambio comercial basada en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional, contribuye al desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurándolos derechos de los pequeños productores y trabajadores marginados, especialmente del Sur. Las organizaciones de comercio justo, apoyadas por los consumidores, están activamente comprometidas en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional.”

contratación sostenible¹⁴², en virtud de que estas figuras de emprendimiento estable, fomentan la generación, a su vez, de prosperidad y de empleos sostenibles.

La variable ética o de integridad también se ha utilizado para verificar conductas de sostenibilidad en las contrataciones públicas, por una parte, desde la perspectiva del aumento de la transparencia para potenciar los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, antes analizados, y por la otra, implementando el control o la limitación de la discrecionalidad, para evitar conductas arbitrarias que conduzcan a la desviación de poder u otro tipo de ilicitudes, y así propender a la mayor objetividad y seguridad jurídica en los procedimientos de adjudicación, con el objeto de reducir la corrupción, utilizando para ello los sistemas electrónicos de contratación pública¹⁴³. Por ende, al asociar la sostenibilidad en la contratación pública con la noción de integridad, específicamente con la disminución de los elementos de corrupción, para garantizar la eficiencia y transparencia en la contratación pública, se logra que el contrato sea más económico y por ende sostenible desde esa perspectiva.

Lo anterior provoca, a nuestro criterio, que se visualice el desarrollo sostenible como eje transversal de la gestión pública; y al ostentar anclaje constitucional en algunos Estados e integrar el bloque normativo superior, se convierta en un principio fundamental que necesariamente deba considerarse y por lo tanto estar presente e

¹⁴² Se entiende por compras públicas sostenibles el “...proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes y servicios, utilizando sus recursos de manera eficiente a lo largo de toda su vida útil, de modo que se generen beneficios no solo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, minimizando al mismo tiempo los daños al ambiente...”. Definición adoptada por el Grupo de Trabajo Sobre Adquisición Sostenible liderado por Suiza, del que forman parte, además, los Estados Unidos de América, el Reino Unido, Noruega, Filipinas, Argentina, Ghana, México, China, la República Checa, el estado de Sao Paulo (Brasil), el PNUMA, IISD, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Comisión Europea (Dirección General de Medio Ambiente) y el Consejo Internacional para las Iniciativas Ambientales Locales. Dicha definición fue también la que adoptaron el PNUMA y el DAES en el contexto del proceso de Marrakech sobre producción y consumo sostenibles. Citado en El ABC del CPS, Aclarando Conceptos sobre el Consumo y la Producción Sostenible, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2010, p.18, <http://www.unep.org>... citado en: OTERO VARELA, J.M. (2017) “Los Objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”, en Jaime Rodríguez-Arana (Dir.) *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, p. 387 y 388

¹⁴³ Sobre este punto el profesor MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ha sostenido: “...los sistema de contratación pública en sentido estricto como son la subasta electrónica y los sistemas dinámicos de contratación, al provocar un adelanto de la discrecionalidad del órgano de contratación al momento de la confección de los pliegos, al automatizar y con ello reglar la selección de la oferta y la adjudicación de los contratos asegurando la selección de la oferta económicamente más ventajosa y, en consecuencia, al limitar en estas fases las posibles actuaciones arbitrarias de los órganos de contratación, deberán considerarse en el futuro como elementos clave de la sostenibilidad en la contratación pública...” (MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., (2014) “Contratación pública y sostenibilidad...op. cit., p. 466)

impregnar toda la gestión de los órganos y entes que ejercen el poder público en general, y en particular en los procedimientos de contratación pública, actuales y futuros; además de constituirse en un derecho fundamental del ser humano¹⁴⁴. Y esto, por lo tanto conduce a que se comience a denominar contratación pública sostenible¹⁴⁵, a estos procedimientos donde se verifiquen las variables principistas antes comentadas.

2. La integración de aspectos sociales en la contratación pública y la contratación pública socialmente responsable.

Íntimamente relacionado con el principio de desarrollo sostenible en la contratación pública, tratado en el punto anterior, se nos presentan los aspectos o variables sociales que pueden y deben considerarse estratégicamente en la contratación pública¹⁴⁶, se puede decir, que a la par de las consideraciones ambientales y económicas, los aspectos sociales son la fiel manifestación del desarrollo sostenible en la gestión pública, por lo menos en su vertiente de afectación directa del ser humano y su entorno. La sostenibilidad social, a su vez, es el término más íntegro que puede emplearse al referirse a la sostenibilidad como categoría jurídica¹⁴⁷, pues se trata de lograr objetivos permanentes tendientes a satisfacer necesidades humanas y colectivas,

¹⁴⁴ LÓPEZ RAMÓN, F., (1997) “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al ambiente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 95, Civitas, Madrid, p. 347.

¹⁴⁵ “Resulta interesante la revisión del ambicioso avance sobre compras públicas sostenibles que exhiben en Europa los países bajos, donde han diseñado un programa de contratación pública sostenible para conseguir que las autoridades públicas tomen en consideración aspectos sociales y medioambientales cuando adquieran bienes y servicios, incluyendo medidas de contratación ecológica, comercio justo y contratación socialmente responsable”. (GALLEGO CÓRCOLES, I., (2011) “El Derecho de la contratación pública en los países bajos”, en *El Derecho De Los Contratos Públicos En La Unión Europea Y Sus Estados Miembros*, (Director Sánchez Morón, M.), Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, p. 394

¹⁴⁶ La doctrina ha definido las cláusulas sociales en la contratación pública como: “*las disposiciones normativas que tienen como objeto la inclusión en los procesos de licitación pública, no sólo de requisitos económicos, sino también de aspectos de política social, y, concretamente, de medidas dirigidas a la promoción de empleo para personas que deban ser socialmente protegidas*”. (ALONSO-ALEGRE, G., (2009), *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Barclays, Madrid, p. 102)

¹⁴⁷ JINESTA LOBO, considera que la contratación pública social constituye una manifestación de la contratación pública sostenible: “*es aquella que procura la inclusión de cláusulas sociales durante el procedimiento de contratación (cartel o pliego de condiciones, oferta, calificación, adjudicación) y en la fase de ejecución del contrato administrativo.*” JINESTA LOBO, E. (2015) “La contratación pública sustentable...op. cit., p. 145.

integrando aspectos ecológicos, económicos, y relacionados, por supuesto, con el ser humano y su calidad de vida.

No debemos olvidar que los procedimientos de contratación pública persiguen un objetivo principal, que debe estar perfectamente determinado y delineado, bien sea, la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de una obra pública, no obstante, debido a su importancia económica, los contratos públicos son un instrumento primordial para desarrollar políticas sociales; en virtud de ello, inserto dentro del objetivo general de la contratación pública particular, pueden y deben considerarse aspectos de tipo social vinculados al referido objeto¹⁴⁸; aspectos que deben ser tomados en cuenta por el poder adjudicador a la hora de diseñar el procedimiento de contratación y ponerlo en práctica, y, a su vez, deben ser observados y cumplidos por los operadores económicos en todo momento.

Es por ello, que se afirma que los aspectos sociales en la contratación pública, se observaban desde objetivos secundarios o complementarios, sin que se entienda que se trataban de asuntos de menor entidad o importancia, ya que consisten en objetivos que no justificaban la contratación pero que, sin embargo, conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente. En la actualidad con las disposiciones de las Directivas europeas y la nueva LCSP, se trata de un objetivo fundamental y transversal dentro de la concepción del objeto de contrato¹⁴⁹. La persecución de estos propósitos

¹⁴⁸ Sobre la vinculación de las consideraciones sociales al objeto del contrato se recomienda consultar las siguientes sentencias: STJUE, de 26 de septiembre de 2000, C-225/1998, Comisión/Rep. Francesa. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45685&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2900533> consultada el 17 de noviembre de 2017; STJUE, de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bs Finland, C-513/1999, apartado 69, puso de manifiesto que el poder adjudicador dentro de su libertad de elección, puede recurrir a criterios ambientales de valoración siempre y cuando tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.” Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-513%252F99&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=2900233> consultada el 17 de noviembre de 2017; y STJUE, de 16 de septiembre de 2013, asunto: T-402/06, Comisión/España, apartado 107; en la que se afirma que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio, y no con la capacidad de los licitadores.” Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=141402&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2898858> consultada el 17 de septiembre de 2018

¹⁴⁹ Véase artículos 1.3, 28.2 y 99.1 de la LCSP.

avala la idea, manifestada entre otros por MEDINA ARNAIZ y GIMENO FELIÚ¹⁵⁰, de que la contratación pública puede estar al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de otros fines o políticas públicas, inserto dentro de la nueva gerencia pública, la cual considera no sólo los objetivos tradicionales y concretos, sino aquellos objetivos estratégicos, relacionados con los primeros, pero que permiten cumplir con el cometido estatal de manera más integral, y al final, más eficiente.

Cabe destacar, que la oficina de publicaciones de la Unión Europea editó un catálogo producido por la Comisión, denominado: “*Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en la contratación pública. (La Europa social)*”, 28/01/2011¹⁵¹, en el que se pone de relieve la corriente de incorporar variables de tipo social en las contrataciones públicas, con el objeto de sensibilizar a los poderes adjudicadores sobre sus ventajas y mostrarles los vehículos que ofrece el marco legal europeo para hacer posible la consideración de tales aspectos en este tipo de procedimientos administrativos; dejando atrás la exclusiva ponderación del precio como criterio de adjudicación para considerar y valorar la oferta económicamente más ventajosa. Resultando un instrumento sugestivo de mucha utilidad, no sólo para los órganos o entes públicos contratantes, sino también para los participantes u operadores económicos que deben relacionarse con los órganos de la Administración en estos procedimientos¹⁵².

¹⁵⁰ Consultar con provecho el trabajo de MEDINA ARNAIZ, T., (2012) “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista española de derecho administrativo*, N° 153, Civitas; y GIMENO FELIÚ, J.M., (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)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor-Navarra.

¹⁵¹ Disponible en:

<http://www.conr.es/sites/default/files/archivos/Adquisiciones%20sociales.%20Una%20guia%20para%20considerar%20aspectos%20sociales%20en%20las%20contrataciones%20publicas.%20Comision%20Europea.pdf>, consultada el 16 de noviembre de 2015. Este instrumento reedita el documento igualmente denominado: Adquisiciones Sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas» (SEC (2010) 1258 final), que generó nuevas directrices para la incorporación de la noción de compra responsable en las contrataciones públicas.

¹⁵² Resulta interesante apoyarnos en las siguientes resoluciones del TACRC sobre los criterios de adjudicación asociados al objeto del contrato, de la siguiente forma: Resoluciones del TACRC 287/2011, de 23 de noviembre de 2011 y 280/2011, de 16 de noviembre de 2011, los criterios van a poseer dos funciones: “servir de herramienta de valoración y ayudar en la descripción del objeto del contrato: “los criterios de valoración que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativa particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación)””; y Resolución del TACRC 600/2016, de 22 de julio, expresa: “atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de

En esta guía podemos observar un concepto de contratación pública socialmente responsable (CPSR), de la siguiente forma:

“las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación. Las CPSR pueden ser una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible y para alcanzar los objetivos sociales de la UE (y los Estados miembros). Las CPSR cubren una amplia escala de aspectos sociales, los cuales pueden tener en cuenta las entidades adjudicadoras en la etapa apropiada del procedimiento de contratación. Los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad en las contrataciones públicas.”

A partir de la anterior definición podemos afirmar que una CPSR es aquella que vincula al objeto principal de la contratación pública en particular, aspectos de índole social, primarios o secundarios, pero de importancia fundamental, inscritos en la concepción del Estado social de Derecho¹⁵³; además de vincular aspectos de contenido ético y, donde se puede verificar efectivamente el cumplimiento voluntario y extendido de la responsabilidad social corporativa. Todo esto bajo el norte de los principios fundamentales de las contrataciones públicas, determinados desde el Tratado de

bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas. En el caso de la resolución reseñada se está ante un contrato de servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, por lo que la formación profesional incluso jurídica a los empleados y funcionarios que van a ser asistidos, de cómo deben actuar para la empresa contratista legalmente pueda proporcionar un mejor servicio jurídico tanto de asistencia jurídica como de defensa, no ofrece duda que guarda la vinculación directa exigida.” (RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. y VAZQUEZ MATILLA, F.J. (2017) La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Pamplona, p. 181)

¹⁵³ Sobre las manifestaciones de la contratación pública socialmente responsable se recomienda consultar: GIMENO FELIU, 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”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 09/02/2016, disponible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/reImenu.3/chk.4a30670fc07c63b53f7cecc2e60ad8dd> consultada el 16 de febrero de 2016

funcionamiento de la Unión Europea, y más reciente a propósito de las Directivas emanadas del Parlamento Europeo (2014), que se han adoptado en la materia.

Tomando como referencia la disposición contenida en el vigente artículo 145.2.1º de la LCSP, conjuntamente con los criterios plasmados en la citada Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001, sobre las posibilidades de integrar aspectos sociales en los contratos, estableceremos una clasificación de las consideraciones o características de tipo social que deben ser observadas en las contrataciones públicas, a las que nos hemos referido antes, resulta conveniente aclarar que no se pretende determinar todos los criterios de tipo social posible, debido a que se considera que no se trata de un número cerrado.

Podemos clasificar los criterios o características sociales que se pueden emplear para integrarlos en los procedimientos de contratación pública en: i. Criterios laborales; ii. Criterios que permiten la inclusión; iii. Criterios de fomento socio-económico; iv. Criterios de responsabilidad social de las entidades.

Dentro de los criterios laborales podemos distinguir; a. Generación de oportunidades empleos, b. Aseguramiento de empleos protegidos¹⁵⁴; c. Asegurar condiciones de empleo digno¹⁵⁵, salario mínimo vital¹⁵⁶; d. Cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la salud, seguridad y medio ambiente en el trabajo; e. La estabilidad en el empleo; f. La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo.

¹⁵⁴ Considerando 36 de la Directiva 24/2014

¹⁵⁵ La noción de trabajo digno se fundamenta en los siguiente pilares: i. el derecho a un trabajo productivo y elegido libremente, ii. En el cumplimiento de los principios y los derechos fundamentales en el lugar de trabajo, ii. Obtención de empleos que garanticen ingresos dignos, protección social y diálogo social. Ver: Comisión Europea, COM (2006) 249, con fecha 24 de mayo de 2006, p. 2: «Combinar la competitividad económica y la justicia social de esta manera es la cuestión central del modelo de desarrollo europeo. Desempeñar un papel activo en la promoción de un trabajo digno constituye una parte integral de la Agenda Social Europea y de los esfuerzos de la UE por promover sus valores y compartir su experiencia y su modelo de desarrollo económico y social integrado». Consulte también el compromiso renovado hacia el programa de trabajo digno en el Documento de trabajo del personal de la Comisión «*Report on the EU contribution to the promotion of decent work in the world*» (Informe sobre la contribución de la UE al fomento de trabajos dignos en el mundo), SEC (2008) 2184, basado en COM (2008) 412 final.

¹⁵⁶ Ver sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, mediante la cual se avala la posibilidad de imponer como condición de ejecución de un contrato público el pago de un salario mínimo a un trabajador, consultar en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0115&from=ES>

En lo que respecta a los criterios que propician espacios de inclusión dentro de las compras públicas, tenemos: a. Las prácticas de inclusión social e igualdad de trato; b. El fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato; c. La inserción socio-laboral de personas con discapacidad o en situación de riesgo de exclusión social¹⁵⁷; d. Propiciar la garantía de la igualdad de género que se aplique en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; e. El fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

En cuanto a los criterios de fomento socio-económico; podemos incluir a: a. El fomento del acceso a las pequeñas y medianas empresas o empresas de reducida dimensión; b. La contratación o subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción social; c. La reserva de lotes o contratos a empresas sociales cuyo principal objeto sea prestarles asistencia o servicios a los sectores desfavorecidos o marginados¹⁵⁸; d. Talleres protegidos y otras empresas sociales que apoyen la integración social y profesional¹⁵⁹; y e. Generar condiciones favorables generales para la subcontratación.

¹⁵⁷ Vid. Considerando 3 de la Directiva 2014/24/UE, que obliga a tomar en cuenta la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en el sentido de: la elección de los medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación, y condiciones de ejecución de los contratos. Sobre las cláusulas sociales en la contratación pública y especialmente la inclusión de personas con discapacidad, se recomienda consultar: Libro Blanco Sobre Acceso e Inclusión en el Empleo Público de las Personas con Discapacidad, INAP, Madrid, 2015, disponible en: <http://www.todostenemostalento.es/documents/333392/486410/LibroBlancoPcD.pdf> consultado el 20 de octubre de 2015; igualmente se recomienda consultar: ALONSO-ALEGRE, G., (2009) *Manual de contratación pública...op. cit.*, p. 19: “*las cláusulas sociales en la contratación pública para la inserción socio-laboral de ciertos grupos sociales ofrecen muchísimas ventajas para todos los implicados, y suponen en sí mismas un principio de cumplimiento por los poderes públicos de las obligaciones constitucionales que les incumben así como de las oportunidades que les concede tanto la normativa comunitaria como la española.*”

¹⁵⁸ Véase el artículo 99.3, 99.4 (parte final), Disposición adicional cuarta, Disposición adicional cuarenta y octava y Anexo IV de la LCSP; el considerando 36 y los artículos 46 y 77 de la Directiva 24/2014/UE.

¹⁵⁹ Vid. Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE: “*El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.*”

Por último, dentro de los criterios de responsabilidad social de las entidades, tenemos: a. Estímulo por el comercio justo; b. comercio ético¹⁶⁰; c. Consideración de acciones sociales voluntarias; d. La aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Visto el esquema desarrollado antes, donde se refleja una aproximación de algunos de los elementos de índole social que se pueden incorporar en las contrataciones públicas, quedará pendiente por determinar en cuál fase de aquellos procedimientos pueden ser insertados coherentemente estos criterios o cláusulas sociales, en función de su naturaleza particular y con base en el cumplimiento de las reglas propias que aporta el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado miembro. Esto es, si resulta conveniente colocarlos en la fase inicial de preparación de la contratación, en el momento de la evaluación de las ofertas, como criterios de adjudicación y/o, en la etapa de ejecución del contrato, específicamente en las cláusulas contractuales que condicionan el cumplimiento cabal de las prestaciones bilaterales establecidas¹⁶¹, enroscado con su respectivo sistema de control¹⁶².

A todo evento, resulta importante reiterar que la incorporación de los anteriores aspectos sociales, debe estar en sintonía perfecta con los objetivos principales de la contratación pública; estos elementos deben guardar estrecha relación con el objeto del contrato, a los fines de no violar los principios fundamentales de las contrataciones

¹⁶⁰ Dentro de la noción de comercio o contratación ética, y desde la perspectiva del principio de integridad, se puede afirmar que las contrataciones públicas afectadas por actos de corrupción o fraude, no cumplen con ese concepto ni con la idea de honestidad, pudiendo generar consecuencias jurídicas negativas que afectan el objeto del contrato. En esta materia se recomienda consultar: AYMERICH CANO, C., (2015) *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor – Navarra.

¹⁶¹ Ver Considerando 39 de la Directiva 2014/24/UE, en donde se establece: *“Las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.”*

¹⁶² Sobre el tema del control se debe observar el Considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE, que expresamente señala: *“El control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.”*

públicas, estudiados en apartados anteriores. Ahora bien, en el artículo 145.6 de la LCSP, se determina con claridad cuándo un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato. Por tanto, un criterio de adjudicación se encuentra vinculado al objeto del contrato:

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

La previsión de la norma nos lleva a concluir que resulta más fácil visualizar un criterio de este tipo cuando se involucra con la ejecución del contrato, ya que en ese momento es donde se verificarán las prestaciones que deberán realizarse, sin menoscabo que según la disposición comentada y los criterios del TJUE, también deban considerarse los criterios de adjudicación (sociales, ambientales otros) en el resto de las fases del procedimiento de contratación¹⁶³.

Especialmente observamos que gracias a la regulación comunitaria que ha aportado el Parlamento y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, especialmente desde las Directivas 2004/17/CE (sectores especiales) y 2004/18/CE (sectores clásicos), se ha reconocido que la contratación pública puede coadyuvar a alcanzar objetivos sociales, con tal que no desnaturalice los objetivos propios de la ratio contractual. El planteamiento teórico normativo anterior resultó ratificado en las nuevas Directivas adoptadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 y, publicadas el 28 de marzo del mismo año, aunque con mayor énfasis, principalmente en lo que respecta a las cláusulas sociales, generando la posibilidad de implementar las

¹⁶³ En ese sentido se recomienda consultar el artículo 147 donde se incorporan criterios sociales para el caso que resulte un empate entre dos o más ofertas. Sobre los criterios en la ejecución del contrato, consultar 201.

denominadas etiquetas sociales¹⁶⁴. Ahora bien, la posibilidad de incorporar al contrato elementos sociales como criterios de adjudicación contractual, queda también supeditada a que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta que ofrezca la mejor relación calidad-precio, a que no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato y, se insiste, en que dichos criterios sociales estén vinculados al objeto del contrato¹⁶⁵.

Como ejemplo de lo comentado, podemos observar que en el considerando 37 de la Directiva 2014/24/UE (sobre sectores clásicos), el Parlamento Europeo se toma muy en serio la integración adecuada de requisitos ambientales, sociales y laborales en los

¹⁶⁴ Ver Considerando 75 de la Directiva 2014/24/UE (etiquetas), expresamente señala: “*Los poderes adjudicadores que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo deben poder remitirse a etiquetas concretas, como la etiqueta ecológica europea, etiquetas ecológicas (pluri) nacionales o cualquier otra, siempre que las exigencias de la etiqueta, como la descripción del producto y su presentación, incluidos los requisitos de envasado, estén vinculadas al objeto del contrato. Además, es esencial que estos requisitos se redacten y adopten con arreglo a criterios objetivamente verificables, utilizando un procedimiento en el que los interesados, como los organismos gubernamentales, los consumidores, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones medioambientales, pueden participar, y que todas las partes interesadas puedan acceder a la etiqueta y disponer de ella. Es preciso aclarar que los interesados podrían ser órganos públicos o privados, empresas o cualquier tipo de organización no gubernamental (organizaciones que no dependen del Estado y que no son empresas normales).*”

Así mismo, es preciso aclarar que órganos u organizaciones públicos o nacionales específicos pueden participar en la determinación de los requisitos para obtener la etiqueta que puedan utilizarse en relación con la adjudicación por autoridades públicas sin que dichos órganos u organizaciones pierdan su condición de terceros.

Se debe evitar que las referencias a las etiquetas tengan por efecto restringir la innovación.”

¹⁶⁵ Sobre la incorporación de criterios sociales y ambientales vinculados al objeto del contrato se recomienda consultar: STJUE, de 20 de septiembre de 1988, asunto: C-31/87 Greboeders Beentjes, apartado 37, “La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.” Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95121&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4794876> consultada el 13 de septiembre de 2017

Véase también, STJUE, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99 (Concordia Bus Finland), mediante la cual admitió valorar criterios de adjudicación de carácter ecológico (emisiones a la atmósfera, nivel de ruidos...), siempre que dichos criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan al poder adjudicador una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en los pliegos de cláusulas o en el anuncio de licitación y respeten los principios del Derecho Comunitario. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47670&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4795199> consultada el 13 de septiembre de 2017. Más reciente: STJUE, 28 de enero de 2016, asunto: C-50/14 (CASTA y otros), apartado 67, establece: “...los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que permite a las autoridades locales atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria”. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173914&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2762926>

procedimientos de contrataciones públicas, invitando a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores a velar, en todo momento, por el cumplimiento de estos parámetros de interés general, considerándolos obligaciones ineludibles de aquellos; especialmente en lo que respecta a los Derechos ambientales, sociales y laborales, que deben aplicarse en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y de acuerdo con las normas, leyes, reglamentos y decretos del ámbito territorial correspondiente, incluyendo los convenios colectivos aplicables, todo en sintonía con las normas internacionales y el Derecho comunitario¹⁶⁶. Culminando la disposición en comento, en que éste cúmulo normativo debe ser observado en todas las fases de la contratación, incluyendo la etapa de ejecución y control del contrato.

Conforme a las directivas europeas, y luego de un largo período de debate, se dicta en España la nueva LCSP, la cual, en su artículo 1.3, señala lo siguiente:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”¹⁶⁷

Se observa que se constituyen en reales objetivos de la ley, para garantizar una mayor seguridad jurídica, aclarando y sistematizando las normas jurídicas vigentes, y especialmente, determina el empleo de las contrataciones públicas como medio instrumental para la incorporación de políticas sociales, ambientales, de innovación, de desarrollo sostenible, de defensa de la competencia y de inclusión de las pequeñas y

¹⁶⁶ Véase considerando 104 y artículo 70 de la Directiva 24/2014/UE

¹⁶⁷ Previamente a estas regulaciones, ya se había considerado en España de forma tímida la incorporación de variables sociales en las contrataciones públicas: En el art. 20.d, DA 18° de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995; luego en la exposición de motivos de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y más tarde en la el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSP), donde se pueden apreciar varias normas que establecen obligaciones relativas a la consideración de aspectos sociales en este tipo de procedimientos (artículo 150 y las disposiciones adicional cuarta y quinta). Nos obstante la regulación ni es absolutamente clara ni se percibe una prestación obligatoria. Igualmente se debe tener en cuenta el instrumento denominado Programa Nacional de Reformas 2014, producido por el Ministerio de Economía, donde se hace algunos aportes en el sentido de comenzar a planificar la gestión pública con sentido de lo social, ambiental y ético.

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/noticias/2014/Programa_Reformas_2014.pdf

medianas empresas, así como las empresas de economía social, sin abandonar el cumplimiento de los principios de la contratación pública.

Efectivamente, es imperativo que la incorporación de tales objetivos sean conformes con los principios de transparencia, publicidad, igualdad de trato, proporcionalidad, integridad, concurrencia y no discriminación; y no deben restringir la apertura de los contratos públicos a la competencia. Se comienza, en consecuencia, a aceptar la posibilidad de la integración de aspectos sociales en las distintas fases de la contratación pública, otorgándole facultades a los poderes adjudicadores para atender las necesidades directas de los organismos y ciudadanos, sin excluir el ámbito ambiental o social.

Por último, resulta conveniente destacar que independientemente de las medidas sociales aplicadas de manera objetiva o integral en las compras públicas, siempre debe tenerse por norte que será posible asegurar condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores, vinculados a la respectiva contratación pública. A lo anterior debemos agregar, que las medidas pertinentes se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶⁸, y de una forma efectiva en la que se la garantice la igualdad y no se discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros.

Se convierte por tanto, en un verdadero compromiso el lograr una contratación pública socialmente más responsable¹⁶⁹, tanto para los poderes adjudicadores, como para los operadores económicos, quienes principalmente, deben asumir el cumplimiento de sus compromisos legales y éticos con sus trabajadores, con las obligaciones fiscales y su responsabilidad compartida con la preservación del medio ambiente y el desarrollo

¹⁶⁸ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicio (DO L 18 de 21.1.1997, p.1)

¹⁶⁹ Este autor se pronuncia sobre el paso de la voluntariedad a la obligación en la incorporación de variables sociales en las contrataciones públicas, llegando a manifestar que hubiera sido conveniente que en el artículo 145.1 de la LCSP, se hubiera colocado que la adjudicación haya de recaer siempre en la oferta económica y “socialmente más” ventajosa. ver: MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., (2015) Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación, publicación electrónica del Observatorio de Contratación Pública (OBCEP), del 22 de junio de 2015

<http://www.obcep.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.199/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c5bde66cf07d647d9f2f3a90febac2d2>

consultada el 9 de octubre de 2015

sostenible, con base en el principio de solidaridad. En concreto, la contratación pública con criterio de responsabilidad social, requiere integrar en todos los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social (además de elementos ambientales, de comercio justo y compra pública ética), entre los que podemos mencionar: el fomento del empleo inclusivo, esto es, de personas en situación de riesgos de exclusión social; la inserción laboral y social de personas con discapacidad; asegurar el empleo digno y estable; la accesibilidad e igualdad para todas las personas; la responsabilidad social extendida y voluntaria de las empresas; y en fin, el consumo responsable.

En el contexto latinoamericano, también podemos mencionar experiencias donde se pone en evidencia la contratación socialmente responsable, como ejemplo se puede citar en Ecuador, el Manual de Buenas Prácticas de Compras Públicas para el Desarrollo¹⁷⁰, a través del cual se orienta a los poderes adjudicadores a celebrar procedimientos de contratación más eficientes, con miras a maximizar y potenciar los beneficios de la contratación pública y así implementar prácticas para evitar, denunciar o combatir las estratagemas de la contratación pública, principalmente vinculados con la corrupción.

Observamos que en esta experiencia se destacan las bondades de la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, pero al mismo tiempo no se descuida el principio de integridad que debe estar presente, para entender que realmente el proceso es sostenible. Además resulta conveniente destacar, que en el citado manual referencial, se emplean conceptos propios de la denominada contratación pública social, como por ejemplo: *“inclusión de grupos de atención prioritaria y equidad de género”*, referido a la inserción total en materia de contratación pública de personas consideradas de atención prioritaria, como por ejemplo, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas en condición de movilidad reducida, personas con discapacidad y personas privadas de libertad, entre otros; así como la no discriminación por razones de sexo, y la inclusión de la mujer en un rol activo y protagónico. Según el citado instrumento, esta política permite generar cambios estructurales de paradigmas en la contratación pública, que le permite desarrollar la economía local y elevar la

¹⁷⁰ Ver: Manual de Buenas Prácticas de Compras Públicas para el Desarrollo, preparado por la Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (SCPM) del Ecuador, disponible en: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2015/08/Manual-de-Buenas-Pr%C3%A1cticas-en-la-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica-versi%C3%B3n-1.pdf> consultado el 23 de abril de 2016.

condición social de los grupos humanos incluidos, así como el resto de sus familiares, garantizándole el derecho a una vida digna y plena; entendiendo que de esta forma se cumple a su vez con el compromiso de responsabilidad social y de justicia social.

Así mismo, el citado instrumento informativo, de manera coherente, propone como una categoría adicional vinculada a la visión estratégica de la contratación pública, “*las compras públicas inteligentes*”, entendiendo por tales: “*los mecanismos por el cual las entidades contratantes buscan optimizar los recursos del Estado a través de las compras públicas de forma eficiente*”, para ello es necesario contar con un proceso previo de planificación (actividades previas), que le permita al Estado analizar con exactitud las necesidades, prioridades y evaluar las consideraciones prácticas, criterios básicos éstos para que la contratación resulte absolutamente eficiente.

2.1. La responsabilidad social corporativa (RSC) en la contratación pública. Reflexiones sobre la exigencia por un comportamiento empresarial adecuado.

Consideramos que la expresión contratación pública socialmente responsable esté fuertemente influenciada por el concepto corporativo de: responsabilidad social corporativa (RSC), que se viene aplicando en el mundo de las empresas desde hace mucho tiempo, pero que cada día se torna más vigente y se ha extendido hasta su interiorización por parte de todos los actores de la sociedad. Esta noción implica observar a la empresa desde una nueva perspectiva, lo que algunos denominan la *socioeconomía*¹⁷¹, esto es, una nueva forma de observar y gerenciar la empresa, donde el enfoque convencional basado en la racionalidad económica y en la exclusiva función de generar ganancias, se torna insuficiente. Si bien es cierto que el principal objetivo de la empresa es producir ganancias, ese proceso debe hacerse de forma responsable: produciendo buenos productos, con procedimientos adecuados, prestando servicios de calidad, en la forma y los tiempos adecuados, cumpliendo con sus obligaciones fiscales, así como con las obligaciones con sus trabajadores y conservando las fuentes de empleo. Se trata pues de una importante concepción integral y responsable del proceso productivo, en el que la empresa adopte un comportamiento responsable de manera

¹⁷¹ PÁEZ, T. (2010) “Ética y responsabilidad social de la micro, pequeña y mediana empresa (MIPYME)”, en Tomás Páez (Comp.) *Responsabilidad social empresarial: XIX seminario internacional AISO*, Editorial CEC, SA, Caracas, p. 137

natural y rutinaria, desde la visión interna, hasta su aproximación externa en su relación con los grupos de interés.

El concepto se creó para sujetos empresariales, debido a que resulta contradictorio hablar de responsabilidad social corporativa de las Administraciones Públicas, cuando su función primordial es satisfacer necesidades colectivas y velar por el interés general; además, una de las principales características de sus agentes es la noción de responsabilidad en el cumplimiento de la función pública, que además viene impuesta de forma obligatoria por imperativo de la Ley, basado en su inserción dentro del principio de legalidad. La naturaleza de las autoridades públicas es ejecutar acciones y políticas encaminadas a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, cumplir con el interés público, siendo la responsabilidad social su norte.

Es pues, al sector empresarial a quien la sociedad le reclama que adicionalmente desarrolle conductas de desprendimiento en función de los individuos y la comunidad, en el sentido de que vayan más allá de su estricta y específica actividad productiva, comercial o industrial; además de generar ganancias para sus socios, deben cumplir con otras obligaciones, convirtiéndose en una forma de contribuir con el bienestar y el progreso de la sociedad o de retribuirle parte de sus ganancias económicas de manera voluntaria a grupos sociales excluidos, apostando a un desarrollo económico y social sostenible¹⁷².

En consecuencia, las acciones de responsabilidad social competen a todos los actores y sectores de la sociedad: empresas, Estado, sociedad civil, individuos, etc., cada uno desde su propia perspectiva y en el ámbito de su esfera de actuación vital. No obstante, las empresas de hoy son las principales obligadas a adaptar sus ejecutorias en el marco de la filosofía de la responsabilidad social empresarial, por su crecimiento exponencial y la ampliación de sus capacidades dentro del contexto de la globalización, cuentan con el capital suficiente, acceso a la tecnología y muchas veces capacidad para

¹⁷² En ese sentido se han dictado diferentes instrumentos de referencia para la interiorización por parte de los actores económicos de esta nueva forma de gestión empresarial. Uno de los más importantes en los últimos tiempos fue la Guía Sobre Responsabilidad Social, ISO 26000, que sirvió para que también el sector público copiara ciertas conductas y las incorporara en sus políticas públicas. Disponible en: http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf consultada el 14 de febrero de 2016. Así como la Norma SGE 21 del Sistema de Gestión Ética y Socialmente Responsable producido por FORETICA, que constituye una respuesta de las organizaciones a los retos de transparencia, integridad y sostenibilidad, entendida esta última en su triple vertiente: económica, ambiental y social. Disponible en: https://www.foretica.org/norma_SGE_21.pdf consultada el 16 de febrero de 2016

influir en el entorno de manera efectiva, hasta el punto de transformar en ocasiones la conducta de los individuos. “*Las empresas son tan poderosas que no pueden abstraerse de los problemas del mundo. Y la sociedad le exige que sea creadora de riqueza, generadora de empleo y bienestar social e impulsora de investigación y desarrollo*”¹⁷³.

Se trae la noción de RSC a este trabajo por su indudable vinculación con los conceptos que nos encontramos estudiando referidos a la contratación pública. Los principios de la RSC se asimilan en gran medida a los retos estratégicos que abordan las compras públicas en la actualidad; estos son: a. La rendición de cuentas; b. La transparencia; c. El comportamiento ético; d. El respeto por las personas o grupos de intereses. El respeto del principio de legalidad; f. El respeto por los Derechos Humanos. Y en ese contexto, ambos, tanto el sector de las compras públicas, como el sector de la responsabilidad social empresarial, se plantean ajustar sus ejecutorias para sumarle e incorporarle a sus actividades tradicionales, criterios de gestión social, ambiental, ética e innovadora; con la finalidad para los poderes adjudicadores de cumplir con un cometido público de interés general, y para los operadores económicos, además de satisfacer sus intereses particulares y comerciales, contribuir a ese mismo objetivo de interés general que la sociedad le reclama, con base en el principio de solidaridad. Estos objetivos coincidentes pueden ser sincronizados en escenarios comunes donde confluyan los actores públicos y los actores privados, uno de esos espacios es precisamente la contratación pública. Dado que la contratación pública es uno de los principales motores de la economía de un país, y por lo tanto, el estado es el principal cliente del sector empresarial, las empresas persiguen establecer adecuadas relaciones con las Administraciones Públicas, buscando mecanismos bilaterales de intercambio de bienes, servicios y tecnología, dentro de la idea de que todas las partes involucradas, directa o indirectamente, se beneficien¹⁷⁴. Ahora bien, parece que en estos tiempos no es

¹⁷³ MORANDI, V., (2010) “Responsabilidad social empresarial”, en Tomás Páez (Comp.) *Responsabilidad social empresarial: XIX seminario internacional AISO*, Editorial CEC, SA, Caracas, p. 155 y 156.

¹⁷⁴ Los órganos de contratación estarían involucrados junto con los otros actores de la sociedad, empresa, trabajadores y comunidad, dentro del círculo virtuoso al que alude ORJUELA CORDOBA en la búsqueda de mejores condiciones de vida para todos, donde se contribuya a la eficiencia energética, se apoye el mejoramiento del medio ambiente, la calidad de vida y la sostenibilidad, incorporando valores como la transparencia en la gestión, procesos y relaciones, respeto por el medio ambiente y responsabilidad social, de cara a todos los públicos de intereses; véase: ORJUELA CORDOBA, S.P., (2017), Responsabilidad social empresarial y sostenibilidad en el sector energético. Construyendo el futuro, en Luis F. Moreno Castillo y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.) *Derecho de la energía en América latina*, Tomo II, Universidad de Externado, Bogotá, p.712 y 713.

suficiente producir bienes, repartir ganancias y pagar los impuestos para ser considerada una empresa socialmente responsable; se requiere ir más allá y pensar en otros factores y exigencias; como lo afirma CHARO MÉNDEZ:

“...con relación a los accionistas, sugieren que no basta con cancelar dividendos sino realizar prácticas de transparencia; con los trabajadores, no basta con realizar compensación salarial sino garantizar sus derechos humanos; con los proveedores, no basta asegurar su contratación sino apostar a su desarrollo económico; con los consumidores, no basta con la calidad de los productos, sino con promover el consumo consciente; con las autoridades, no basta con cumplir con las regulaciones sino desarrollar nuevos esquemas de cooperación y, con las comunidades, no basta con otorgar donaciones caritativas sino contribuir con el desarrollo social del país”¹⁷⁵.

Cabe destacar que la RSC no se concibe exclusivamente para las grandes empresas, todas las empresas independientemente de su tamaño, pueden y deben adoptar prácticas cotidianas de RSC, como parte de su filosofía y estrategia empresarial, incluyendo las pymes y las empresas de economía social. Cada una aportara proporcionalmente en función de su capacidad productiva y de negocios. Sin embargo, las grandes empresas poseen un compromiso mayor con esta nueva cultura empresarial, precisamente por las capacidades económicas, de recursos, de tecnología y de penetración social, antes comentadas.

En consecuencia, se presenta un nuevo desafío dentro de las compras públicas estratégicas, de cómo hacer obligatorio y exigible que los operadores económicos que participen en los procedimientos de contratación pública cumplan con los compromisos de la responsabilidad social corporativa. Ya que con este planteamiento las compras públicas estratégicas, pueden forzar a promover prácticas de la responsabilidad social corporativa (RSC); debido a que el ejercicio del comercio justo y el consumo responsable, por parte de los contratistas, induce sin ninguna duda a un comportamiento general socialmente responsable¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MENDEZ RIVAS, C., (2010) “Una lectura sociológica del tema responsabilidad social empresarial desde Venezuela”, en Tomas Páez (Comp.), *Responsabilidad social empresarial: XIX seminario internacional AISO*, Editorial CEC, SA, Caracas, p. 20.

¹⁷⁶ JINESTA LOBO, E., (2015) “La contratación pública sustentable...*op. cit.*, p. 145

En conclusión, los instrumentos que desarrollan los objetivos y los principios de la responsabilidad social pueden ser utilizados como insumos para su incorporación dentro del diseño de las compras públicas, y como fuentes de inspiración a la hora de la preparación de los procedimientos de contratación pública, específicamente en la elaboración de los criterios sociales, ambientales, éticos e innovadores, tanto para la preparación y adjudicación del contrato, como para la etapa de su ejecución. La situación ideal sería poder obligar a los operadores económicos, desde las exigencias de las contrataciones públicas, a la implementación de prácticas y estándares de responsabilidad social; no obstante, tal accionar pudiera estar reñido con el establecimiento de exigencias fuera de la cobertura legal, que vulneraría el principio de igualdad y no discriminación, y se alteraría la competencia, originando la nulidad de los pliegos y adjudicaciones. En todo caso, se podría inducir a los operadores económico a diseñar e implementar sistemas anticorrupción dentro de sus empresas y ello conectarlo con las causales de prohibición de contratación , establecidas en el artículo 71 de la LCSP¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Sobre la posibilidad de prohibir la participación de operadores económicos por haber sido condenados por actos ilícitos; véase el Informe 15/2016, de 20 de julio, de la JCC de Aragón, en el que se estudia la posibilidad de introducir una prohibición específica en el sentido de impedir contratar con empresas con presencia, residencia, actividad o tributación en los llamados “paraísos fiscales”. Concluye, en este sentido, la JCC que el establecimiento de prohibiciones de contratar debe realizarse a través de la legislación estatal básica, no pudiendo ampliarse los supuestos a través de la legislación autonómica. Con mayor razón, por tanto cabe concluir la imposibilidad de que una Entidad Local amplíe el listado legal de prohibiciones para contratar. Disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/152016.pdf consultado el 16 de septiembre de 2017

Esta consideración se ha reiterado en el Informe 2/2017, de 1 de febrero, del mismo órgano que informa desfavorablemente la introducción de prohibiciones de contratar por acciones u omisiones constitutivas de discriminación por razón de sexo. Disponible en:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/22017.pdf consultada el 16 de septiembre de 2017

También sobre la prohibición de contratar con empresas radicadas o que operen en paraísos fiscales se ha pronunciado a través de su Informe 4/2017, de 12 de abril, la JSC de la Comunidad Valenciana. Disponible en:

<http://www.hisenda.gva.es/documents/90598054/164164130/Informe+04-2017+de++12+de+abril+de+2017.+Contrataci%C3%B3n+con+empresas+que+operan+o+se+encuentran+radicadas+en+territorios+denominados+para%C3%ADs+fiscales.+Establecimiento+de+una+cl%C3%A1usula+que+favorezca+la+adjudicaci%C3%B3n+a+empresas+que+n.pdf/85f18f54-cfce-4dd5-9dfe-579fc4dfd71d> consultada el 16 de septiembre de 2017

3. La contratación pública estratégica. La optimización de la contratación pública.

La evolución de las normas de la contratación pública y su aplicabilidad en el escenario de la realidad, ha generado que se empleen a lo largo del tiempo términos y frases para identificar los momentos de su propio desarrollo y su visión particular sobre los fenómenos científicos, sociales y económicos que rodean al estado de la cuestión, y que definen sus características fundamentales. Hemos observado que a las contrataciones públicas se le ha ido adjetivando en el curso de su desarrollo, se le ha agregado los términos: sostenible, social, verde, ética, responsable, innovadora, entre otros, para identificar la modalidad aplicada o para identificar una oportunidad de su evolución. Pero todo ello, pensando o encaminado sobre la idea del eje concéntrico que representa el ser humano, condicionante para la gestión y ejecución de las políticas públicas del Estado, y en obsequio de los principios generales de las contrataciones públicas.

En este estadio hablamos de *contratación pública estratégica*, que según los documentos oficiales que se han producido en el área¹⁷⁸, se trata de la implementación en las contrataciones públicas de todas las políticas públicas que se consideran esenciales para el progreso de los Estados que integran la Unión Europea, esto es, los procedimientos de contratación pública donde los Estados miembros incorporan criterios de sostenibilidad: ambientales, sociales, económicos y éticos. En virtud de ello, la contratación pública se convierte en un proceso estratégico para que el Estado logre, a través de ella, objetivos integrales de desarrollo, vinculados tanto al objeto específico de la contratación, como a objetivos secundarios o colaterales, pero relacionados con aquella, y que le sirven al Estado para alcanzar sus fines públicos.

¹⁷⁸ Vid. Considerandos 123 y 124 de la Directiva 2014/24UE, donde se definen objetivos estratégicos de la contratación pública, fundamentados en el documento Estrategia Europa 20/20, por ejemplo: (123) “A fin de aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020, la contratación en materia medioambiental, social y de innovación debe también desempeñar el papel que le corresponde. Por ello, es importante obtener una visión de conjunto de los cambios que se produzcan en el ámbito de la contratación estratégica a fin de formarse una opinión fundada acerca de las tendencias generales a escala global en este ámbito. Los informes adecuados que ya se hayan elaborado pueden por supuesto ser utilizados en este contexto”.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, estrategia quiere decir: “*Arte o traza para dirigir un asunto*”¹⁷⁹, mientras que traza significa: “*Plan para realizar un fin*”¹⁸⁰, agregaríamos que ese plan para dirigir un asunto o llegar a un fin debe ser abordado para lograrlo de manera eficiente. Por lo tanto, la estrategia es el camino a seguir para llegar a los objetivos de la mejor forma posible, sirve para enfocarse en los asuntos más importantes y no distraerse en aspectos marginales o coyunturales, manteniendo una disciplina constante hasta el logro de los objetivos, se constituye en una herramienta o nueva forma de percibir la contratación pública por parte de la Administración, partiendo de dos de sus principios fundamentales constituidos por la planificación y la eficiencia.

Como lo ha aportado la doctrina, en la actualidad se puede afirmar que la contratación pública debe ser visualizada como herramienta o un instrumento jurídico al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo¹⁸¹, ya superada por la noción amplia del contrato público, y la idea de la nueva gerencia pública. En la contratación pública universal debe avanzarse hacia una planificación estratégica prospectiva, para que los Estados, sin descuidar los problemas del presente, se adelanten a los problemas del futuro, con el fin de prepararse y tratar de evitarlos, o al menos mitigar sus efectos perjudiciales; y al mismo tiempo, para que la gestión pública sea cada día más eficiente en el cumplimiento de sus cometidos propios, incorporando objetivos sociales y ambientales, pero agregando ahora la innovación, que determinará a continuación, la hoja de ruta sostenible a seguir hacia los nuevos objetivos estatales.

Observamos que permanentemente se ha incorporado en el desarrollo normativo europeo o *corpus iuris europeo*, el tema relativo a las contrataciones públicas, y especialmente a la eficiencia en esas gestiones públicas, algunas veces de forma más o menos intensa. La Comisión europea dictó dos comunicaciones interpretativas en el año 2001, encaminadas sobre la posibilidad de integrar aspectos sociales y

¹⁷⁹ <http://dle.rae.es/?w=estrategia&m=form&o=h>

¹⁸⁰ <http://dle.rae.es/?id=aY0DN51&o=h>

¹⁸¹ GIMENO FELIU, J.M., (2013) “Compra pública estratégica”, ...op. cit., p.46: “*Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. Medina, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato.*”

medioambientales en las compras públicas. La COM (2001) 274, final, Bruselas 4.7.2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, y la COM (2001) 566 final, Bruselas 15.10.2001, sobre la legislación comunitaria de aspectos sociales en dichos contratos¹⁸². Luego, las Directivas derogadas ya mencionaban, tímidamente, la posibilidad de incorporar criterios ambientales y sociales en las contrataciones públicas. Y la Comisión Europea, mediante su Comunicación de fecha 13 de abril de 2011, titulada: “Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza”, había incluido la obligación de revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos en función de su eficiencia y para que los contratos públicos puedan servir mejor como apoyo al resto de las políticas públicas.

Seguidamente, aparecen las nuevas Directivas Europeas que, a nuestro entender, tienen muy clara la visión estratégica que deben observar –principalmente- los poderes adjudicadores en las contrataciones públicas. Ejemplo de lo anterior, se puede verificar desde el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, donde se reafirma que las contrataciones públicas desempeñan “...un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la comisión de 3 de marzo de 2010¹⁸³...como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso

¹⁸² Las referidas comunicaciones europeas se encuentran identificadas en las notas 80 y 81 de este trabajo.

¹⁸³ Este instrumento producido en Bruselas, denominado: Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), representa el punto de anclaje e inspiración de la visión estratégica de la contratación pública, propone como uno de sus tres objetivos básicos lograr una economía con alto nivel de empleo y de cohesión social. Su misión es consolidar una agenda basada en una estrategia para convertir a todos los Estados miembros de la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora caracterizada por unos altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, teniendo en cuenta las diferentes necesidades, los diversos puntos de partida y las especificidades nacionales con el fin de promover el crecimiento para todos. Partiendo de la premisa que la contratación pública “desempeña un papel clave” en ese objetivo, pues al manejar entorno al 20% del PIB de la UE, puede contribuir activamente a implementar las políticas de la Unión en materia social, medioambiental, de innovación, y de promoción a las pymes, siempre sin eludir los principios y objetivos propios de la contratación.

La agenda define tres prioridades de crecimiento: inteligente, sostenible e integrador (estas tres prioridades se refuerzan mutuamente y constituyen la visión de la Europa del siglo XXI). Para desarrollarlas propone partir de siete iniciativas: i. Unión por la innovación, ii. Juventud en movimiento, iii. Una agenda digital para Europa, iv. Una Europa que utilice eficazmente los recursos, v. Una política industrial para la era de la mundialización, para mejorar el entorno empresarial, especialmente para las pymes, y apoyar el desarrollo de una base industrial fuerte y sostenible, capaz de competir a nivel mundial.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>

(consultada el 11/11/2015)

más eficiente de los fondos públicos”. Culmina el citado considerando con una instrucción precisa a los Estados miembros, en el sentido de que deben inexorablemente, “...revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública...” a fin de incrementar la eficiencia del gasto público como elemento importante de sostenibilidad, inducir a los contratantes a la óptima utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, y en ese sentido, facilitar principalmente la participación de las pymes en la contratación pública. Sin duda, la Directiva invita al empleo estratégico de las contrataciones públicas, como herramienta de desarrollo integral de los pueblos, es más, la Unión Europea considera que la adecuada utilización de la contratación pública es vital para el desarrollo y estabilidad económica de la propia comunidad de integración.

El fundamento que sustenta esta nueva etapa es la reiteración más profunda de que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un modo de abastecerse de las materias primas o servicios en las condiciones más ventajosas sino que son un instrumento privilegiado para la realización de las políticas públicas y, en tal sentido, deben emplearse, y sacar de ellas el mayor provecho.

Lo anterior guarda estrecha vinculación con los aspectos desarrollados en los considerandos 17 y 18 de la citada Directiva 2014/24/UE, cuando se refiere a conciliar los objetivos del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio Sobre Contratación Pública¹⁸⁴ (en lo sucesivo ACP), el cual persigue establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibradas en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y expansión del comercio mundial, o dicho de otra forma, generar la apertura de los mercados de contratación pública entre las partes suscribientes del acuerdo¹⁸⁵. En su última versión, luego del proceso de revisión, se presentan unos esquemas que favorecen a los países en desarrollo, para promover su adhesión al

¹⁸⁴ Su antecedente se remonta al Código de la Ronda de Tokio sobre compras del sector público aprobado en 1979 (*Agreement on Government Procurement*) y revisado en 1987, luego el 15 de abril de 1994 en Marrakech, se suscribe el acuerdo, revisado posteriormente en 2012, con un ajuste recientemente en 2014, consultar en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

¹⁸⁵ Sobre el acuerdo de contratación pública de la Organización mundial del comercio se debe consultar a: JINESTA LOBO, E., MORENO MOLINA, J.A., NAVARRO MEDAL, K., y RODRÍGUEZ ARANA, J.,(2011) Derecho Internacional de las Contrataciones Públicas, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Guayacán, Costa Rica, en formato electrónico: http://www.kas.de/wf/doc/kas_29075-1522-4-30.pdf?111012200416; MORENO MOLINA, J.A., (2012) “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, publicado el 23 de abril de 2012, [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/reلمenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/recategoria.121/reلمenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1).

acuerdo en el futuro próximo. Cabe destacar que ningún país latinoamericano ha suscrito el referido acuerdo. No obstante, aun cuando el citado instrumento no se refiere a la incorporación de cláusulas sociales, en cuanto a las variables ambientales si hace alguna mención, específicamente permitiendo la integración de variables ambientales en las condiciones técnicas de la contratación, y al considerar viable la utilización de características ambientales como criterios de evaluación de las ofertas presentadas. Involucrándose por lo tanto dentro de la corriente estratégica de la contratación pública para el desarrollo mutuo.

Otro de los instrumentos jurídicos internacionales que se identifica con la forma de la contratación pública estratégica es la Ley Modelo de Naciones Unidas Sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras, producido por la Comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en Viena en 1993; posteriormente fue ajustado y modificado por un nuevo texto aprobado, en julio de 2011. Este instrumento no tiene fuerza vinculante, por lo que se considera un *soft law* (derecho blando) que sirve para establecer un marco de referencia e inducir a los Estados que no posean leyes de contratación pública a dictar una bajo los estándares que fijan los principios fundamentales de la contratación pública universal, así mismo, también sirve para inspirar a los Estado que posean sus leyes propias, para que las revisen, modernicen y ajusten a los requisitos antes comentados. Todo esto refrendado en la actualidad con los 17 objetivos trazados en la Agenda 2030, para el desarrollo sostenible, definidos en la Cumbre de la Organización de Naciones Unidas, en septiembre de 2015, en la ciudad de Nueva York, denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”¹⁸⁶.

3.1. Principios de la compra pública estratégica

Sobre los principios generales que deben regir a todos los procedimientos de contrataciones públicas, e incluso a todos los contratos públicos, ya nos hemos referido en el capítulo anterior, por lo que reiteramos su contenido general para las compras

¹⁸⁶ Tomar en consideración especialmente el octavo objeto: “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”. <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/69/L.85&referer=http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/&Lang=S> (consultada el 1 de octubre de 2015)

públicas sociales y sostenibles; sin embargo, debemos insistir en algunos principios específicos que deben predominar en la denominada contratación pública estratégica. Estos principios que particularmente deben estar presentes en las compras públicas estratégicas son: el principio de planificación estratégica, el principio de eficiencia, el principio del desarrollo sostenible, la integridad, la transparencia y en fin la buena administración. A los fines de entender que se avanza, a partir de la contratación pública, en un desarrollo estatal inteligente, sostenible e integrador, como lo determinan las directrices multilaterales.

En primer lugar debemos precisar que no es posible concebir un procedimiento de contratación pública estratégica, sin partir de una adecuada planificación, por ello este principio resulta vital para lograr los objetivos de la contratación, así lo afirmó la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya en el Informe 14/2014, de la siguiente forma: “...una correcta planificación previa de la contratación del sector público permite también hacer posible una contratación pública estratégica, en los términos en que se configura en la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo..., la cual resulta inviable sin aquella planificación”¹⁸⁷.

Es necesario contar con una correcta planificación de la contratación para evitar la perjudicial práctica de la improvisación, y ser más eficientes en el cumplimiento de los objetivos. En consecuencia, la planificación comienza desde el planteamiento teórico inicial del procedimiento, esto es, el pensar integralmente el procedimiento para integrar todos los aspectos necesarios a la consecución de un fin, y, por supuesto, la realización de las actividades previas de la contratación. Esta planificación necesaria y obligatoria, permite definir los objetivos, a partir de la necesidad de los órganos y entes de la Administración, y determinar la forma cómo se proyecta cumplir con éstos; contribuyendo con el cumplimiento del resto de los principios informadores de la contratación, y garantizando el empleo eficiente de los recursos públicos. Definiendo el mecanismo de contratación más adecuado, la duración del contrato, y la integralidad de la contratación, se pueden obtener mayores y mejores ofertas, con la posibilidad de la mejora de precios, aprovechando las economías de escala, y en fin garantizando contrataciones públicas más competitivas e inclusivas. Por ejemplo, una adecuada

¹⁸⁷ Vid. Informe 14/2014, JCCA de la Generalitat de Catalunya, disponible en: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Catalunya/JCCA%20Catalunya%20Informe%2014-2014.pdf> consultada el 13 de febrero de 2016.

planificación puede garantizar la participación de las pequeñas y medianas empresas en un procedimiento de contratación, sin infringir los principios de concurrencia y libre acceso, pero interpretando las normas comunitarias.

En la LCSP, se regula una propuesta de planificación general, cuando se establece la obligación de elaborar un instrumento jurídico denominado “Estrategia Nacional de Contratación Pública”, el cual se servirá del “...*análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores*”¹⁸⁸. Este instrumento tiene por objeto planificar y generar escenarios de coordinación y cooperación unificados en áreas de acción común de todo el sector público estatal, sin que se limite a las Comunidades Autónomas en la definición de sus propias estrategias especiales, armonizadas con la estrategia nacional y comunitaria.

Como ya lo adelantáramos en el capítulo anterior, en sintonía con el principio de planificación se alinea el principio de la compra pública eficiente; se planifica precisamente para ser eficiente, en el cumplimiento de objetivos y en la utilización de los fondos públicos. Estos recursos públicos que cada día son más escasos deben ser empleados de la mejor forma posible, para que sean suficientes y puedan cubrir los mayores y mejores beneficios para el interés colectivo. Adicionalmente, como lo expresa Gimeno Feliú, la eficiencia debe ser evaluada “...*en el concreto ámbito de la prestación que se demanda...*”, sin poder visualizarla exclusivamente desde la perspectiva económica, “...*sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio...*”¹⁸⁹ objeto de la contratación. Allí es donde se verifica la verdadera visión estratégica de este tipo de prestación, cuando la Administración es realmente eficiente en la gestión que desempeña, y a la par de la consideración de las variables económicas, se tiene presente cumplir otros objetivos distintos, como los

¹⁸⁸ Vid. Artículo 334 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público

¹⁸⁹ GIMENO FELIU, J.M., (2015) “Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de los contratos públicos. La necesidad del think tank”, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 03/09/2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.207/relcategoria.208/chk.abb45fb904a4d5ef90ebb37dcd169492> consultada el 24 de noviembre de 2016.

sociales, medio ambientales e inclusivos, ejemplo de ello representa el caso de las PYMES en la contratación pública sostenible¹⁹⁰.

Por otra parte, vuelve a aparecer el principio fundamental de la transparencia, como uno de los elementos transversales de gran relevancia en estos temas. La transparencia en la gestión pública constituye en la actualidad uno de los pilares del sistema democrático, que legitima a los actores públicos, debido a que al garantizar una adecuada publicidad de las actividades que realizan las Administraciones Públicas, en obsequio del interés colectivo, otorga confianza sobre la institucionalidad. Pero al mismo tiempo, la transparencia contribuye con las compras públicas eficientes y, por ende, se vincula con el comentado principio de planificación. La transparencia pone en evidencia todas las actividades previas desarrolladas por los poderes adjudicadores e inmediatamente permite el conocimiento de las reglas de la contratación, por parte de los eventuales licitadores y de los ciudadanos que deseen conocer las razones, forma y destino de los fondos públicos, lo cual redundará en que se garantice el uso eficiente de esos recursos públicos.

La transparencia garantiza, sin dudas, el cumplimiento de otros principios, como la publicidad, la concurrencia, la igualdad, el libre acceso de los participantes, y por lo tanto, la inclusión de actores tradicionalmente excluidos de las contrataciones públicas, como las pequeñas y medianas empresas y las empresas de economía social. Garantiza que se puedan ejecutar actividades de control, al tener claros los objetivos que se persiguen en determinados procedimientos, lo que facilita la intervención de órganos encargados de esa verificación, así como a desplegar actividades de control social por parte de los propios ciudadanos, preservando el interés general, y ejerciendo el derecho a la participación ciudadana. Así mismo, a través del empleo de los medios electrónicos y telemáticos, aplicados dentro de la Administración electrónica y el Gobierno abierto, se garantiza la transparencia del actuar público, en ese sentido el manejo de los datos y de la información puede ser más eficaz, al ofrecer la información pública de forma más fácil, adecuada y ágil, para el aprovechamiento colectivo.

Por último, reiteramos que el principio de transparencia implica necesariamente que la publicidad de la información sea adecuada, o de lo contrario no irradiaría todos

¹⁹⁰ En el artículo 99 de la LCSP, se establece que en el objeto del contrato se podrán incorporar “...innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.”

los efectos garantistas y estratégicos del principio. Por lo tanto, no cabe ninguna duda que el aseguramiento del principio de la transparencia representa una parte trascendental en la concepción y materialización de una contratación pública estratégica.

Adicionalmente, la transparencia es fundamental para garantizar, a su vez, el importante principio de integridad, que lo asimilamos en este estadio al principio de honestidad. La integridad es un valor fundamental y principio ético del ser humano, que lo obliga a actuar de forma correcta, honesta y de acuerdo a los principios morales de la sociedad. En la contratación pública es muy importante andar por el sendero de la integridad y la honestidad, para que los procedimientos cumplan con su función de satisfacer necesidades vinculadas al interés general de forma eficiente. Y así se ha recogido en la exposición de motivos¹⁹¹ y en el artículo 1 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Para nadie es un secreto las cantidades de dinero que se manejan en las contrataciones públicas, y en consecuencia, este escenario representa uno de los espacios más atractivos para que se generen actos de corrupción. Constituyendo la corrupción uno de los grandes males que atentan en contra de la Administración Pública y, más grave aún, en contra de la institucionalidad democrática, lo que influye directamente en la pobreza de los pueblos y por lo tanto, en contra de la dignidad del ser humano. Al verificarse actos de corrupción económica o derivados de favoritismo o imparcialidad, la contratación pública deja de ser eficiente y transparente, y en consecuencia, se pierden los estándares de las compras estratégicas.

Resulta necesario desarrollar conductas que minimicen las actividades alejadas del principio de integridad, para disminuir los actos de corrupción y por ende, garantizar la eficiencia en la contratación. La mayoría de las causas negativas de este fenómeno pasan por la condición del ser humano, especialmente por las personas que operando desde los órganos de contratación, al presentar -muchas veces- conflictos de intereses con contratistas en casos concretos, sin saber cómo dar respuestas, y en otras ocasiones, por la falta de formación o profesionalización de los funcionarios que allí actúan; sin contar con el entorno que se pudiera generar por las necesidades de las personas, y la influencia o presión de operadores económicos inescrupulosos que sólo buscan un lucro

¹⁹¹ “Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.” (resaltado añadido)

desmedido e individual, al margen del interés colectivo que persiguen las contrataciones públicas. Una vez, reforzados los aspectos personales sobre los actores de las relaciones contractuales, se deben avanzar en la implementación de efectivos controles, preventivos y reactivos¹⁹², para garantizar el principio.

Por último, la garantía de cumplimiento de los principios de planificación, eficiencia, sostenibilidad, transparencia e integridad, como transversales de la compra pública estratégica, guardan una estrecha relación con el derecho fundamental a la buena administración. Como lo explica Rodríguez Arana¹⁹³, aquellos principios garantistas que deben observar las actuaciones de la Administración Pública por obligación, se deducen del derecho ciudadano a la buena administración¹⁹⁴. Siendo reconocido, este derecho a la buena administración, en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, donde se reconoce la centralidad del ser humano en el Derecho Administrativo; mientras que en el escenario iberoamericano, se recogió en la Carta Iberoamericana de los Derechos y los Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública¹⁹⁵, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en su reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, formulada en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, los días 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013.

Este instrumento jurídico de referencia tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la Buena Administración Pública, determinando cuáles son los derechos y los deberes que lo componen. En el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del ordenamiento jurídico, la Administración Pública sirve con

¹⁹² En el artículo 71.1.b de la LCSP se prevé sanciones por incurrir en conductas contrarias al principio de integridad.

¹⁹³ RODRIGUEZ ARANA, J., (2017) “Introducción: Los principios generales del derecho...op. cit., p. 25

¹⁹⁴ El derecho fundamental a la buena administración se menciona expresamente en el artículo 34.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al regular la libertad de pactos.

¹⁹⁵ <http://www.clad.org/images/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20del%20Ciudadano%20en%20Relacion%20con%20la%20Administracion%20Publica.pdf> consultada el 20 de marzo de 2018.

objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios jurídicos sustanciales, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana¹⁹⁶. Y de esto no escapan las contrataciones públicas, y principalmente la visión estratégica de la contratación pública, donde no sólo se debe tener presente el principio de legalidad, sino fundamentalmente la posición del ser humano.

3.2. Objetivos generales de la compra pública estratégica

Recordemos ese papel clave que ocupa la contratación pública dentro de las reglas que se han definido desde Europa en los últimos años, principalmente resumidas en la agenda denominada “Estrategia Europa 2020”¹⁹⁷, en el cuarto paquete de Directivas referidas a las contrataciones públicas, y en el resto de los documentos de recomendación que se han producido; al determinar que las contrataciones públicas se constituyen en uno de los elementos fundamentales del mercado interno para conseguir un desarrollo inteligente, sostenible e integrador, siempre y cuando se empleen los fondos públicos con racionalidad y eficiencia, tomando en cuenta el entorno social y el medio ambiental.

En virtud de ello, la contratación estratégica consiste en pensar y ejecutar políticas de compras públicas más eficientes, donde se logren las metas principales y accesorias; y en función de lo anterior, para ser eficiente se debe lograr los objetivos con el menor esfuerzo y con la utilización de los recursos precisos. La simplificación de los trámites y la descarga burocrática es un ejemplo de ello, y al lograrse este objetivo parcial, se estaría beneficiando a los operadores económicos, a los propios órganos de contratación, y al mismo tiempo, facilitando el acceso a las pymes en los procedimientos de contratación, como una de las medidas estratégicas que puede

¹⁹⁶ Ver Título II de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

¹⁹⁷ En la citada agenda se definen tres aspectos prioritarios de crecimiento: i. inteligente, ii. sostenible e iii. integrador. Para desarrollarlas se propone partir de las siguientes cinco iniciativas: i. Unión por la innovación, ii. Juventud en movimiento, iii. Una agenda digital para Europa, iv. Una Europa que utilice eficazmente los recursos, v. Una política industrial para la era de la mundialización, para mejorar el entorno empresarial, especialmente para las pymes, y apoyar el desarrollo de una base industrial fuerte y sostenible, capaz de competir a nivel mundial”.

implementar la Administración. Lo mismo ocurre con la incorporación de variables sociales, ambientales e innovadoras, las cuales generan valor agregado a los procedimientos de contratación.

Ahora bien, con base en los principios de la compra pública estratégica, antes comentados, y tomando como referencia el instrumento Estrategia Europa 20/20, las directivas europeas antes citadas y, en la actualidad, la LCSP¹⁹⁸, podemos identificar de manera precisa, como objetivos de la contratación pública estratégica, los siguientes: a. Promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación; b. Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales, éticas y de innovación; c. Promover la participación de las pymes, en el mercado de la contratación pública; d. Generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento; e. Incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación; y f. Combatir la corrupción y las irregularidades en la ejecución de los procedimientos de contratación pública.

Por lo tanto, la contratación pública estratégica se convierte en un mandato de optimización sobre los órganos del estado encargados de diseñar, garantizar y ejecutar las contrataciones públicas, para ser cada día más eficientes y honestos en el cumplimiento de los cometidos públicos y en defensa del interés general. Teniendo siempre como norte la centralidad del ser humano y por ende la garantía de su dignidad.

Si se desea denominar de manera integral todo lo descrito antes se puede identificar como *contratación pública inteligente*, a través de la cual se busca -principalmente- la optimización del uso eficiente de los fondos públicos (obtener una mejor relación calidad-precio), con criterios inspirados en el desarrollo sostenible, al incorporar otros objetivos en la contratación: sociales, ambientales, éticos y de innovación. Partiendo de una adecuada planificación y cumpliendo con los principios de transparencia, publicidad, no discriminación, libre acceso, integridad y buena administración. Se trata de una contratación inteligente, porque a través de esta nueva forma de gestión integral de lo público, todos los elementos del conjunto resultan ganadores, los órganos de contratación y sus funcionarios, debido a que cumplen con su

¹⁹⁸ Vid. Artículo 334 de la LCSP.

obligación de forma correcta y por lo tanto son reconocidos por la colectividad; los operadores económicos por cuanto se le respetan y garantizan sus derechos adecuadamente; se preserva el interés público implícito en estos procedimientos y se optimiza el uso de los recursos del Estado; y ganan los ciudadanos que se benefician de una gestión pública eficiente, con servicios públicos de calidad prestados bajo la sombra de la buena administración.

4. La participación de las pymes en la contratación pública

El sector empresarial es precisamente la principal fuente mediante la cual se manifiesta la capacidad productiva y nace la capacidad innovadora que trae consigo el crecimiento y desarrollo sostenible de un país. Entendiendo por empresa:”...*toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular*”¹⁹⁹. De la anterior definición se denota que existen diferentes tipos de empresas, y que excedería del objeto de este trabajo referirse a cada una de ellas, por lo que dentro del universo de entidades empresariales nos circunscribiremos a analizar a las pequeñas y medianas empresas, conocidas bajo el acrónimo pymes.

Siendo así, enfocados en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, se hace necesario establecer cuáles son los criterios definidores de este tipo de empresas, para de esa forma determinar las realidades o dificultades que atraviesa este modelo empresarial, en cuanto a su capacidad de producción, dimensión y/o tamaño, además de poder fijar cuales han sido las medidas implementadas por el Estado en pro de estas entidades, a los fines de garantizar la eficiencia y eficacia de la pequeña y mediana empresa, así como promover su inclusión en los procedimientos de compras públicas,

¹⁹⁹ Recomendación de la Comisión de fecha 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=LT> consultada el

tomando en consideración que estas –pymes-, representan un componente clave para la generación de empleos y desarrollo económico del país²⁰⁰.

Sin embargo, se ha podido observar que, a pesar de la gran importancia que las mismas representan, su crecimiento se ve condicionado por diversas circunstancias que dificultan y/o entorpecen su expansión, pudiendo mencionarse entre ellas: i. Dificultad para acceder al mercado financiero (en cuanto a la solicitud y obtención de créditos), ii. Acceso restringido a las compras públicas y al sistema de información relacionado con este tipo de procedimientos, iii. Excesivos trámites burocráticos, entre otras. Por lo que, el Estado en función de subsanar esos inconvenientes y además favorecer a este sector empresarial conformado por pymes ha implementado políticas que permiten incentivar y favorecer el crecimiento y desarrollo de las mismas, sobre todo enfocado en el ámbito procedimental de la contratación pública.

Al hilo de lo anterior, podemos tomar en consideración lo establecido en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, Sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantías Recíprocas²⁰¹, la cual señala que: *“Uno de los más importantes problemas que sufre la PYMES es la dificultad para acceder a una financiación adecuada a sus posibilidades, lo que limita su capacidad de expansión y crecimiento. La pequeña y mediana empresa cuenta con un capital social escaso que limita su capacidad financiera y sus márgenes de maniobra. Esta limitación, en términos relativos con la gran empresa, se manifiesta por una insuficiencia de garantías ante las entidades de crédito, una dificultad para acceder directamente al mercado de capitales, un mayor distanciamiento de los centros de decisión financiera y una acusada carencia de información y asesoramiento en esta materia.”*

Las pymes han sido consideradas como una de las bases primordiales del sector productivo para la economía de un país, en este caso, enfocadas desde el ordenamiento jurídico español. Se ha determinado que la economía española o su tejido productivo

²⁰⁰ En este estado se comenta el caso de Venezuela, en la cual desde su Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) se define como un política de Estado, se plantea la protección y promoción de las pymes, como lo establece el artículo 308, que expresamente señala: *“El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro, el consumo bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.”*

²⁰¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 61, de 12 de marzo de 1994. Referencia: BOE-A-1994-5925

está compuesto mayoritariamente por pymes, que representan el 99,9 % del total del sector productivo, y que, en suma de los diferentes actividades o sectores, tienen una particular importancia en su contribución a la generación de empleos estables, ocupando cerca del 66,4 % del total de los trabajadores españoles formales, lo que representa la media de los estados miembros de la UE²⁰². En ello radica su importancia y, a su vez, la preocupación de los Estados que integran la comunidad europea para proteger y estimular ese sector.

En ese orden de ideas, resulta importante destacar que, la economía española ha sido considerada como ciencia social con un marcado carácter antropocéntrico, *como lo señala CALLADO CUETO: “...cualquier análisis orientado a conocer las bases estructurales de la economía española obliga a realizar un estudio de la población. Su relevancia se debe a que los individuos toman parte en la actividad económica al menos de dos formas básicas: por un lado, ofreciendo factor trabajo para la actividad productiva y, por otro lado, satisfaciendo sus necesidades a través del consumo de bienes y de servicios”*²⁰³. Es por ello que se puede afirmar que la economía española se basa en el ser humano y en el entorno en el cual éste se desenvuelve, siendo así, podemos decir, que se trata de la relación ser humano, población o medio ambiente y capital, entendiéndose por este último factor, las actividades productivas y/o laborales que garantizan los bienes y servicios que se demandan en el país. Por lo que, se infiere que se trata de factores evolutivos que permiten que de manera constante se vayan experimentando cambios que a su vez, se reflejen en el ámbito y desarrollo económico y empresarial del ordenamiento jurídico que se trate.

Tomando en consideración el aspecto evolutivo que se evidencia en el sector económico, nos encontramos que dentro de este entorno, se presenta con suma importancia los procedimientos de contratación pública, en los cuales debe ser garantizada la concurrencia y participación, empleándose además, las medidas necesarias para preservar los recursos e intereses del estado. Por lo que de acuerdo a lo

²⁰² Vid. Retrato de las pymes 2017, estudio elaborado por la Subdirección General de Apoyo a las PYMES de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo del Gobierno Español, disponible en: <http://www.ipymes.org/Publicaciones/Retrato-PYMES-DIRCE-1-enero-2017.pdf> (consultada el 03 de septiembre de 2018)

²⁰³ CALLADO CUETO, L., (2014) “Bases estructurales de la economía española: población, recursos naturales y capital.”, *En Economía Española. Estructura y regulación*. Ediciones Paraninfo, S.A., Madrid, España, 2da edición, p. 3.

mencionado, se ha hecho imperioso establecer medidas que fomenten la participación de las pymes en este tipo de procedimientos. Conjugando la importancia de las pymes en la economía nacional como modelo de desarrollo sostenible pensado y basado en el ser humano y los procedimientos contrataciones públicas por el volumen de recursos que manejan, se hace necesario contar con un modelo de contratación de tipo estratégico como lo ha contemplado el ordenamiento jurídico español, mediante la cual existe la necesidad y/o “...la pretensión contractual de construir la política pública contractual del sector público desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”²⁰⁴.

Dentro de este orden de ideas, se puede mencionar que para el ordenamiento jurídico español, el cual muestra una estructura empresarial basada en pequeñas y medianas empresas, “La PYMES constituye un factor clave de estabilidad y competitividad. Su importante papel en materia de creación de riqueza y generación de empleo; su flexibilidad de adaptación a los cambios producidos por los ciclos económicos, y su gran sensibilidad a los procesos de relanzamiento de la inversión, contrastan con las desventajas comparativas inherentes a su pequeña dimensión”²⁰⁵. Estas desventajas que presentan estas empresas de acuerdo a su pequeña dimensión y a los escasos recursos con los que cuentan, se manifiestan en su gran mayoría en limitaciones, pudiendo mencionarse como algunas de ellas, acceso a financiamiento, a las nuevas tecnologías, así como a la innovación, lo que dificulta su expansión y crecimiento económico.

4.1. Definición y características de las pymes.

El término pymes ha sido empleado a nivel mundial para referirse y agrupar en un sólo bloque a las empresas de reducida dimensión, -pequeñas y medianas empresas-, observándose, además, que existen ordenamientos jurídicos en donde se contemplan como *mipyme*, precisamente con el objeto de incluir dentro de ese grupo a la micro empresa. Es menester precisar cuál es la conceptualización dada a estas empresas en el

²⁰⁴ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013) “Compra pública estratégica”,...op.cit. p. 35.

²⁰⁵ Exposición de Motivos de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, Sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantías Recíprocas. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 61, de 12 de marzo de 1994. Referencia: BOE-A-1994-5925.

ordenamiento jurídico español, en el que según la doctrina económica, ha considerado a las pymes como: “...un colectivo que responde a un concepto complejo, donde se reúnen unidades de producción propiamente dichas con otras sociedades previsiblemente creadas por razones comerciales o fiscales”²⁰⁶, mostrando una amplia gama de unidades simples, estructuras complejas y organizaciones conceptuales, que muchas veces genera cierta confusión e indeterminación.

Las pymes han sido conocidas a su vez, como empresas de reducida dimensión (ERD), en donde se evidencia de igual manera el criterio cuantitativo definidor de ellas, por lo que hablar de ERD, es la forma jurídica que adoptan las pequeñas y medias empresas en el ordenamiento jurídico español, en donde además nos encontramos con los denominados autónomos, que no son más que aquellos empresarios individuales y físicos que actuando en nombre propio y como titular de un emprendimiento desarrollan y llevan a cabo una actividad, bien sea comercial o industrial, pero que a veces tienden a confundirse con aquellas.

Cuando hablamos de pymes, nos situamos en el contexto visual de una empresa pequeña o mediana, pero ahora bien, cuál es realmente su dimensión para tener una apreciación clara. En ese sentido, la UE se ha encargado de establecer diversas directrices -que deben ser adoptadas por los Estados miembros-, a los fines de fijar un criterio conceptual y objetivo que permita determinar cuándo se está en presencia de una pequeña y mediana empresa, para lo cual se debe tomar en consideración una serie de rasgos característicos que permiten ir perfilando las características definitorias de este particular grupo empresarial, como veremos de seguidas.

Con la firme intención de unificar criterios de distinción para que las políticas comunitarias sean más eficientes, la Comisión Europea dictó la recomendación 96/280/CE, del 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresa; basada en el hecho de que se requería establecer un marco coherente para desarrollar las políticas comunitarias en favor de las pymes, ya que existían varias acciones globales sobre ellas que utilizaban criterios distintos para definir las, y se desarrollaron políticas comunitarias que carecían de un enfoque común o una visión global sobre los elementos que objetivamente constituyen una pyme, produciendo una diversidad de criterios y por

²⁰⁶ BARBERO, J y SÁNCHEZ, L. (2006). *PYMES en España*, Fundación EOI Empresas, p. 15.

consiguiente una multiplicidad de definiciones utilizadas en el ámbito comunitario, en otras organizaciones, e incluso, en los Estados miembros, lo que no ayudaba a generar seguridad jurídica, y generaba riesgos de distorsión de la competencia de las empresas.

En virtud de ello, la referida recomendación estableció como criterios definidores de las empresas consideradas pymes, los siguientes aspectos: i. Que empleen a menos de 250 personas; ii. Que el volumen de negocios no exceda de 40 millones de euros, o cuyo balance general anual no exceda de 27 millones de euros y, iii. Que sea una empresa independiente, esto es, que el veinticinco por cien (25%) de su capital o más, no pertenezca a otra empresa²⁰⁷. Además, en la misma recomendación se estableció el criterio mediante el cual se podría diferenciar a una mediana empresa, de una pequeña empresa, estableciendo para ello, que se estará en presencia de una pequeña empresa cuando concurrentemente: i. Se emplee a menos de 50 personas, ii. El volumen de negocio anual no exceda de 7 millones de euros o cuyo balance general anual no exceda de 5 millones de euros, iii. Que cumpla con el criterio de independencia²⁰⁸. Para el caso de las microempresas, el número de trabajadores debe ser menor de 10 empleados, tal y como lo señala el aparte 5 del mismo artículo 1 de la recomendación comunitaria.

Posteriormente la Comisión Europea dicta la Recomendación de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE)²⁰⁹, que sustituye a la anterior recomendación 96/280/CE, del 3 de abril de 1996, y que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2005. La nueva recomendación se dicta en virtud de la necesidad de modificar, ajustar y actualizar la primigenia normativa, por la cantidad de observaciones que se habían formulado sobre ella por parte de las empresas y por las dificultades interpretativas que había generado.

²⁰⁷ Véase artículo 1 de la Recomendación de la Comisión (96/280/CE), de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2e3b13c5-c62c-4261-a6c8-57d83549aec5/language-es> consultada el 14 de enero de 2016

²⁰⁸ Véase apartado 2 del artículo 1 de la Recomendación de la Comisión (96/280/CE), de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas.

²⁰⁹ Recomendación de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-80730> consultada el 13 de abril de 2017. Así mismo se recomienda la consulta del Anexo I del Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del tratado. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81403> consultada el 13 de abril de 2017.

El primer aporte transversal fue definir empresa, de acuerdo a los artículos 48, 81 y 82 del Tratado CE y conforme a los criterios interpretativos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entendiendo por empresa en términos generales: “... toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerce una actividad económica, incluidas, en particular, las entidades que ejercen una actividad artesanal y otras actividades a título individual o familiar, las sociedades personalistas o las asociaciones que ejercen una actividad económica”²¹⁰. Se observa que la comisión aporta una noción de empresa de gran amplitud, colocando el acento en la actividad económica regular que desempeñe, y no en la forma o estructura que adopte la organización.

Partiendo del anterior concepto de empresa, la recomendación ratifica como criterios definitorios de las categorías específicas de micro, pequeña y mediana empresa, la cantidad de trabajadores que laboran en la respectiva empresa (criterio de los efectivos) conjuntamente con el volumen de negocios (criterio financieros), pero además de ello, se incorpora como criterio complementario el balance general, de la siguiente forma: “No sería deseable, con todo, elegir como único criterio financiero el del volumen de negocios, ya que en las empresas comerciales y de distribución es por naturaleza más elevado que en el sector manufacturero. El criterio del volumen de negocios debe combinarse por tanto con el del balance general, que representa el patrimonio total de la empresa, de forma que se pueda superar uno de los dos criterios”²¹¹.

En el artículo 2 de la referida recomendación, se establecen específicamente los efectos y límites financieros que definen las categorías de empresas, de la manera siguiente²¹²: 1. Se define en términos generales a las pymes, como aquellas empresas que ocupan a menos de 250 personas, en donde el volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros, o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros; 2. Siendo una pequeña empresa, en donde se ocupe menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los 10 millones de euros; y 3. Se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10

²¹⁰ Vid. Artículo 1 de la Recomendación de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE); disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-80730> consultada el 20 de abril de 2016.

²¹¹ Vid. Considerando núm. 4.

²¹² En el artículo 83 de la LCSP se determina que el concepto que se utilizará es la definición aportada por la Recomendación 2003/361/CE.

personas, con un volumen de negocios anual o balance general anual no supere los 2 millones de euros.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente podemos observar, efectivamente el criterio financiero –volumen de negocios anual o balance general anual-, que fue incluido en la recomendación a los fines de distinguir entre las empresas que conforman el sector de las pymes, entiéndase micro, pequeña y mediana empresa y de fortalecer su crecimiento e innovación empresarial, a través de su realidad económica.

Adicionalmente se puede observar, como dato de relevancia, que, a los fines de aclarar el cálculo del número de unidades de trabajo anual o efectivos, así como los importes financieros, con el objeto de reflejar certeramente la realidad económica de unas pymes, y evitar que se mezclen con los grupos de empresas con capacidad económica superior a las mismas, la comentada recomendación estableció tres tipos de empresas, a saber: i. Empresas autónomas, ii. Empresas asociadas y, iii. Empresas vinculadas.

Por tanto, se consideran Empresas Autónomas, a todas las entidades que ejercen una actividad económica en forma independiente, esto es, sin tener participaciones de otras empresas que no implique posición de control, en más de un veinticinco por cien (25%), y sin estar vinculada a otra empresa. Para el caso de este tipo de empresas, los datos de efectivos y de aspectos financieros, se determinarán únicamente sobre la base de las cuentas de la empresa específica.

No obstante lo anterior, excepcionalmente las empresas pueden continuar recibiendo la calificación de autónomas, a pesar de contar con una participación igual o superior al 25%, cuando estén presentes las siguientes categorías de inversores, pero con los que no exista relación de vinculación: i. Sociedades públicas de participación, sociedades de capital de riesgo, personas físicas o grupos de personas físicas que realicen una actividad regular de inversión en capital riesgo (inversores providenciales o *business angels*) e inviertan fondos propios en empresas sin cotización en bolsa, siempre y cuando la inversión de dichos *business angels* en la misma empresa no supere el 1.250.000 euros; ii. Las universidades o los centros de investigación, sin fines de lucro; iii. Los inversores institucionales, incluidos los fondos de desarrollo regional; y

iv. Las autoridades locales autónomas con un presupuesto anual de menos de 10 millones de euros y una población inferior a 5000 habitantes.

Por otra parte, son Empresas Asociadas, las empresas donde se verifique la siguiente relación: La existencia de una empresa participante que posea, por sí sola o conjuntamente con una o más empresas vinculadas, el veinticinco por cien (25%) o más del capital o de los derechos de voto de otra empresa (empresa participada). Se trata de empresas que no forman parte de un grupo empresarial consolidado, sino donde se ha desarrollado una relación de coordinación o asistencia para lograr o contribuir con los objetivos, y donde la influencia de una sobre la otra no es significativa, para llegar a la conclusión que se trata de una empresa vinculada²¹³.

Por último, estaremos en presencia de Empresas Vinculadas²¹⁴, cuando se verifique alguna de las relaciones siguientes: i. Cuando una empresa posee la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios de otra empresa; ii. Cuando una empresa tiene derecho a nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección o control de otra empresa; iii. Cuando una empresa tiene derecho a ejercer una influencia dominante sobre otra, en virtud de un contrato celebrado con ella o una cláusula estatutaria de la segunda empresa; iv. Cuando una empresa, accionista o asociada a otra, controla sola, en virtud de un acuerdo celebrado con otros accionistas o socios de la segunda empresa, la mayoría de los derechos de voto de sus accionistas. Adicionalmente la norma aclara, que también se considerará una empresa vinculada si las anteriores relaciones se desarrollan con una o un grupo de personas físicas que actúen de común acuerdo y en el mismo mercado o sector.

²¹³ Véase el artículo 13^a del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, Publicado en el Boletín Oficial del Estado, Año CCCXLVII de fecha 20 de Noviembre de 2007. Suplemento del Número 278 Ministerio de Economía y Hacienda; en el que se establece la siguiente definición: “...una empresa es asociada cuando, sin que se trate de una empresa del grupo, en el sentido señalado anteriormente, la empresa o alguna o algunas de las empresas del grupo en caso de existir éste, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, ejerzan sobre tal empresa una influencia significativa por tener una participación en ella que, creando con ésta una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad”. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2007/11/20/pdfs/C00001-00152.pdf>

²¹⁴ Ver artículo 15^a del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, donde se establece que: “Una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra.”

Lo importante para identificar a empresas vinculadas es el grado de influencia que se ejerce entre las empresas, esto es, que participen efectivamente dentro de las empresas y se tenga el poder de intervenir en las decisiones generales, de política financiera y de estrategia del negocio; lo que se puede verificar por la participación en el órgano de administración de la empresa, en las reuniones estratégicas de la empresa, o por el intercambio de personal cualificado o información técnica imprescindible para el funcionamiento eficiente de la empresa.

Por último, dejamos sentado que para el cálculo de la influencia que ejerce –la empresa sobre la otra, se tiene como indicativo el índice porcentual establecido en la recomendación 2003/361/CE, específicamente el 25% o más del capital o de los derechos de voto de otra empresa. En consecuencia, para ser considerada pymes una empresa, el 25% o más del capital o de los derechos de voto no puede estar controlados, directa o indirectamente, por uno o más órganos públicos, salvo lo establecido para las empresas asociadas.

En resumen, el objeto de estudio es precisamente el desarrollo de la pequeña y mediana empresa, sin embargo, es importante resaltar y reiterar que aunque las mismas sean incluidas dentro del mismo término genérico pymes, se presentan tres tipos perfectamente definidos con sus características propias que les permiten distinguirse una de otras. Comenzando por el criterio cuantitativo que las define, que de acuerdo a lo observado *ut supra*, varía de un lugar a otro, en función de la visión o planificación estratégica de cada región. Es por ello que esta parte se dedicará a puntualizar definitivamente la definición, características y clasificación de las pymes desde su concepción cuantitativa, como una micro, pequeña o mediana empresa, para lo cual se puede decir que por separado cada una de ellas, posee rasgos definitorios, bondades, inconvenientes y/o dificultades, además de diversos escenarios, que se desprenden de las comentadas normativas, leyes, recomendaciones y/o reglamentos.

a. Las microempresas

Categoría esta también incluida dentro de la clasificación de pymes que puede ser definida, de acuerdo a la recomendación 2003/361/CE, como la entidad de reducida dimensión dedicada a una actividad económica, donde se emplea a menos de 10

personas para cumplir con sus objetivos y en la que el volumen de negocios o su balance general anual no superan los dos millones de euros.

Existe un número creciente de microempresas en España, desarrollando múltiples actividades económicas y ayudando a disminuir el desempleo al absorber a la masa laboral. Dentro de las características más resaltantes de este tipo de pymes, se encuentra: 1. Se encuentran en casi todos los sectores económicos, predominando en el sector de servicios; 2. Las microempresas se encuentran dispersas en todo el país, sobre todo en zonas urbanas; 3. Estas empresas son dirigidas tanto por mujeres como por hombres, aunque hay una creciente mayoría de mujeres en ciertos sectores, tales como la industria agroalimentaria; 4. La mayoría son unidades estáticas con una perspectiva de crecimiento limitada, a pesar de que una minoría logra desarrollar sus potencialidades; 5. El grado de integración económica y de formalización es muy variable”²¹⁵.

Como factor importante podemos mencionar que las microempresas poseen diversas condiciones de fortaleza para lograr sus objetivos y mantenerse en el mercado; Sin embargo, por su reducida dimensión requieren apoyo en el entendido de asistencia técnica y financiera, “...las microempresas dependen en gran parte de la actitud de las autoridades públicas, del acceso a los servicios de financiamiento y a los servicios de mediación y consultoría”²¹⁶

b. Las pequeñas empresas

Este grupo de empresas es considerado el conjunto empresarial predominante en los países que integran la comunidad europea. Las mismas, como se ha sido estudiada anteriormente, son definidas de acuerdo a un criterio cuantitativo establecido en la recomendación 2003/361/CE, mediante el cual la pequeña empresa es aquella entidad que realiza actividades económicas en donde se ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o balance general anual no supera los 10 millones de euros.

Una de las particularidades que presentan estas empresas radica precisamente en el ámbito laboral, en donde no existe un programa general o representación cerrada de

²¹⁵ Vid. Oficina Internacional del Trabajo, Programa Estrategias y Técnicas contra la exclusión Social y la Pobreza (STEP). Programa Infocus Intensificación del Empleo mediante el Desarrollo de Pequeñas Empresas (SEED). Ginebra. 2004. OIT Mutuales de salud y asociaciones de microempresas, p. 4

²¹⁶ *Idem* p. 5

un grupo de técnicos o expertos denominados profesionales, por lo que la responsabilidad es asumida y desarrollada por los trabajadores que la conforman viene justamente dada por las capacidades y/o facultades del líder de la empresa, con el objeto de satisfacer necesidades específicas.

Las pequeñas empresas poseen diversas particularidades que obligatoriamente las diferencian de la mediana o gran empresa, así como de la categoría de microempresa. Esos elementos definitorios son los que a continuación expresaremos. En primer lugar, las pequeñas empresas tienden a crecer a un ritmo acelerado por su propia dinámica operativa y por su disminuida dimensión. Por otra parte, en vista de la complejidad de las funciones que desempeñan requieren una mayor organización, en lo que respecta a la división del trabajo en funciones y unidades, por lo que ameritará una coordinación laboral eficiente conjuntamente con la distribución y uso de los recursos materiales, financieros y técnicos. Lo anterior les ayuda a emplear mano de obra directa, tecnificada y cualificada. Poseen mucha agilidad y capacidad para abarcar distintos pero puntuales mercados, a través de medios tradicionales, y principalmente por medio del uso de los medios electrónicos, que les ayudan a extender sus servicios e insertar sus productos más allá de su área geográfica de influencia. Se mantienen en constante competencia con similares empresas que cubren el mismo mercado. Uno de los aspectos más importantes que las caracterizan es que efectúan compras de productos y servicios a otras empresas y hacen uso de las innovaciones, lo que genera crecimiento económico integral, mueven el mercado.

Así mismo, en la mayoría de los casos se trata de empresas familiares, o que en su origen fueron familiares, en donde la familia constituye parte de su fuerza laboral. En ese sentido, los propietarios o directores de las pequeñas empresas suelen tener un buen conocimiento del producto que ofrecen o del servicio que prestan, por haberlo creado o por haber convivido con él desde siempre, generando sentimientos de afinidad con su trabajo²¹⁷. Por último, su financiamiento, en la mayoría de los casos, procede de fuentes

²¹⁷ Lo anterior representa una realidad casi idéntica a nivel mundial, y así se replica en Latinoamérica, como lo afirma CULSHAW²¹⁷: “La mayoría de las empresas de América Latina son pequeñas y medianas (pymess), dirigidas por padres de familia y transmitidas de generación en generación. Generalmente, surgen de iniciativas que se van formalizando y creciendo con grandes esfuerzos. (...)Otras empresas responden a proyectos más innovadores, cuyos inventores optan por desarrollarlos en forma autónoma. La pymes que surge a partir de proyectos innovadores es la que más aprovecha las oportunidades: es capaz de abrir mercados y sumarse a las cadenas globales de suministro. El apoyo del Estado es importante para ella; pero, si no lo consigue, no se queda en ese plano sino que se concentra en lograr el apoyo de actores sociales privados, como financistas de capital de riesgo o socios” .

propias, como ahorros personales o familiares, y en menor proporción, de préstamos bancarios, de terceros o de inversionistas, lo que supone en algunos casos riesgos para el sostenimiento de la actividad²¹⁸.

c. Las medianas empresas

Estas empresas al igual que las pequeñas pueden estar dedicadas y desarrollar su actividad en diversos sectores, bien sea dentro de los sectores comercial, industrial, financiero o, en fin, relacionado con la prestación de servicios. Sin embargo, para que esta entidad de reducida dimensión dedicada a una actividad económica sea considerada como una mediana empresa es importante tomar en consideración los criterios establecidos por la recomendación 2003/361/CE, en la cual la mediana empresa ocupa de entre 50 hasta 250 trabajadores, su volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o su balance general anual no excede de 43 millones de euros.

La generalidad de estas empresas, se basa mayormente en el desempeño de actividades de tipo comercial, toda vez, que así como las microempresas y las pequeñas empresas, éstas también atraviesan por ciertas dificultades al momento de incursionar en otros sectores para lograr expandirse. De acuerdo a la capacidad que representan pueden a su vez ser consideradas como pilares que sirven de soporte a las grandes empresas existentes, en virtud, de que las grandes empresas buscan en ellas cubrir alguna necesidad puntual para abordar proyectos que por sí sola no pueden efectuar, no por su capacidad de producción, sino por la calificación técnica en diferentes ámbitos y por los recursos financieros que resultarían más elevados al momento de invertirlos para su ejecución, por lo que hacen uso de medianas empresas para lograr los referidos proyectos y cumplir con sus clientes.

Podemos observar entonces, que existen entre las categorías de empresas denominadas pymes, diferencias que, en primer lugar, vienen dadas por el número de personas trabajadoras con el que cuenta para su desarrollo, así como por el volumen de las actividades desarrolladas, es decir, que los criterios empleados para la clasificación

(CULSHAW, F. (2012) Pymes venezolanas con potencial de «punta de lanza». DEBATES IESA • Volumen XVII • Número 4 • octubre-diciembre 2012. p.36. Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/04-12culshaw.pdf> (página consulta el 12 de enero de 2018).

²¹⁸ Sobre este punto se recomienda consultar: FLEITMAN, J. (2000), *Negocios Exitosos: cómo empezar, administrar y operar eficientemente un negocio*, Mc Graw Hill Interamericana Editores, México, p. 22

de cada una de estas entidades económicas, no son del todo puntuales, por eso se ha creado una conceptualización de las mismas en función de cuantificaciones anuales de referencia en virtud del volumen del negocio y los empleados.

Por último, resulta conveniente aclarar que las pymes, a diferencia de las grandes empresas, emplean sus esfuerzos y destrezas para satisfacer áreas de interés específicas, su objetivo no es abarcar el dominio de grandes sectores, sino concentrar sus limitados recursos y esfuerzos en mercados definidos y generalmente sectorizados.

4.2. La importancia de las pymes para el desarrollo sostenible del estado a través de las contrataciones públicas

En la actualidad nadie pone en dudas la importancia que poseen las pymes en el desarrollo económico de una nación. Se pudo constatar a través del camino recorrido en los puntos anteriores, cuando se mostró el origen y evolución histórica de las estudiadas figuras empresariales a la par del desarrollo económico de España. Así mismo al verificar la consideración que se le hace a las pymes, tanto en normas comunitarias, como en leyes nacionales. Pero este grupo de empresas no sólo son importantes para España o la UE, sino que a nivel mundial, representan un valor significativo en la economía de diversos países, cumpliendo un papel fundamental e imprescindible en la generación de empleo y en el desarrollo del respectivo país.

Si bien la importancia económica de las pymes es incuestionable, su impronta trasciende al plano social y productivo. Efectivamente, el principal interés mostrado sobre estas empresas de reducida dimensión está fundamentado en cuanto al desarrollo e incremento de la capacidad de producción, enfocada en cubrir las necesidades de las demandas colectivas, como primer plano y, en un segundo lugar, pero no menos importante, en cuanto a su función como fuente productora y creadora de empleos en las diversas áreas que conforman, impulsando y diversificando la economía de un país en diferentes áreas, dentro de las cuales se puede mencionar, el área comercial, de servicios, industrias, entre otras.

En tal sentido, como ya se ha reiterado en este mismo trabajo, las pequeñas y medianas empresas resultan vitales para el tejido productivo de la economía española,

ya que está compuesto en su mayoría por pymes; lo que supone que ellas concentran una gran cantidad de masa laboral, estable y productiva, necesaria para el desarrollo sostenible de la nación. La descrita realidad no es nueva, ha estado allí presente durante mucho tiempo y por lo tanto requiere atención y cuidado. Y es de allí que surge la brillante idea de integrar dos sectores altamente productivos, por un parte, las pymes que mantienen activa a la economía y concentran la mayoría de la clase trabajadora y, por la otra, el sector de las compras públicas, que mueve una cifra aproximada al 20% del producto interno bruto de la UE.

Surge pues, distintas iniciativas, siendo una de las más importantes, y que tiene plena vigencia, la Comunicación de la Comisión Europea, denominada: “Estrategia Europa 2020”, que propone un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, para lograr una economía con alto nivel de empleo, productividad y de cohesión social, donde se definen una serie de objetivos, que se deberán lograr a través de unas acciones concretas. Constituyen la contratación pública, ahora estratégica, en virtud de su incuestionable capacidad de contribuir a generar bienestar, tomando en cuenta las políticas en materia ambiental, social, ética, de innovación y de promoción de las pymes, sin olvidar los principios fundamentales de las contrataciones públicas.

Es lo que el nuevo paquete de Directivas europeas sobre contratación pública (2014/24/UE, 2014/25/UE y 2014/23/UE) denomina “contratación estratégica”. Es por ello que una mayor participación de las pymes en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de los contratos públicos, lo que generará a los órganos de contratación una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones, que es una de las premisas fundamentales de las nuevas normas europeas para superar el dogma del precio menor. Así mismo, como lo señala GIMENO FELIU: “...*la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMES desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía*”²¹⁹.

Lo expresado antes nos lleva inmediatamente a la conclusión de que debe existir una relación simbiótica entre pymes y contratación pública, ya que, como se dejó sentado, la primera representa más del noventa por cien (90%) del sector productivo del país, y la

²¹⁹ GIMENO FELIÚ, J.M., (2014) *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2014, p. 53.

segunda moviliza más del veinte por cien (20%) del producto interior bruto de la UE. Si se logran armonizar coherente y estratégicamente estos sectores productivos, económicos y sociales, se garantiza el desarrollo sostenible de los estados, al diversificar la economía y garantizar la generación de empleos, al mismo tiempo que se ejecuta una obra pública, se garantiza la adquisición de bienes y servicios.

Si revisamos los considerandos 78, 79, 123 y 124 de la Directiva 2014/24 UE, se observa que contiene un mandato dirigido a los estados miembros para adaptar los procedimientos de contratación pública a las necesidades y capacidades de las pymes, aplicando principalmente el Código europea de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos, elaborado por la Comisión Europea el 25 de junio de 2008, mediante el cual se busca facilitar la participación de las pymes en los señalados procedimientos administrativos; en vista del potencial que poseen las pymes para la generación de empleos, el desarrollo sostenible la innovación. Todo esto partiendo de la firme premisa que –a su vez- la contratación pública posee amplias fortalezas para alcanzar los objetivos establecidos en la Estrategia Europa 2020, a través de una contratación pública inteligente y estratégica.

La importancia de las pymes en la economía mundial también se recoge en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, producida por la Cumbre de Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas celebrada en Nueva York, en septiembre de 2015, cuyo lema fue: “Transformar nuestro mundo”²²⁰. Específicamente en su objeto número 8, referido a la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, y dentro del apartado 8.3., obliga a promover “...*políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo decente, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y alentar la oficialización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, entre otras cosas mediante el acceso a servicios financieros...*”. Así como, obliga a mejorar la producción y el consumo eficiente de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente, para finalmente lograr el empleo pleno productivo y garantizar un trabajo digno, seguro y decente para todos los trabajadores, hombre y mujeres.

²²⁰Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/69/L.85&referer=http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/&Lang=S> consultada el 1 de octubre de 2016.

No queda dudas que las pymes en las compras públicas, insertadas estratégicamente y cumplimiento con los principios generales de la contratación pública, contribuyen a comenzar a consolidar un verdadero desarrollo sostenible, en el cual, las variables, sociales, ambientales, éticas, económicas e innovadores sean ejes determinantes de ese crecimiento integral.

4.3. Visualización de las principales dificultades que afrontan las pymes

Al inicio del presente enfoque, se estableció que las pymes a pesar de ser consideradas dentro del ámbito empresarial, como la mayor fuente generadora de empleo y de potencial desarrollo sostenible económico del país, no es menos cierto que estas empresas de reducida dimensión, en el entorno donde se desarrollan, deben enfrentar una serie de dificultades que obstaculizan su desenvolvimiento y, a veces, su potencial crecimiento; visto de ese modo, se hace necesario visualizar el escenario donde las mismas se desarrollan a los fines de determinar cuáles son los principales problemas que estas empresas deben afrontar, para tratar de efectuar una generación de posibles ideas para mejorar su inserción.

Los principales problemas que se le presentan a estas entidades económicas obedecen precisamente al factor tamaño, ya que su pequeña dimensión les impide contar con suficientes recursos materiales y humanos para diversificar el trabajo, planificar y organizarse a los fines de afrontar los actuales retos económicos; además se le dificulta cumplir con los trámites burocráticos referidos a la obtención de créditos y/o financiación, aunado a la visita de la autoridades fiscalizadoras y el cobro de altos impuestos; falta de desarrollo, el cual puede ser desglosado de la siguiente manera: formación, información, asesoramiento, invención tecnológica, procesos de exportación y relaciones laborales; lo que además provoca su exclusión en los procedimientos de contratación pública.

De igual manera se puede observar que la falta de objetividad y planificación en cuanto a los procesos de producción a largo plazo que presentan estas pequeñas y medianas empresas también se encuentra dentro del catálogo de factores negativos sobre los problemas que las mismas presentan. Aunado a lo anterior, y en función de

ampliar lo mencionado anteriormente, se efectúa una relación detallada de los aspectos que han sido catalogados como los principales problemas generales que atraviesan las pymes en España, y que no se diferencia en demasía del contexto general, a saber:

a. El complejo escenario institucional y normativo en el que se desenvuelven las relaciones económicas²²¹, cuando se habla de actividades empresariales se engloba en ellas a los mercados como instituciones formales de gran importancia para la economía del país. Sin embargo, la forma como los mismos se encuentran regulados condicionan los incentivos que reciben los nuevos dependientes de esa economía, lo que impide el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. Resulta realmente complejo cumplir con las obligaciones normativas que se le imponen al empresario, la cantidad de regulaciones derivadas de las diferentes instituciones estatales dificultan su observancia, sobre todo, para pequeñas y medianas empresas, que deben destinar un personal dedicado a tales fines. Adicionalmente, las cargas laborales que no permiten un desarrollo progresivo de la generación de empleos, especialmente sobre las nuevas empresas y a las consideradas dentro de la categoría de pymes.

b. “Dificultades para el acceso a la financiación y la dependencia al crédito bancario”²²²: al hablar de financiamiento nos referimos al crédito otorgado a una empresa para que la misma pueda alcanzar sus objetivos, en el sentido que pueda llegar a ser una empresa con altos niveles de competitividad, y logre evolucionar en su desarrollo, por lo que la dificultad que tienen para el acceso del crédito, trae como consecuencia que se priven de su progresivo y complejo desarrollo o crecimiento.

En cuanto a este aspecto, relativo al financiamiento, se debe tener presente los dos puntos de vistas como él mismo puede ser definido, observándose el primero desde el financiamiento interno y el segundo como un financiamiento externo, categoría esta que es adoptada de acuerdo a la fuente de donde precisamente provienen los recursos, la primera de ellas está referida a los enriquecimiento que conforman las pequeñas y medianas empresas, las cuales son generadas por ellas mismas, conformada por su patrimonio y ganancias; por otra parte en cuanto a la financiación externa, la misma está compuesta por préstamos obtenidos a través de fuentes distintas a su capital, entendiéndose que esta fuente de financiación puede reflejarse a través de la emisión de

²²¹ RODRIGUEZ ARANA, M.A., (2013) *Generalidades en Ley de Emprendedores. Aspectos Fiscales, Laborales, Mercantiles y Administrativos*, Editorial Aranzadi, Valladolid, p.32.

²²² RODRIGUEZ ARANA, M.A., (2013) “Generalidades” en *Ley de Emprendedores...op. cit.*, p.33.

acciones, o a través de créditos formales o informales, incluidos los créditos o financiación bancaria.

Como factor determinante en cuanto a financiamiento de las pequeñas y medianas empresas, se puede establecer que una de las razones y quizás hasta la más relevante del por qué el acceso al financiamiento de estas empresas es tan engorroso, es precisamente que para el sector bancario este tipo de empresas, son consideradas como entidades de alto riesgo, toda vez, que por su dimensión y por ende capacidades no ofrecen garantías suficientes, para las entidades financieras, a la hora del cumplimiento de las obligaciones crediticias que les impongan, las cuales se traducen en el cumplimiento del pago de tasas de interés altamente elevadas, cortos plazos para cumplir con la deuda adquirida a través del crédito o préstamo, excesivas garantías que no pueden ser cumplidas fácilmente por las pymes, asociado además a una serie de trámites administrativos que en su mayoría no son de fácil cumplimiento para estas empresas.

c. Por otra parte en España uno de los problemas que más preocupan y aquejan a la pequeña y mediana empresa es precisamente el cobro de impuestos y otras contribuciones fiscales, destacándose entre ellos el impuesto de sociedades, las cotizaciones referentes a la seguridad social y todos aquellos impuestos que se establecen de acuerdo al ámbito geográfico donde se desarrolla la empresa, lo que se denomina como impuesto regional o local.

d. Otro de los aspectos que impiden y obstaculizan el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas radica en los escasos recursos materiales y humanos que las mismas poseen, lo que limita su acceso a la información tecnológica o a la implementación de nuevas tecnologías para el desarrollo de su actividad empresarial y/o comercial.

Ahora bien, aunado a las deficiencias o problemas que se le presentan a las pymes a nivel general en el plano económico y de desarrollo, observados antes, en lo que respecta a su participación en el mercado de la contratación pública, también afrontan problemas particulares, mucho de ellos derivados de las mismas dificultades ya analizadas, y otros de forma autónoma, en función de la realidad de las tramitaciones administrativas que allí se desarrollan, como veremos a continuación. Estos problemas o limitaciones fueron detectados por las autoridades públicas, por los organismos

Europeos y por los expertos en contratación pública y fue lo que produjo la incorporación de ideas para mejorar alguno de esos aspectos en las compras públicas. A continuación detallaremos aquellos principales problemas que enfrentan las pymes a la hora de acceder a los contratos públicos, y que aun representan un reto para los poderes adjudicadores en cuanto a su disminución²²³.

- a. El problema de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones.

En este estratégico sector, muchas veces las pymes han visto coartada su participación, debido a que por su tamaño y por el capital con el que cuentan, no poseen la capacidad individual para asumir las obligaciones derivadas de los contratos públicos, con respecto a las exigencias de solvencia fijadas en los pliego de cláusulas administrativas particulares o documentos de condiciones de las respectivas contrataciones. Como bien lo destaca el considerando 83 de la Directiva 24/2014/UE²²⁴, *“La imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYMES en la contratación pública.”*

Las normas europeas obligan a los poderes adjudicadores a diseñar unos requisitos o parámetros de capacidad económica y financiera vinculados y proporcionales al objeto específico del contrato, no pudiendo exigir un volumen de negocios mayor del doble del

²²³ Los principales inconvenientes que presentan las pymes en su acceso a las contrataciones públicas fueron advertidos por la Comisión Europea al dictar el “Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos”, de 25 de junio de 2008, SEC(2008)2193; en ese instrumento fundamental basaremos nuestro análisis, y se puede consultar en el siguiente enlace:

http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/regulacio_juridica/codigo-buenas-practicas.pdf (consultada el 19 de enero de 2016). El citado instrumento tuvo como antecedentes los siguientes trabajos: La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM(2008) 394 final, 25.6.2008, denominado «Pensar primero a pequeña escala» «*Small Business Act*» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52008DC0394> consultada el 19 de enero de 2016;

Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets in the EU [Informe sobre la Evaluación del acceso por las PYMES a los mercados de contratación pública de la UE], Informe final de GHK y Technopolis, que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm; el informe de síntesis de la consulta pública sobre la «Ley de la pequeña empresa» (*Small Business Act - SBA*) cerrada el 30 de marzo de 2008, al que puede accederse en http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/docs/sba_consultation_report_final.pdf; y el estudio de 1999 de la Red europea de investigación sobre las pymes (ENSR) el que se puede consultar en http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/ensr_6th_report_en.pdf; Por último, las contribuciones específicas de organizaciones empresariales europeas tales como UEAPME Asociación de artesanos y pymes en Europa; <https://smeunited.eu/en>) y *BusinessEurope* (<https://www.businesseurope.eu/>)

²²⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-80598>

valor estimado del contrato. Salvo que, por tratarse de casos excepcionales debidamente justificados, en los que el riesgo en la ejecución del contrato lo amerite, se exija requisitos de solvencia más estrictos, pero ello debe quedar expresamente documentado y justificado en el expediente de contratación. Y adicionalmente, se le deja la potestad al órgano de contratación solicitar información sobre los balances de los operadores económicos para verificar el equilibrio entre sus activos y pasivos, con la intención de evaluar su solvencia económica, y determinar la suficiencia de la misma para la participación en el procedimiento de contratación respectivo.

Lo anterior se suma muchas veces a la exigencia de garantías elevadas para la participación de las empresas en los procedimientos de compras públicas, sufriendo particularmente las pymes en este sentido, por su limitada capacidad económica, que le imposibilita individualmente a cumplir dichas exigencias, con respecto a empresa de mayor dimensión, limitando por lo tanto la competencia y dificultando el acceso de las pequeña y medianas empresas. Aunado a lo anterior, la falta de una estructura desarrollada o de personal que permita proyectar a las pymes, trae como consecuencia que exista incapacidad y desconocimiento de los procedimientos, acarreado incumplimiento de los requisitos y los lapsos legalmente establecidos para la presentación de las ofertas.

b. La limitación de acceso al financiamiento.

En sintonía con la anterior limitación de la falta de capacidad económica, se agrega la dificultad financiera de las pequeñas y medianas empresas, que ya se desarrollara en los puntos anteriores, como uno de los aspectos generales negativos de estas entidades de reducida dimensión. Efectivamente, en el ámbito económico de las contrataciones públicas, también se verifica la necesidad de contar con financiamiento interno o externo en determinadas circunstancias, y en múltiples casos también este aspecto juega en contra del acceso a las pymes a las contrataciones públicas, debido a su dificultad logística por lo reducido de su tamaño, para acceder a esos financiamientos y en otros caso, debido a que los requisitos de acceso al financiamiento son tan exigentes que no pueden ser cubiertos de forma individual por una pyme. Por ejemplo, cuando el órgano contratante solicita una fianza de sostenimiento de la oferta o para garantizar el fiel cumplimiento del objeto del contrato, a los fines de asegurar la ejecución del mismo, lo elevado del costo de ese trámite inhibe a la pymes a participar, por no poder cubrirlo.

Lo mencionado anteriormente, denota que la fuente de financiamiento de estas pequeñas y medianas empresas, es reducida, ya que no se consideran las empresas mejor calificadas para optar a avales o créditos bancarios, toda vez, que no existen, por parte de las instituciones bancarias, condiciones ajustadas a la realidad económica de este tipo de empresas para cumplir con las exigencias de los financiamientos bancarios²²⁵.

- c. Las cargas administrativas y burocráticas que deben superar en la tramitación de los expedientes de contratación.

Por su tamaño, las pymes en este tipo de procedimientos siempre se han visto en condición de desventaja ante el conglomerado empresarial no catalogado como ERD, toda vez que en líneas generales no cuentan con una gran organización, donde se vea distribuido el trabajo por unidades o departamentos, y donde cada uno se ocupe de un área específica, como sería: el área administrativa, de producción, de distribución, comercialización, entre otros; adicionalmente cuentan con una nómina de personal limitada, traduciéndose en poca capacidad productiva y de planificación, todo esto les genera dificultad en el cumplimiento de los requisitos que se le imponen en los procedimientos licitatorios para acceder a participar en los contratos públicos.

Tal situación, se ve agravada cuando se observa que se diseñan procedimientos de contratación pública llenos de requisitos y cargas burocráticas que los operadores económicos deben cumplir, como sería la exigencia excesiva de requisitos para la inscripción en los registros de contratistas, la exigencia de certificados, solvencias, habilitaciones, costes en la preparación de las ofertas, entre otros, el pago de tasas u otros tributos, con el adicional del cumplimiento de inalcanzables garantías. Alejando a las PYMES del área competitiva de las compras públicas y por lo tanto, inhibiéndolas en su participación voluntaria y estratégica.

Estas prácticas deben de cambiar, con la necesaria reforma legislativa, ya experimentada, pero mucho más con el cambio de mentalidad de los funcionarios de los

²²⁵ Vid. Reglamento de la Comisión Europea No 651/2014, de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (Art. 1.B, Ayudas a las PYMES en forma de ayudas a la inversión, ayudas de funcionamiento y ayudas para el acceso de las PYMES a la financiación) <https://www.boe.es/doue/2014/187/L00001-00078.pdf>

poderes adjudicadores encargados de aplicar las normas y de ejecutar los procedimientos competitivos.

- d. La dificultad en el acceso a la información sobre los contratos y su limitación de acceso a la tecnología.

Por otra parte, resulta un punto obstaculizador para las pymes el acceso a la información vinculada a los referidos procedimientos, la cual no resulta del todo suficiente y explícita, trayendo como consecuencia que se considere un factor que limita su participación, en virtud de que no se conoce a ciencia cierta por parte de estas empresas, cuales son las necesidades y/o requerimiento del poder adjudicador en el caso concreto, cómo es el trámite de los procedimientos competitivos, cuáles son las normas aplicables a los mismos.

Así mismo, su reducida dimensión no les permite contar con una plataforma tecnológica adecuada que sustente el escenario empresarial de la pymes, y que por lo tanto le facilite la interacción, no sólo con los poderes adjudicadores en el momento de participar en un procedimiento de compra pública, sino también con el resto de los operadores económicos del sector y con sus clientes, en sus relaciones comerciales. A la par de la falta de actualización tecnológica de la propia administración y su tímido avance en materia de compras electrónicas. Este aspecto, sin duda ayudaría a mejorar el acceso a la información sobre los contratos y a simplificar los mecanismos de participación en los mismos, lo que redundaría en mayor competitividad y acercaría a niveles aceptables a los distintos actores de la economía, aunque posean capacidades distintas.

Todas las anteriores limitaciones derivan del tamaño de las empresas, desde el punto de vistas físico y estructural, como desde el punto de vista económico y financiero. Pero esos problemas son fáciles y perfectamente subsanables, si se logra el cambio de conciencia y mentalidad a la hora de aplicar las normas europeas y, ahora, en la aplicación de la nueva ley de contratos del sector público, de forma racional y pensando en el carácter estratégico que tienen las contrataciones públicas para el desarrollo del continente.

- e. El retraso en el cumplimiento de los pagos por parte de los poderes adjudicadores.

En lo que respecta a las obligaciones de pago que mantiene los poderes adjudicadores con respecto a los operadores económico o contratistas, se observan que se presentan fundamentalmente dos inconvenientes, por una parte la alta y recurrente morosidad en el pago por parte de los poderes adjudicadores, y por la otra, el caso de las subcontrataciones, que hace que los pagos se dilaten aún más, que genere discusión entre el subcontratante y el subcontratista, donde está involucrado a su vez el poder adjudicador.

Los poderes adjudicadores deben regularizar los pagos de las obras, los servicios y los suministros de bienes que han recibido, de forma responsable, eficiente y en acatamiento de los plazos legales, a los fines de cumplir con los principios fundamentales de las compras públicas y con las condiciones establecidas en los propios contratos, a los fines de que los operadores económicos no se vean perjudicados por tal demora en el cumplimiento de las referidas obligaciones pecuniarias. Mucho más cuando estamos en presencia de una pyme, ya que su capacidad económica no le permite esperar indefinidamente un pago, sin perturbar de forma importante la economía interna de la entidad, con el riesgo que el perjuicio pueda convertirse en irreversible²²⁶.

En lo que respecta a la subcontratación, resulta importante destacar que se trata de una de las figuras donde participan comúnmente las pymes, al ser contratadas en segundo grado por parte de los grandes operadores económicos para ejecutar una parte especializada del contrato o para delegarle alguna prestación que aquella no puede cumplir. El problema se presenta precisamente a la hora del pago, aquel que debe recibir el contratista de manos del poder adjudicador por la ejecución total o parcial del contrato, y luego el pago que debe realizar el contratista a su subcontratado, por la prestación que éste se obligó a cumplir e nombre de aquel.

²²⁶ El tema de la morosidad en el pago resultó de gran importancia, al punto que generó un gran litigiosidad en el contencioso administrativo. Ver Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 691/2013, de 25 octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.a.; en la que se refirió a la norma que estableció el procedimiento para hacer efectiva las deudas de las Administraciones Públicas, el cómputo del plazo de pago y los contratos a los que le era aplicable.

La dificultad de la pyme es lograr hacer efectivo el compromiso asumido por el contratista original del contrato, que muchas veces no recibe el pago de forma oportuna o que en otras circunstancias es quien incumple con el pago del subcontratista. Es por ello que para garantizar el cumplimiento de ese pago, y en definitiva la seguridad patrimonial de la pyme, se ha propuesto en las normas europeas y en la legislación de contratos que se prevea el pago directo a los subcontratistas de los suministros, las obras y los servicios proporcionados, por parte del poder adjudicador, sin pasar por el intermediario, que en este caso sería el contratista principal, a solicitud del subcontratista.

f. La inseguridad jurídica en el sector.

Otros de los aspectos que tradicionalmente afecta la participación de las pymes en las contrataciones públicas es precisamente la falta de seguridad jurídica por la dispersión normativa dentro de España y fuera de ella y por la cantidad de instituciones y organismos que producen normas, reglas y establecen requisitos constantemente. Deben existir unas normas claras, con unas instituciones estables que interpreten pacífica y coherentemente la normativa europea y nacional para brindar la seguridad jurídica deseada, con el objeto de garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales de la contratación pública, entre los que destaca, la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia; para así facilitar el acceso de las pymes en esos procedimientos.

Los considerandos 1 y 4 de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de los contratos de concesiones, reconocía la falta de seguridad jurídica en el sector, de la siguiente forma:

“La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior. Como resultado de ello, los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYMES), se ven privados de los derechos que les confiere el mercado interior y pierden grandes oportunidades comerciales; ...”

(...)”Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión. Es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior. De este modo aumentaría también la eficiencia del gasto público, se facilitaría la igualdad de acceso y la participación equitativa de las PYMES en la adjudicación de los contratos de concesión, tanto a escala local como de la Unión, y se apoyaría la realización de objetivos sostenibles de interés público.”

g. Los aspectos éticos como garantía de participación de las pymes.

Por último, se considera que otro de los escollos relevantes que deben sortear las empresas de reducida dimensión, son los comportamientos no éticos adoptados por el resto de los operadores económicos cuando desarrollan conductas alejadas de los principios de integridad y honestidad a la hora de participar en un procedimiento de contratación pública.

La conducta de los operadores económicos, sobre todo, de aquellos que poseen mayor capacidad económica debe ser absolutamente ética y adecuada, garantizando una competencia leal y proba de los participantes. No se pueden adoptar conductas basadas en su poderío económico para avasallar a las pequeñas y medianas empresas en estos escenarios donde se decide la conveniencia de una forma de prestación vinculada a un bien de interés general. Por ejemplo, no es posible desde el punto de vista ético, que grandes empresas constituyan pequeñas o medianas empresas para aprovecharse de las ventajas de las pymes en un procedimiento de compras públicas, y así falsear a competencia.

4.4. Planes y programas generales implementados como medidas de fomento y apoyo a las pymes.

Como lo analizáramos en el punto anterior, estas empresas catalogadas como pymes en el ámbito industrial y/o comercial, independientemente de la categoría en la cual se agrupen, -sea pequeña, mediana o micro empresa-, se encuentran afectadas por diversos factores que las colocan en situación de desventaja en comparación con el potencial que ostentan otras empresas no incluidas dentro de esta categoría.

En función de ello, el estado ha asumido la responsabilidad de brindar y fomentar el apoyo a estas empresas, dado su carácter estratégico, a los fines de contribuir con su desarrollo y con el desarrollo sostenible del propio estado, y de esa manera ofrecerles protección y asistencia oficial, de conformidad con diversos estudios efectuados acordes con la actualidad empresarial del país, que permitan establecer medidas alicientes para las pymes, en el ámbito productivo, comercial, evolutivo, administrativo y financiero.

Observamos pues, que el apoyo que se ha venido prestando a esta categoría empresarial, ha sido de vieja data, en donde precisamente la UE ha jugado un papel muy importante, en cuanto a las medidas de apoyo y fomento para las pymes. En función de ello, se puede mencionar una relación sucinta de las actuaciones que en pro de estas empresas se han venido efectuando, así nos encontramos que el siguiente recorrido cronológico, a partir del año 1983

“...se celebra el Año Europeo de las Pequeñas y Medianas Empresas, a propuesta del Parlamento Europeo, en la clausura del Año Europeo de las PYMES y el artesanado. En 1987 se lanzó un segundo programa. El tercer Programa plurianual en favor de las PYMES (1997-2000) estaba respaldado por las medidas adoptadas en el contexto del Tratado de Ámsterdam”.

(...) “En 1986, el Programa de Acción para la Pequeña Y Mediana Empresa fue el precedente de los Planes Plurianuales a favor de las PYMES.

En 1993, se publica la Comunicación de la Comisión sobre los problemas financieros de las Pequeñas Y Medianas Empresas (COM (93) 528 final). A

partir de entonces, se suceden y solapan decenas de instrumentos, programas, acciones e iniciativas, [en pro de este sector empresarial].

En 1994 la Comisión empezó a trabajar para lograr los objetivos fijados en el Libro Blanco de 1993, adoptando un Programa integrado en favor de las PYMES y el artesanado. En el Consejo europeo de Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000) se adoptó el programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial para el periodo 2001-2005. Su alcance geográfico y económico es más amplio que en programas anteriores ya que prevé acciones en más de 30 países, incluido el Espacio Económico Europeo y los países candidatos a la adhesión a la UE. En junio del mismo año, el Consejo Europeo de Feira adoptó la Carta europea para las pequeñas empresas. También con el horizonte de 2005, se adoptó, por parte de la Comisión, el Plan de acción para los mercados financieros, que pretende favorecer tanto a las PYMES como a las grandes empresas (Comisión europea, 2001), y que integra, entre otros aspectos, al Plan de acción sobre capital riesgo (PACR) ”²²⁷.

Observamos pues, que desde el seno de la Unión Europea se han instaurado programas y medidas cuyo objeto es favorecer a las pequeñas y medianas empresas, en función de ello en la medida de las posibilidades, los países miembros han ido adoptando aquellas medidas y otras que en función de su propia realidad las consideran viables y efectivas. Específicamente en el caso del ordenamiento jurídico español, nos encontramos que se han implementado medidas en pro de incentivar la creación de las pymes y su fortalecimiento, en el ámbito fiscal y tributario, y en cuanto a las contrataciones públicas, de la siguiente forma.

En el ámbito tributario, el implemento de incentivos o beneficios fiscales, en virtud de que en el ámbito tributario el principal objeto que es perseguido es la disminución de los trámites de tipo burocráticos que deben cumplir estas empresas a la hora de efectuar el pago de impuestos, a los fines además, de evitar por parte de las empresas, la evasión de tipo fiscal, por lo que en este aspecto se ha venido implementando un método simplificado de aplicación exclusiva para la pequeña y

²²⁷ GALINDO LUCAS, A., (2005) *El tamaño empresarial como factor de diversidad.*, publicación electrónica. Disponible en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2005/ag13/1c.htm> página consultada el 8 de febrero de 2018.

mediana empresa, de acuerdo a un sistema de apreciación y/o evaluación equitativa. Adicionalmente se ha creado el Fondo para Inversiones en el Exterior (FIEEX) y el Fondo para Operaciones de Inversión en el exterior de la Pequeña y Mediana Empresa (FONPYMES) creados por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

En el ámbito de la contratación pública, con el objeto de facilitar el acceso de las pymes a estos procedimientos, de manera distributiva e imparcial, se han fijado políticas estratégicas que precisamente permitan flexibilizar los procedimientos de compras públicas, evitando la exigencia de requisitos que resulten desproporcionados para estas empresas en comparación con la capacidad financiera, administrativa, técnica y operacional que poseen otras empresas, y familiarizándolas con las tramitaciones administrativas.

Con el objeto de materializar lo mencionado anteriormente, nos encontramos con la LCSP, esta Ley en cuanto al apoyo emprendido en favor de las pymes ha establecido normas que buscan lo siguiente: a) La simplificación de los procedimientos; b) La división en lotes de los contratos; c) El establecimiento del portal del contratante como plataforma a través de la cual será publicitada toda la información relativa a los procedimientos de contratación instaurados, a los fines de facilitar el acceso de las pymes a la información con solo acceder a un portal web donde se encuentre toda la información necesaria para poder participar; d) La posibilidad de presentarse en los procedimientos bajo la figura de subcontratistas, para así evitar la morosidad en el pago; e) La implementación del Documento Electrónico Único de Contratación (DEUC), el cual ha sido creado con el objeto de que el interesado pueda mediante un formulario normalizado presentar una declaración, sobre aspectos necesarios a los fines de poder participar en el procedimiento de contratación, con el objeto de la simplificación administrativa, entre otros interesantes aspectos, sobre los que regresaremos con detenimiento más adelante.

En fin, lo que se persigue es sincerar los procedimientos, cargarlo con contenidos de integridad y honestidad, contribuir con la concurrencia y facilitar el acceso a las pequeñas y medianas empresas, evitando las estratagemas de la contratación pública, como prácticas que deben ser proscritas, eliminadas, corregidas, denunciadas, reprochadas y combatidas.

4.5. Las garantías para el acceso de las pymes a la contratación pública como política estratégica del Estado.

Dentro de la visión estratégica de las compras públicas uno de los objetivos fundamentales es la promoción de las pymes en ese mercado, y ello se logra generando espacios que faciliten la participación de las pymes en los procedimientos de contratación pública. Lo anterior ha quedado muy claro desde los instrumentos producidos por la Comisión Europea, y que ya hemos tenido oportunidad de revisar antes, pero más contundente aún fueron los postulados irradiados de las Directivas de 2014, que sin dudas empuja por el establecimiento de un modelo normativo particular basado en la sostenibilidad y la estrategia²²⁸.

El considerando 124 de la Directiva 24/2014/UE es muy gráfico en ese sentido, al determinar que en virtud del potencial de las pymes para crear empleos, impulsar el crecimiento y producir innovación, resulta vital fomentar su participación en la contratación pública, tomando como base las nociones contenidas en la propia directiva y en las estrategias que defina cada Estado. Es por ello que, en lo sucesivo, se debe reflejar un incremento importante en el volumen de contratos que reciban o donde participen las pymes, y todo esto debe ser informado y supervisado²²⁹.

En correspondencia con lo anterior se establece el considerando 78 de la misma Directiva 24/2014/UE, donde de forma exponencial el legislador europeo afirma con firmeza que debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes, para brindarle mayores oportunidades de acceso al mercado de las compras públicas. Seguidamente hace referencia del Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos», emanado de la Comisión, de 25 de junio de 2008, antes citado, como guía de referencia para implementar medidas que le permita

²²⁸ Véase el considerando 2 de la Directiva 24/2014/UE donde se hace referencia al nuevo modelo de compras públicas basado en la estratégica, esto es, en un crecimiento sostenible, inteligente e innovador

²²⁹ En el considerando 134 de la Directiva 24/2014/UE, señala: “La Comisión debe analizar los efectos en el mercado interior resultantes de la aplicación de los umbrales e informar al Parlamento Europeo y al Consejo. Al hacerlo, debe tener en cuenta factores tales como el nivel de contratación transfronteriza, la participación de las PYME, los costes de transacción y la correlación entre los costes y los beneficios”.

al señalado grupo de empresas la participación en el sector con garantías, dentro del contexto estratégico que se ha trazado Europa.

En ese mismo sentido la Directiva 242014/UE se encuentra plagada de disposiciones que invitan a las compras públicas estratégicas, basada en la garantía de participación de las pymes, a través de mecanismos que le faciliten su acceso. En el considerando 59, se advierte el peligro de avanzar en la tenencia a la agregación de la demanda por los compradores público, concentrando las compras, la cual pudiera exhibir menores precios y reducción de costes de transacción, pero al mismo tiempo pudiera desestimular la transparencia, la concurrencia, y especialmente de las pymes. En el considerando 66, se establece la fórmula de los sistemas dinámicos de adquisición a gran escala soportado en un sistema gestionado por una central de compras, para aumentar las posibilidades de participación de las pymes. En los considerandos 78 y 79, se prevé la obligatoriedad de la división en lotes de los grandes contratos a los fines de su adjudicación simultánea en lotes, evitando el fraccionamiento fraudulento.

Mientras que en el considerando 80, se conmina a los poderes adjudicadores para que reduzcan los plazos para la participación en procedimientos de contratación o los mantengan lo más breve como sea posible, a los fines de hacerlos más rápidos y eficientes, para eliminar obstáculos indebidos en el acceso de los operadores económicos de todo el mercado interior, y en particular de las pymes. En los considerandos 83 y 84, se invita a sincerar los requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes y vincularlos estricta y proporcionalmente al objeto del contrato, por cuanto constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las pymes en la contratación pública; así mismo, se ordena el alivio de las cargas administrativas excesivas que deben cumplir los operadores económicos a la hora de acceder al sistema de compras públicas, y de lo que no escapan las pymes. Y el considerando 87, se pronuncia sobre el sistema administrativo electrónico de intercambio de certificados y demás pruebas *e-Certis*, como un elemento potencial para la simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio de las pymes en particular, determinando la necesidad de convertirlo en el futuro de uso obligatorio, para que despliegue toda su funcionalidad; este sistema se pretende revisar dentro del mandato general de reforzar la contratación pública electrónica (*e-procurement*), para facilitar las comunicaciones rápidas y baratas, así como para garantizar la transparencia y la concurrencia..

Con el referido resumen observamos la trascendental importancia que le otorga la Directiva europea 24/2014/UE a la participación de las pymes en los procedimientos de contratación pública, dentro del comentado contexto del crecimiento sostenible, inteligente e integrador, con la garantía del uso eficiente de los recursos públicos, todo lo cual se ha dado por denominar compras públicas estratégicas.

En los próximos capítulos nos referiremos con detenimiento a algunas de las medidas más importantes que sugirió el legislador europeo, de las que acabamos de identificar en el breve repaso anterior, tomando como referencia la regulación que aporta la nueva LCSP sobre cada uno de los puntos que abordaremos. Organizado en dos grandes bloques: El primero, referido a las medidas que deben implementar los poderes adjudicadores para facilitarle el acceso a la contratación, en función de la dimensión del contrato; y el segundo bloque, tratará sobre el acceso a la información, la manifestación de la técnica de simplificación administrativa dentro del procedimiento de contratación pública y la contratación electrónica.

III. MEDIDAS PARA PROMOVER EL ACCESO DE LAS PYMES A LA CONTRATACION PÚBLICA CON RELACION A LA DIMENSIÓN DEL CONTRATO.

Como se comentara en el capítulo anterior se estudiarán las medidas que deben implementar los poderes adjudicadores para facilitar el acceso de las pymes en las compras públicas, con el fin de que se amplíe la concurrencia de las entidades que componen este importante sector de la económica, para que desarrollen todo su potencial en la generación de empleos y con el dinamismo comercial, industrial y de servicios que ellas suponen. En esta oportunidad el análisis se centrará en analizar los mecanismos legales que deben implementar los poderes adjudicadores para facilitarle el acceso a la contratación, en función de la dimensión del contrato, dentro del diseño y materialización del procedimiento de contratación pública.

Comenzaremos con el tratamiento de la regla general de la división en lotes de los grandes contratos para su adjudicación simultánea, como una de las principales formas que el legislador nacional determina, por instrucciones de la Directiva Europea, para ampliar las oportunidades de participación de las pymes en las compras públicas, y todas las aristas que se desprenden de ese particular y estratégico diseño procedimental. Seguidamente se estudiará la participación en el procedimiento de contratación a través de uniones temporales de empresas, así como el recurso de contar con capacidades externas para cumplir con las solvencias requeridas. Y por último, se efectuará una reflexión sobre la fórmula de la subcontratación y la exigencia de los pagos a los subcontratistas para brindar confianza a las empresas que participen de esa forma.

1. La división de los grandes contratos en lotes

El 28 de marzo de 2014 fueron publicadas en el DOUE las nuevas Directivas dictadas por el Parlamento Europeo sobre contratación pública (2014/23/UE, sectores

especiales, 2014/24/UE, clásica, y 2014/25/UE, concesiones)²³⁰, que representan la cuarta generación de Directivas Europeas en los temas de compras públicas, donde se plantean una serie de aspectos novedosos encaminados a influir en las regulaciones internas de los Estados miembros, inspirados muchos en la doctrina jurisprudencial aportada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los últimos años, y donde destaca como apuesta principal la visión estratégica de las compras públicas, dejando atrás la contratación pública burocrática, entendiendo por ella los procesos de compras públicas donde se deben implementar las políticas públicas que se consideren esenciales para el progreso de los Estados que integran la UE, en la cual se incorporen criterios de sostenibilidad: ambientales, sociales, económicos e innovadores. Estas premisas encuentran su inspiración y soporte, como se mencionara antes, en la comunicación de la Comisión europea denominada: Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»).

En ese sentido, los referidos instrumentos normativos europeos, fijan como una de sus principales estrategias para el desarrollo integral de los Estados miembros, incentivar a las pymes a participar en los procedimientos de contratación pública, para ello resulta necesario generar las condiciones adecuadas que faciliten su efectiva incorporación y le brinden espacios que le permitan la competencia. Precisamente una de las formas de ampliar las oportunidades de participación de estos actores de la economía en las compras públicas, es a través de la división de los grandes contratos en lotes estableciendo las pautas generales para lograr el referido propósito, pautas que deberán ser desarrolladas por los distintos ordenamientos jurídicos internos. Constituyéndose la división en lotes en la regla general a seguir por el poder adjudicador, ya que de lo contrario deberá expresar los motivos por los cuales decidió no dividir en lotes el contrato, como veremos en el desarrollo de este capítulo.

El fundamento normativo europeo lo encontramos de forma clara y específica, desde los considerandos 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE²³¹, en donde se determina de

²³⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0024+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES#BKMD-8> (consultada el 10/02/2016).

²³¹ Ver considerandos 78 y 79 y el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 65 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo. La posibilidad de dividir los contratos en lotes ya se encontraba prevista en el artículo 9, apartado 5, de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 17, apartado 6, letra a), de la Directiva 2004/17/CE (derogadas), la diferencia radica en que en la actualidad la regla será la división en lotes, ya que el poder adjudicador que no lo haga estará en la obligación de justificarla de forma expresa y motivada, en virtud de ello se ha concluido que la nueva norma apuesta de manera decisiva a la referida figura contractual.

manera expresa, como premisa fundamental, que las contrataciones públicas deben adaptarse a las necesidades de las pymes, y no al contrario²³², lo que supone un esfuerzo de los poderes adjudicadores para asumir ese estado de conciencia de facilitar el acceso a estas pequeñas y medianas empresas como mandato firme irradiado del Derecho europeo, e implementarlo de manera decidida y sin ambigüedades. Tal mandato fue acogido en el proceso de trasposición de aquellas directivas e incorporado en la actualmente vigente LCSP. En fin, en la citada normativa europea se muestran las líneas generales o maestras de la figura de la división en lotes, que en lo sucesivo deberán emplear los poderes adjudicadores y que tomado del citado ordenamiento jurídico comunitario, resumimos a continuación, y que posteriormente será ampliada su explicación:

1. La división de los contratos se podrá realizar de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes.
2. Se podrá dividir de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes.
3. El poder adjudicador tendrá la libertad de determinar la magnitud y el contenido de los lotes.
4. El poder adjudicador debe dividir los contratos en lotes, siempre que su objeto lo permita.
5. El poder adjudicador debe justificar razonadamente cuando decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes.
6. Las razones por las que no se podría dividir, serían: el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes

²³² Las Directivas inducen a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite efectivamente la participación de las pymes.

contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

7. Los poderes adjudicadores estarán autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro.
8. También deben estar autorizados a limitar el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador.
9. Los poderes adjudicadores podrán llevar a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos con respecto a dichos lotes.
10. En los contratos adjudicados por lotes, cada lote constituirá un contrato, salvo en el caso de las ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

El contenido de los citados considerandos se conecta con el planteamiento del artículo 46 de la misma Directiva 2014/24/UE; a través de esta norma se presenta la regulación específica y ejecutiva de la división del contrato en lotes desde la perspectiva europea, para que los Estados miembros la desarrollen con base en sus propios criterios e idiosincrasia, con fundamento en los principios generales de la contratación pública. En la mencionada disposición normativa, se reitera la potestad de los órganos de contratación para adjudicar los contratos en forma de lotes separados, pudiendo determinar la dimensión y el objeto de los lotes, definir si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes, así como el número de lotes que se le podrá adjudicar a cada licitador, y las reglas o criterios objetivos y no discriminatorios que se emplearán para determinar cuáles lotes serán adjudicados, pudiendo combinar varios lotes; así como la obligación de justificar la razón por la cual decidan no subdividir.

Por otra parte, cabe destacar que en el artículo 86 del derogado TRLCSP, se preveía la posibilidad de división de los contratos por lotes, presentando algunas diferencias con respecto al texto de las disposiciones de la Directiva, antes comentadas, como es lógico, en virtud de que dicho artículo era anterior a las nuevas Directivas. La gran diferencia

radicaba en el cambio de paradigma sobre la división de los contratos como regla general, observando claramente que la comentada disposición normativa derogada partía del supuesto de que la división en lotes era la excepción, al manifestar expresamente que cuando se admitía fraccionamiento se podía proceder por la división en lotes y en ese caso se tenía que justificar en el expediente, tomando en consideración el concepto de *unidad funcional*²³³ (el cual desaparece en la nueva normativa en estos términos). A todo evento, uno de los aspectos importantes que se recogía en la anterior normativa, y que se mantiene en las normas comunitarias, es la prohibición de fraccionamiento fraudulento del contrato con fines de evasión de las normas y los principios generales que corresponden.

En este estado, resulta oportuno aclarar que desde la fecha de entrada en vigor de las nuevas directivas sobre contrataciones públicas (2014), y antes de la materialización del proceso de trasposición con la novísima Ley de Contratos del Sector Público, que nació de ese proceso de formación legislativa; conforme al contenido de los considerandos 78 y 79 y del artículo 46 de la Directiva 2014/24UE, varias administraciones autonómicas comenzaron a aplicar el comentado criterio interpretativo de la división por lotes, como una iniciativa de ajuste inmediato a las reglas comunitarias, con la firme intención de insertarse en la contratación pública estratégica y contribuir sin dilación en el desarrollo colectivo, a través de la facilidad de acceso a las pymes y otras empresas de reducida dimensión²³⁴.

²³³ Vid. artículo 25.2 del TRLCSP y artículo 34 de la LCSP

²³⁴ En este sentido resulta muy interesante referirse a la NOTA INFORMATIVA 2/2014, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Direcció General del Patrimoni de la Generalitat de Catalunya*, del 9 de mayo de 2014. Asunto: Aplicación del artículo 46 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, relativo a la división de contratos en lotes, en virtud de que consideran que ya son operativas en la actualidad, incluso antes de la trasposición, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contrataciones públicas, tanto comunitario como interno, “...*De hecho, hay que entender que las previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones al respecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para "animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes" con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la* *Directiva* *2014/24/CE).*” http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/informes_i_altra_documentacio/NOTA-Informativa-2-2014-cast.pdf (consultada el 23 de febrero de 2015)

Por otra parte, y a partir del mes de septiembre de 2015 el Ayuntamiento de Pamplona ha puesto en funcionamiento el denominado Proyecto TREBATU, una iniciativa con la que pretende fomentar el acceso a la contratación pública a las pequeñas empresas y entidades de economía local, y en ese sentido

Pues bien, como resultado del proceso de elaboración del nuevo texto de Ley de contratos del sector público, para cumplir con la instrucción emanada del Parlamento Europeo, a través de las tantas veces citadas Directivas de contratos, se dictó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en lo sucesivo LCSP), con la que se interpretó el mandato emanado del nuevo paquete de Directivas europeas, y donde se aprovechó para expandir, uniformar y legalizar el derecho de los contratos públicos²³⁵, al tiempo de corregir algunos detalles de la legislación anterior e introducir mejoras sustanciales para contribuir a la eficiencia e integridad del sistema de compras públicas en España.

Específicamente vinculado con el tema que ocupa nuestro análisis en este capítulo, que es la división de los grandes contratos en lotes, encontramos el artículo 99 del LCSP, donde se prevé la modalidad de la división de los contratos por lotes como la regla general en la contratación pública, salvo determinadas excepciones que deberán justificarse y razonarse. En esta disposición se integra en gran medida el contenido de los considerandos 78 y 79 y el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, como uno de los principales mecanismos que diseñó el legislador europeo para garantizar el acceso de las pymes en los procedimientos de compras en el sector público.

En el referido artículo 99 LCSP, se afirma que el objeto del contrato debe ser determinado y que no podrá fraccionarse un contrato con la intención de disminuir el valor del mismo y así eludir los requisitos y principios de la contratación pública. En ese sentido, cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permita, debe dividirse en lotes, en caso contrario el órgano de contratación deberá justificarlo suficientemente en el expediente respectivo, salvo que se trate de contratos de concesión de obras o servicios. En todo caso, de procederse a dividir en lotes, el órgano de contratación puede justificadamente limitar el número de lotes para los que un mismo licitador pueda presentar ofertas y/o determinar el número de lotes a adjudicarse a cada licitador, por lo

ajustar de una vez su gestión a las nuevas directivas y avanzar en la adecuación de la Ley Foral 6/2006, iniciando con la planificación por lotes de los contratos públicos que deban adjudicar en el futuro. <http://pamplonaactual.com/pamplona-licitara-obras-por-lotes-para-facilitar-que-accedan-a-ellas-pymes-y-autonomos/> (consultada el 28 de febrero de 2016)

Extremadura también ha decidido incorporar medidas de contratación pública sostenible para facilitar el acceso de las pymes en la contratación pública <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.953/recategoria.1061/re/menu.2/chk.30313da644ac0260a6b29a4a9b781a3e> (consultada el 08 de marzo de 2016)

²³⁵ DIEZ SASTRE, S., (2018) “Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable, en *La nueva ley de contratos del sector público*, Editorial Iuris Utilitas, A Coruña, p. 19

que se deberán definir los criterios y normas a aplicar para la adjudicación, que deberán ser objetivos, no discriminatorios y estar vinculados con el objeto contractual; y en ese último caso, pudiendo permitirse la presentación de ofertas integradoras²³⁶, considerándose aquellas, las ofertas que presenten una propuesta simultánea a varios o a todos los lotes licitados para que pueda realizarse un análisis comparativo de la adjudicación individual con respecto a una adjudicación que integre varios o todos los lotes, siempre y cuando las bases del procedimiento lo permitan. En este punto, compartimos la preocupación por la efectividad de la medida de la división por lotes para facilitar el acceso a las pymes, cuando la normativa fomenta la agregación de ofertas, al permitirle a un licitador participar en varios lotes, incluso a todos, y hasta adjudicarse varios lotes en un proceso de selección de contratistas²³⁷. No obstante, sobre estos puntos en particular regresaremos más adelante.

En fin, como regla general, cuando se proceda a dividir el contrato en lotes, las normas procedimentales y los aspectos vinculados al principio de publicidad, que deban aplicarse a cada lote o parcela de prestación diferenciada, se determinará con base en el valor acumulado del conjunto de los lotes, calculado según lo establecido en la propia ley. No obstante lo anterior, se entenderá que cada lote constituirá un contrato, salvo en los casos de las ofertas integradoras adjudicadas, en los cuales se suscribirá un contrato por cada oferta integrada.

1.1. La división en lotes de los grandes contratos como una ventaja práctica y competitiva para el acceso de las pymes a la contratación pública

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo, la simbiosis entre pymes y contratación pública es significativa, sobre todo en lo que respecta a los efectos positivos que pueden generar en conjunto para las economías de los estados miembros

²³⁶ El antecedente normativo de las ofertas integradoras se puede ubicar en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, sobre especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación.

²³⁷ LOPEZ ZURITA, L., (2017) “La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública”, en *Documentación Administrativa. Nueva época*, núm. 4, enero-diciembre 2017, INAP, p. 149. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10501&path%5B%5D=11183> consultada el 14 de febrero de 2017.

de la UE y de otras economías nacionales e internacionales, las cifras así lo indican²³⁸. La fórmula de hacer los contratos más pequeños por vía de su fraccionamiento legítimo, sin duda contribuye a incentivar a las pymes a participar en estos procedimientos, sin sentirse intimidadas o retraídas por la magnitud de los contratos y por el poderío que pudieran exhibir el resto de los competidores constituidos por grandes empresas y transnacionales. Precisamente, el asunto referido a la capacidad financiera de los operadores económicos y en especial de las pymes para contratar, es uno de los aspectos que abordan las nuevas Directivas de manera expresa²³⁹, y que pretenden mitigar para abrir las puertas de la contratación pública a este sensible -pero importante- sector de la economía. Reconocen que la imposición de unos requisitos excesivos en cuanto a la acreditación de su capacidad económica y financiera constituyen un obstáculo para la efectiva participación de las pequeñas y medianas empresas en las compras públicas, e invitan a los poderes adjudicadores a fijar -discrecional y racionalmente- los requisitos con respecto al volumen mínimo de negocios del operador económico, siempre y cuando esté relacionado y sea proporcional con el objeto del contrato²⁴⁰.

Lo cierto es que además de constituir una facilidad práctica y tangible para las pymes su inclusión al sistema de las compras públicas, al mismo tiempo se constituye en un beneficio para la estabilidad económica y para optimizar el uso de los fondos públicos, en virtud de que mientras más participantes intervengan, existirán más ofertas que evaluar y por lo tanto un abanico más amplio para seleccionar la oferta que presente una mejor relación calidad-precio²⁴¹. En términos de los principios que informan a la contratación pública se puede afirmar que a mayor concurrencia se amplía la cantidad de mejores ofertas y por ende se cumple con el principio de eficiencia en las compras públicas.

Adicionalmente, y al presentarse mayor competencia -por efecto natural- se elevará la calidad de los bienes, de las obras o de los servicios a prestar por la variedad que ofrezcan los participantes. Así mismo, al permitirse la presentación de ofertas

²³⁸ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos> consultada el 16 de febrero de 2017.

²³⁹ Vid. Considerando 83 de la Directiva 2014/24/UE

²⁴⁰ En el artículo 74.2 de la LCSP se establece que: “*Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.*” En similares términos lo regulaba el artículo 62.2 del TRLCSP. Todo esto en sintonía con el artículo 58 de la Directiva 24/2014 UE.

²⁴¹ Vid. Considerandos 89 y 90 de la Directiva 2014/24/UE

integradoras se ampliará la posibilidad de análisis y evaluación de aquellas con base en criterios y parámetros comparativos tangibles y verificables, aprovechándose de las economías de escala, siempre con sumo cuidado para mantener la transparencia y no desincentivar a las pymes en el acceso a las compras públicas²⁴², que resulta ser el norte de esta política estratégica comunitaria y nacional.

Incluso la división de los grandes contratos en lotes pudiera llegar a representar una economía para el órgano o ente contratante, debido a que reduciría la necesidad de recurrir a la subcontratación de obras, servicios o suministros especializados, sector de la economía que pudiera ser suplido directamente por una pequeña y mediana empresa, sin necesidad de intermediario, y ello traería como consecuencia natural la disminución de costes en las ofertas presentadas, y el establecimiento de una línea directa de responsabilidad, lo cual redundaría en la economía de los contratos, en mayor eficiencia y en un eventual beneficio de ahorro en lo que respecta a los fondos públicos a largo alcance. Al mismo tiempo que la disminución de los contratos como fórmula integradora facilita la coordinación en la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos, contribuye al control directo sobre el cumplimiento o la ejecución del contrato público y favorece la eficacia en los mismos para el logro de sus fines específicos, siempre y cuando se ejecuten de forma responsable.

No obstante lo anterior, y como se ha destacado antes, si bien es cierto que resulta unánime la afirmación de la necesidad de la inclusión sincera de las pymes a las compras públicas, siempre se ha constituido en un obstáculo para las mencionadas entidades en ese sentido, los aspectos vinculados a la capacidad técnica, la solvencia económica y financiera, y la habilitación para ejercer una actividad profesional concreta, como criterios de selección a la hora de participar en un proceso de contratación pública. Sin embargo, el antídoto para ese mal lo aporta, originalmente el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, donde ese desarrolla la forma cómo se deberán

²⁴² Vid. Considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE, expresamente señala: “En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicatarios participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.”

imponer los referidos criterios de selección, lo que resultó refrendado por el artículo 74 de la LCSP²⁴³.

Efectivamente se mantiene la obligación para los operadores económicos de estar en posesión de condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, profesional o técnica, así como la obligación de estar habilitados para el ejercicio de la actividad profesional que corresponda, como requisitos para participar en los procesos de contratación con el sector público; sin embargo, esas exigencias serán las estrictamente adecuadas para garantizar que los candidatos tengan las cualificaciones correspondientes para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar, sin poder exigirse condiciones desproporcionadas, ni desvinculadas con el objeto del contrato.

Los criterios o requisitos específicos deberán ser establecidos por los poderes adjudicadores, que podrán ser expresados en niveles mínimos de capacidad para participar, los mismos deberán ser publicitados en el anuncio de licitación y precisados en el pliego de contrataciones, en donde también se determinará el medio de prueba adecuado para su demostración²⁴⁴. Resulta importante reiterar que aquellos requisitos fijados por los poderes adjudicadores deben siempre estar estrictamente vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo, principalmente en lo que respecta a las condiciones de cumplimiento o ejecución del contrato, con la finalidad de garantizar la transparencia, la publicidad y la concurrencia, al mismo tiempo que se promueve el acceso de las pequeñas y medianas empresas en el sistema de compras públicas. Igualmente la ley permite que los requisitos de solvencia puedan ser sustituidos por el de la clasificación, cuando sea exigible y determinado, conforme a lo establecido en la norma²⁴⁵.

En fin, como lo determinan los considerandos 123 y 124 de la Directiva 2014/24/UE, es necesario aprovechar el potencial que posee la contratación pública para alcanzar los objetivos estratégicos europeos, incorporando criterios medioambientales, sociales e innovadores, todo esto con una conciencia a escala global, pero sin dejar de mirar desde las pequeñas y medianas empresas. Y precisamente dentro de esos objetivos

²⁴³ Antes se trataba del artículo 62 del TRLCSP.

²⁴⁴ Sobre la forma de probar los extremos exigidos para calificar, la Directiva aporta la idea de contar con un documento europeo único de contratación y los *e-certis* (Art. 59 y 60), sobre los que regresaremos más adelante en este trabajo.

²⁴⁵ Vid. Artículo 77 de la LCSP.

estratégicos las pymes juegan un papel de primer orden, de cara a la creación de empleo, el crecimiento, el emprendimiento y la innovación, por ello se debe incentivar y ayudar a su participación en las compras públicas, generando iniciativas nacionales destinadas a reforzar esa inclusión con la supervisión correspondiente, y con la conciencia y racionalidad de los poderes adjudicadores para conciliar los objetivos estratégicos, esto es, facilitar el acceso a las pymes en las compras públicas, por una parte, y por otra parte, integrar consideraciones sociales, ambientales e innovadoras.

1.2. La necesaria determinación del objeto del contrato

Para poder definir si un contrato admite fraccionamiento o no, o si existe una unidad funcional como se mencionara expresamente en las disposiciones del derogado TRLCSP, concepto que permitía identificar los puntos coincidentes de una contratación a la hora de determinar si era factible su fraccionamiento para contratar por lotes, resulta imprescindible tener claridad suficiente sobre la noción del objeto contractual y seguidamente poder determinar las concretas prestaciones contenidas en el contrato, ya que la LCSP de forma categórica exige como condición para dividir en lotes el contrato, que la naturaleza o el objeto lo permita.

Efectivamente, el artículo 99 de la LCSP, precisa que: *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única.”*²⁴⁶(...) Por lo que el objeto del contrato público debe ser cierto, completo y realizable, pero sin necesidad de estar circunscrito a una sola prestación, pudiendo incorporar de forma especial soluciones innovadoras, ambientales y sociales que mejoren la sostenibilidad de los bienes, obras y servicios que se contraten²⁴⁷.

²⁴⁶ Véase el encabezado del artículo 99 de la LCSP.

²⁴⁷ Con relación a la referida precisa contractual, la doctrina ha manifestado: *“Esta nueva posibilidad en la legislación permite ciertas posibilidades a las entidades especializadas en prestaciones sociales,...para que los objetos de ciertos contratos se definan de manera que sea determinante la innovación social”*. SANJURJO GONZALEZ, C. y RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R., (2018) Los aspectos sociales en la contratación pública. Guía práctica para entidades del tercer sector social, Ediciones Cinca, Madrid, p.36.

Si nos remitimos a la teoría clásica del contrato desde la perspectiva del derecho privado, que es de donde emerge la figura jurídica, podemos inmediatamente advertir que el objeto, junto con el consentimiento y la causa, constituyen los elementos esenciales de los contratos²⁴⁸ en términos generales, esto es, el objeto cierto se constituye en un elemento de validez del contrato; y consiste precisamente en la prestación u obligación contenida en ese contrato, que es lo que se comprometen a cumplir los sujetos partes de esa relación bilateral. El objeto debe reunir ciertas condiciones o características para que se entienda válido: debe ser lícito, posible, determinado²⁴⁹ o determinable²⁵⁰. Lo anterior quiere decir que pueden ser objeto de un contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de las personas y los servicios que no sean contrarios a derecho o a las buenas costumbres, allí radica su licitud, así como las cosas futuras también pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario²⁵¹. Igualmente en cuanto al objeto posible, supone que no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios que sean de imposible ejecución o cumplimiento²⁵².

Por último, resultando de máximo interés para la conclusión a la se aspira llegar, el objeto de todo contrato debe ser una cosa o prestación determinada en cuanto a su especie; no obstante la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes²⁵³, con lo cual en el plano civil es posible observar el contrato válido sin un objeto concretamente determinado, pero si debe ser determinable.

En el contrato público, las normas antes comentadas exigen de manera categórica que el objeto del contrato sea determinado, no permitiendo su determinación posterior. Esto quiere decir que la prestación contenida en el contrato debe estar perfectamente definida y delimitada, incluso antes de la suscripción del mismo, desde las actividades previas encaminadas a preparar el procedimiento de selección del contratista, en el pliego de cláusulas administrativas o de especificaciones técnicas, o en las condiciones

²⁴⁸ Véase los artículos 1.261 y 1.278 del Código Civil Español (CCE), y el artículo 1141 del Código Civil venezolano (CCV).

²⁴⁹ Vid. artículo 1.273 del CCE.

²⁵⁰ Vid. artículos 1.155 y 1.156 del CCV

²⁵¹ Vid. artículo 1271 del CCE

²⁵² Vid. artículo 1272 del CCE

²⁵³ Vid. artículo 1273 del CCE

generales de la contratación²⁵⁴, y evidentemente en el texto del propio contrato, que deberá cumplirse tal cual fue pactado. Si fuere necesario adjudicar o ejecutar obras complementarias que no hayan sido previstas en el pliego, en el anuncio, ni en el propio contrato, deberán ser objeto de un nuevo procedimiento de contratación, salvo que las reglas permitan incorporarlas por medio de los modificados contractuales.

La referida determinación del objeto contractual, implica la definición certera de la prestación que se persigue con dicha convención o la cosa objeto del contrato, tanto el objeto principal del mismo como los contenidos accesorios o adicionales que se desprendan de aquel. Esta determinación objetiva del contrato se relaciona con el concepto de “especificaciones técnicas”²⁵⁵, las cuales contribuirán a definir las características de la obra, el suministro o del servicio a prestar; también podrán llegar a referirse al proceso o método específico de producción o prestación de los servicios, los suministros y la ejecución de las obras, con la precisión de la forma o el modo de cumplirla, en lo que respecta a las variables tiempo, lugar, espacio, modo y las cantidades involucradas en la contratación.

Lo anterior nos lleva a la precisión que el objeto del contrato debe ser completo, esto quiere decir que debe abarcar la totalidad de las prestaciones determinadas que se deben ejecutar, con lo cual se satisface a plenitud el fin para el cual se realiza la contratación; pero además, el objeto del contrato debe ser idóneo y necesario en función del interés

²⁵⁴ La jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado al respecto en Sentencia de 22 de abril de 2010, Comisión/España, C-423/07, sobre contrato de concesión de obra pública de construcción de las autopistas a Segovia y Ávila y ampliación de la AP-6

²⁵⁵ Vid. Artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE. Sánchez Morón, M., (2011) “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, En *Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas*, en *El Derecho De Los Contratos Públicos En La Unión Europea Y Sus Estados Miembros*, (Director Sánchez Morón, M.), Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, p. 87 y 88: “...el Tribunal de Justicia ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre otros de los aspectos relativos al objeto del contrato, como son las prescripciones o especificaciones técnicas que deben ser cumplidas por las ofertas. El tribunal ha recordado al efecto que el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera formas de discriminación que conducen de hecho al mismo resultado (Sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3-88, y de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia, citada). En consecuencia, ha declarado contrario al Derecho comunitario que se exigiera por Irlanda la conformidad de ciertos productos objeto de un contrato público de suministros a las normas técnicas nacionales (Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda, C-45/87), que se estableciera en el pliego una especificación técnica por referencia a una marca determinada, sin incluir la mención “o equivalente” (Sentencia de 24 de enero de 1995, Comisión/Holanda, C-359/93), o que se excluyera por hospitales griegos, como práctica administrativa demostrada, la adquisición de determinados productos sanitarios con marchio CE, por supuestos motivos de protección de la salud, fuera del marco del procedimiento de salvaguardia previsto en los artículos 8 y 18 de la Directiva 93/42/CE (Sentencias de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, y 19 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-489/06).”

general²⁵⁶, esto quiere decir que se debe conectar las obligaciones contractuales con la necesidad real y justificada de la contratación, tanto en lo que respecta a la necesidad de realizar la obra, de disfrutar de la prestación del servicio, como de recibir el bien del que se trate, lo que guarda estrecha relación –adicionalmente– con la noción de racionalidad del gasto público, entendido como el uso consciente y eficiente de los recursos públicos, vinculado con las prioridades y necesidades efectivas de los intereses institucionales²⁵⁷. Y nuevamente, se puede concluir que la determinación del objeto contractual, en estos términos, encierra el cumplimiento de los principios de eficiencia, no discriminación y transparencia antes comentados.

Por último, al estar el objeto del contrato conectado con las especificaciones técnicas de la contratación, se convierte en los criterios objetivos que se deben observar en la fase de adjudicación del contrato, para evaluar las ofertas y así, poder proceder objetivamente a la adjudicación del contrato, en cumplimiento con los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato; todo esto conlleva a la garantía de que en ese procedimiento se realizará una comparación objetiva de las ofertas para determinar en cuál de ellas se presenta una mejor relación calidad-precio²⁵⁸. Esta transparencia debe permitir a los operadores económicos o participantes estar razonablemente informados de los criterios, modalidades o parámetros que se aplicarán a la hora de tomar la decisión relativa a la adjudicación del contrato; convirtiéndose por lo tanto, la precisión de los criterios de adjudicación del contrato y la ponderación acordada a cada uno de los referidos criterios, en una obligación técnica de seguridad jurídica para los poderes adjudicadores.

²⁵⁶ En el artículo 28 de la LCSP se destaca la importancia de los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia en la contratación pública, anteriormente regulado en el artículo 22 del derogado TRLCSP. Así mismo en el artículo 116.1 y 116.4.e de la LCSP también se prevé la necesidad de la contratación al exigir que se incorpore en el expediente de contratación.

²⁵⁷ En el derecho venezolano la adquisición, uso o contratación de bienes, obras o servicios que excedan manifiestamente a las necesidades del organismo, sin razones que lo justifiquen, se constituye en un supuesto de responsabilidad administrativa sobre la autoridad contratante, según lo establecido en el artículo 91.17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

²⁵⁸ Véase el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE

1.2.1. Las reglas generales para la determinación del valor estimado del contrato

Como se explicara en el punto anterior, uno de los aspectos objetivos más importantes de determinar en la contratación pública es la fijación o cálculo del valor estimado de los contratos. Pues resulta evidente que constituye un ingrediente fundamental la definición del valor estimado de los contratos²⁵⁹, para tener seguridad jurídica, ya que partiendo de esa definición se podría determinar la modalidad o procedimiento de licitación, el importe en el que se reflejan las alternativas de prórrogas y modificaciones, los montos para verificar si se está por encima de los umbrales, y los efectos sustantivos y adjetivos de la contratación²⁶⁰. En la nueva LCSP se unificaron los múltiples términos utilizados anteriormente para referirse a un mismo concepto, como cuantía e importe del contrato, para asimilarlos al valor estimado del contrato.

A los fines de la estimación de dicho valor se debe recurrir a la disposición contenida en el artículo 101 de la LCSP, que regula los parámetros precisos a considerar para su cálculo, conjuntamente con lo previsto en los considerandos 19 y 20 y en el artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE, que definen un esquema similar. En consecuencia, el valor estimado de los contratos se fijará tomando en cuenta el importe total estimado de la prestación objeto de la contratación, independientemente de la procedencia de los ingresos, sean estos emanados del sector público como del sector privado, sin incluir el impuesto al valor añadido (IVA). Y de manera específica se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- A. Todos los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales y los convenios colectivos del sector de que trate.
- B. Todos los costes derivados de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.
- C. Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- D. Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos (Art. 160.2 LCSP).

²⁵⁹ Vid. Considerandos 19 y 20 de la Directiva 2014/24/UE

²⁶⁰ Véanse los artículos 9.2, 18.2, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 44, 63, 77, 79, 87, 88, 106, 111, 116, 118, 131.4, 159, 168.e, 182, 183, 217, 243, 318, 321, 324 y 335 de la LCSP

E. En el caso de que, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación, la posibilidad de que el contrato sea modificado, se incorporará el importe máximo que pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas (Art. 204 LCSP).

La estimación de los montos o cantidades de las variables determinadas en el punto anterior, a los fines de fijar el valor del contrato, debe hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado de los productos y servicios que se requieran, y esos precios deben estar referidos al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato. Además, resulta importante advertir que el método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado del contrato, siempre deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o el documento de condiciones. Cabe destacar que *“La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”* (Art. 101.4 LCSP); ya que de lo contrario se pudiera incurrir en una conducta que vulnere el principio de integridad.

La labor de investigación, recolección de información y datos, cálculo, cuantificación y estimación, a los fines de la determinación del valor del contrato (lo que aplica también para la preparación del presupuesto base), resulta ser un trabajo estrictamente técnico, y muy delicado, ya que esos valores que resulten van a determinar el curso del procedimiento de contratación, y permitirán asegurar el cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia, en correspondencia con el principio de eficiencia, como ya tuvimos la oportunidad de analizar con base en la jurisprudencia del TJUE. Por lo tanto, dicha labor técnica, requiere de un personal profesional y especializado en esa área, para que el resultado arroje absoluta certeza y se garantice así la eficiencia de las compras públicas²⁶¹. Lo

²⁶¹ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre el resultado del Foro del Mercado Único, con motivo la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado entre los días 3 y 4 de octubre de 2011; entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública propone, en su apartado 15, profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejora de la formación. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0543+0+DOC+XML+V0/ES> consultada el 3 de mayo de 2015. Más reciente la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 3 de octubre de 2017, “Conseguir que la contratación pública funciones en Europa y para Europa”; y

deseable es que las personas que se dediquen a estas labores poseen cualificaciones específicas con conocimientos económicos y que entiendan la dinámica de la materia de las compras públicas. Tal situación se presente como una debilidad dentro de los poderes adjudicadores, quienes muchas veces no cuentan con el personal calificado en esa área, lo que genera problemas de indeterminación del objeto contractual, preparación deficientes de pliegos de condiciones y por lo tanto, perjudica en definitiva el acceso de los operadores económicos, especialmente de las pymes, en los procedimientos de contratación pública²⁶². Efectivamente las pymes son más sensibles frente a estos inconvenientes por su reducido margen de maniobra, en contraposición de las grandes empresas que siempre tiene la forma de resolver, incluso frente a procedimientos, pliegos o contratos mal elaborados, y quienes integrarían las potenciales pérdidas en el volumen de negocio global de las empresas.

Determinar el valor estimado del contrato “...resultado necesario para cumplir con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que deben presidir toda licitación pública, a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales”²⁶³. Y con ello se puede preparar adecuadamente el contrato, ser más eficaces y cumplir con una contratación pública estratégica y más inclusiva. Este elemento de seguridad jurídica contractual, vinculado al principio de publicidad, le permite al poder adjudicador determinar si el contrato se encuentra dentro de los parámetros de los umbrales, para tener certeza del régimen jurídico aplicable, y así los operadores económicos tendrían la certeza y claridad para participa en el procedimiento con seguridad jurídica. Todo esto asegura el acceso a los procedimientos y garantiza la competencia.

así como la Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2017 sobre “la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”, publicada en el DOUE núm. 259, de 7 de octubre de 2017, y disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2017-82022> consultada el 21 de octubre de 2018

²⁶² Sobre este punto VAZQUEZ MATILLA, ha manifestado que: “A menudo el personal del poder adjudicador no posee los conocimientos suficientes sobre el contrato que licita y las consecuencias son la indeterminación del objeto, la inadecuación del precio, y el establecimiento de generalidades y arbitrariedades en los criterios de adjudicación.” (VAZQUEZ MATILLA, F.J., (2017) “Smart Cities y contratación pública. Nuevo modelo derivado del actual giro”, en Martín María Razquin Lizarraga (Dir.) Nueva contratación pública: Mercado y medio ambiente, Aranzadi, Pamplona, p. 312

²⁶³ ALONSO PRADA, V.E., (2018) Comentario Artículo 101, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público, AAVV, Thomson Reuters, Navarra, p. 691.

Antes de revisar las particularidades del cálculo del valor estimado del contrato en la división en lotes de contratación, consideramos conveniente hacer una breve referencia a las nociones de presupuesto base de licitación y de precio del contrato, debido a que la LCSP se encargó de delimitar sus conceptos para evitar confusión y apostar a la seguridad jurídica, en virtud de que bajo el régimen jurídico anterior, en varias ocasiones los términos eran empleados como sinónimos y generaba dudas. Efectivamente, varios son los conceptos que se asocian con la valoración económica dentro de los procedimientos de contratación pública, a saber, presupuesto base, valor estimado del contrato, precio, entre otros, por lo que se hace necesario definirlos para tener claridad conceptual, y no entrar en contradicciones en lo sucesivo.

Según el artículo 100 de la LCSP, el presupuesto base de licitación es el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA). La elaboración del presupuesto base debe estar acorde con los precios del mercado. En tal sentido, el presupuesto base de licitación se desglosará en el pliego de contratación o documento de condiciones, indicando con precisión los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, así como, los costes salariales estimados a partir del respectivo convenio laboral de referencia, cuando sea procedente en función de la naturaleza del contrato (Artículo 26.b último párrafo de la Directiva 24/2014).

Cabe destacar que el presupuesto base de licitación no tiene por qué necesariamente coincidir con el precio o coste efectivo del contrato, “...puesto que el mismo, constituye el límite del compromiso de gasto público asumible por el sujeto público contratante, es decir, que dicho coste coincidirá con el de adjudicación”²⁶⁴. Y normalmente se asimila a la disponibilidad presupuestaria con que cuenta el órgano contratante para ejecutar la obra, el servicio o la adquisición; resultando pues en una estimación valorativa que se convierte en el límite máximo de gastos del poder adjudicador para ese contrato; no obstante, en determinadas circunstancias el gasto público pudiera ser menor.

Por su parte, el precio, como concepto definido por la LCSP posterior a la licitación, resulta ser la cantidad específica que el poder adjudicador se obliga a pagar al operador

²⁶⁴ ALONSO PRADA, V.E., (2018) Comentario Artículo 100, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público, AAVV, Thomson Reuters, Navarra, p. 685.

económico, en función de la oferta presentada, el pacto contenido en el contrato y en virtud de la efectiva ejecución del mismo²⁶⁵. Señala la ley como una novedad, no prevista en el régimen anterior, que en “...*el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente*”²⁶⁶. Así mismo, se determina con carácter general que el precio se deberá expresar en euros, sin perjuicio que excepcionalmente se determine que el pago pueda hacerse en otras contraprestaciones o en otra moneda, total o parcialmente. El precio, asimilado al coste del contrato (coste-eficacia y coste del ciclo de vida), se constituye en un criterio de adjudicación del contrato, que sirve para evaluar las ofertas y determinar cuál de ellas ofrece la mejor relación calidad-precio²⁶⁷.

Por último, el precio cierto que siempre deben tener los contratos del sector público y que se trata de la manifestación del principio de seguridad jurídica, no supone exactamente precio fijo; esta exigencia quiere decir que el precio debe ser determinado, pero que admite variaciones determinables en todo momento. La variación del precio en la contratación pública puede obedecer a diferentes factores, por ejemplo, a la ampliación o disminución de las prestaciones contenidas en el contrato, o incluso a factores externos a la voluntad de las partes, esto es, a las variaciones económicas de costes que se verifiquen durante la ejecución del respectivo contrato. A todo evento, lo más importante es que los órganos de contratación deben velar porque el precio sea adecuado para el cumplimiento efectivo del contrato, desde el momento de la celebración del contrato y durante toda su ejecución, en garantía del interés general.

1.2.2. El cálculo del valor estimado del contrato para la adjudicación simultánea por lotes separados

Precisada la necesidad general sobre el cálculo del valor estimado de los contratos para determinar su objeto, ahora se hace necesario precisar la regla de estimación a la hora de proceder a la división en lotes de los grandes contratos. Al distribuir el objeto de los contratos en partes o lotes separados de forma coherente para llegar a una adjudicación simultánea, el valor global de la contratación será el valor total

²⁶⁵ Vid. Artículo 102 de la LCSP y artículo 67 de la Directiva 24/2014/UE.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ Vid. Artículos 145, 146, 148 y 158 de la LCSP, que se refieren al coste y al precio como criterios de adjudicación del contrato.

estimado de la suma de todas las partes en las que se dividió el contrato. Siempre y cuando, la obra, la modalidad de prestación del servicio de que trate o el proyecto de adquisición de suministros idénticos y similares, permita la adjudicación del contrato en lotes separados. Manteniendo la uniformidad debido a que se trata de una misma contratación, dividida en porciones para facilitar su adjudicación y permitirle el acceso a las empresas de dimensión reducida o facilitar una adjudicación simultánea y una ejecución del contrato más eficiente; sin embargo la contratación estará determinada por el valor global de la suma de todas las porciones en que se partió legítimamente el contrato²⁶⁸.

El mismo tratamiento se le debe dar a la adjudicación simultánea de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, derivados de una obra o un servicio propuestos, en el que igualmente el valor estimado del contrato será la suma del valor global estimado de todos los lotes.

En virtud de lo anterior, debe señalarse que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor estimado del contrato que, como vimos, es el valor acumulado del conjunto, salvo que se den alguno de los supuestos establecidos en los artículos 20.2²⁶⁹, 21.2²⁷⁰ y 22.2²⁷¹ de la LCSP²⁷²; sin embargo, los requisitos de solvencia económica, financiera o técnica, se establecerán de acuerdo con cada lote individualmente concebido, o en función del conjunto de lotes para los cuales decida

²⁶⁸ Vid. Artículo 5.8 y 5.9 de la Directiva 2014/24/UE, el artículo 8.5 de la Directiva 2014/23/UE y el artículo 101.12 de la LCSP

²⁶⁹ “Artículo 20. Contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios sujetos a una regulación armonizada: Umbral. (...) 2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos de obras que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad indicada en el apartado anterior [5.225.000 euros], se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. (...)”

²⁷⁰ “Artículo 21. Contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: Umbral. (...) 2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior [135.000 euros contratos de la Administración General del Estado y 209.000 euros, otros], se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. (...)”

²⁷¹ “Artículo 22. Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral. (...) 2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la contratación de servicios iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior [135.000 euros contratos de la Administración General del Estado; 209.000 euros, otras entidades del sector público y 750.000 euros, servicios sociales y otros anexo IV], se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. (...)”

²⁷² Vid. Artículo 99.6 de la LCSP

participar el candidato. No obstante lo anterior, cuando el valor acumulado de los lotes sea igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE²⁷³, ésta se aplicará a la adjudicación de cada parte o lote, individualmente concebido.

Igualmente, y como excepción a lo planteado antes, los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos por lotes individuales sin aplicar los procedimientos previstos en la Directiva 2014/24/UE, siempre que el valor estimado, IVA excluido, del lote de que se trate sea inferior a 80.000,00 EUR, para los suministros o servicios, o a 1.000.000,00 EUR para las obras. Sin embargo, el valor acumulado de los lotes adjudicados de este modo, sin aplicar la referida Directiva, no podrá superar el veinte por cien (20%) del valor acumulado de la totalidad de los lotes en que se haya dividido la obra propuesta, la adquisición de suministros similares prevista o el proyecto de prestación de servicios (Art. 5.10 de la Directiva 24/2014/UE).

Por último, en estrecha correspondencia con el planteamiento de la garantía del principio de integridad y el principio de transparencia, se debe dejar claro que la elección del método para calcular el valor estimado de una contratación no se efectuará con la intención de excluir ésta del ámbito de aplicación de las normas de las Directivas europeas o del derecho nacional, ni de sustraerla de la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan, como se determinó anteriormente. Como regla general una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de regulación y aplicación de las normas de las Directivas, ni para evadir cualquier otro tipo de regulación específica, que haga incurrir en una conducta en falta de integridad. Sólo se podrá estimar el valor de un contrato concreto basado en una fragmentación del objeto contractual cuando el contrato lo permita, existan razones suficientes y objetivas que justifiquen tal división y no sea con fines fraudulentos²⁷⁴.

²⁷³ En el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, se establecen los umbrales o montos superiores que se deben considerar para la aplicación de los procedimientos previstos en la misma. Sin embargo, estos umbrales son periódicamente revisados y ajustados por cada estado miembro (Artículo 6 de la Directiva 2014/24/UE). Por lo que a los fines de la interpretación adecuada de las normas se debe tener en cuenta la última actualización de los umbrales efectuados, mediante Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que 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, del Ministerio de Hacienda y Función Pública. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-15717> (consultada el 10/02/2018)

²⁷⁴ Vid. Considerando 20 y el artículo 5.3 de la Directiva 2014/24/UE, el artículo 8.4 de la Directiva 2014/23/UE y el artículo 101.4 de la LCSP

Por otra parte, cuando un poder adjudicador esté compuesto orgánicamente por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales, esto es, sumando el valor determinado por cada una de las correspondientes unidades operativas o funcionales.

No obstante, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella (manteniendo autonomía funcional y presupuestaria), los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. Para que se pueda verificar tal supuesto la unidad funcional debe contar con financiamiento específico autónomo de fuente legal, y poseer competencia y autonomía para llevar a cabo tal procedimiento de contratación²⁷⁵.

Vemos en esta oportunidad que se emplea el concepto de unidad funcional desde un plano orgánico, como parte de una estructura administrativa que posee la competencia y por lo tanto la facultad legal para contratar. No se emplea el término desde el punto de vista material u operativo, como cuando se utiliza para definir prestaciones materiales o el objeto del contrato y así verificar su posible fraccionamiento autorizado por la norma.

1.3. Las formas de dividir los contratos para su adjudicación simultánea en lotes y la discrecionalidad de los poderes adjudicadores.

El contrato público es un instrumento formal, expreso y cuyo objeto debe estar determinado, esto quiere decir que debe poseer un contenido mínimo predeterminado, fijado por el poder adjudicador, con base en los parámetros de la norma, lo cual garantiza la seguridad jurídica de la contratación y patentiza los principios de transparencia y de integridad como regla general; en virtud de ello, tradicionalmente las normas de la contratación pública prohibían -y aun prohíben- que se divida el objeto del contrato o que se fragmente su prestación o ejecución en distintos instrumentos, disminuyendo su valor, con intenciones fraudulentas para evadir las reglas de las compras públicas²⁷⁶, con lo cual le permitiría al contratante un mayor margen de

²⁷⁵ Vid. Considerando 20 y el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, y el artículo 101.6 de la LCSP

²⁷⁶ Artículo 99.2 de la LCSP: "2. 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." (...)

flexibilidad o libertad a la hora de adjudicar el contrato, escapando de algunas exigencias y controles. En todo caso, su división o fraccionamiento debía estar suficientemente justificado en el expediente, sin que pudiera admitirse para eludir prescripciones de la ley²⁷⁷.

En la actualidad la obligación de dividir o fraccionar el contrato en porciones para su adjudicación simultánea en los procesos de contratación pública se encuentra prevista en el artículo 99.3 de la LCSP, a propósito de la instrucción contenida en las nuevas reglas que aportan las Directivas Europeas (*Vid.* Artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE). En la citada disposición normativa se le fija una obligación al órgano de contratación, para que -como regla general- prevea la realización independiente de cada una de las partes de un contrato mediante su división en lotes, siempre y cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, esto es, que las condiciones o las prestaciones objeto del contrato permita la utilización o aprovechamiento separado de él.

Se puede afirmar que esta es la medida más importante por la que apuesta Europa para promover la participación de las pequeñas y medianas empresas en las compras públicas, ya que, si el objeto de los contratos del sector público se distribuye en porciones más pequeñas, se amplían las posibilidades de las pymes para competir. No obstante, aún se presentan algunas dudas que deberán ser analizadas y abordadas para garantizar el éxito de la aplicación de la medida, desde la planificación hasta la ejecución del contrato, sobre todo para conciliar la garantía del acceso de las pymes en la contratación pública, al mismo tiempo que se preservan la competencia y se mantiene la eficiencia de la contratación.

Cabe reiterar que la novedad aportada desde la nueva generación de Directivas y ahora en la vigente LCSP, es que la división en lotes deberá ser la regla general a seguir²⁷⁸, en consecuencia, el órgano de contratación podrá decidir excepcional y discrecionalmente no dividir en lotes el objeto del contrato, pero en este caso estará obligado a justificar expresamente su negativa. Por lo tanto, la doctrina considera que la Administración posee una “discrecionalidad restringida”, ya que mientras que el fraccionamiento “...se entiende ajustado a Derecho, el no fraccionamiento presenta

²⁷⁷ MEILÁN GIL, J.L., Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo, Escola Galega de Administración Pública-Iustel, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9890-152-8, p. 154

²⁷⁸ Resolución nº. 455/2016 del TACRC.

dudas ab initio, de ahí la necesidad de que se pueda producir un control en referencia de dicha división a través de las explicaciones que el órgano de contratación establezca en el informe al efecto o en los pliegos del contrato”²⁷⁹. A nuestro entender la motivación en este caso no resulta una novedad, ya que este deber de la Administración proviene de su obligación legal general de motivar sus actos bajo la noción integral de la buena administración, que está llamada a observar y garantizar, de cara al ciudadano, mucho más cuando debe adoptar una decisión negativa o contraria a la instrucción general.

Ahora bien, si leemos con detenimiento las disposiciones que integran las Directivas europeas y la LCSP, observamos que no se determinan certeramente los criterios, parámetros específicos o la forma detalla de cómo se debe dividir el objeto de los contratos del sector público en lotes²⁸⁰, sólo se advierte una simple mención en el considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE, en la que se expresa que la división podrá hacerse con base en criterios cuantitativos, para sortear el aspecto de la capacidades de las pymes, o de forma cualitativa, para adaptar la contratación a la cualificación material o técnica de estas empresas²⁸¹. Particularmente, agregaríamos una fórmula mixta, donde se mezclen criterios cuantitativos con aspectos cualitativos, pensando en diseñar un procedimiento amigable para promover la participación de las empresas de reducida dimensión y de reciente creación, garantizando al mismo tiempo la competencia, y manteniendo estándares de eficiencia en la ejecución de los contratos. En consecuencia, en virtud de la falta de reglamentación específica, le corresponderá a los estados miembros normar algunos aspectos adjetivos necesarios, a través de disposiciones nacionales o autonómicas, quedando sin duda adicionalmente un amplio margen de discrecionalidad sobre los poderes adjudicadores para diseñar los respectivos

²⁷⁹ MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., (2016), *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Wolters Kluwer, Madrid.

²⁸⁰ LOPEZ ZURITA, L., (2017) “La división en lotes...” op. cit., p. 149
<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10501&path%5B%5D=11183> Consultada el 20 de junio de 2018.

²⁸¹ Está fórmula fue asumida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, a través del Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, en el que expresó: “La subdivisión de las compras públicas en lotes facilita, evidentemente, el acceso de las PYME, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYME) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de la PYME)”. Disponible en:

https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME%2011_2013.pdf consultada el 24 de noviembre de 2017

procedimientos de contratación, en conciencia de la importancia de los principios que los inspiran²⁸².

Precisamente, le corresponde a los poderes adjudicadores la contratación, y por lo tanto el diseño del procedimiento en cuestión, a través de la formación del expediente de contratación, donde constará el pliego de las cláusulas administrativas particulares y el pliego de las especificaciones técnicas llamado a regir el contrato, en el cual se delimitará el número y la forma de los lotes en los que se estructurará la contratación pública en cuestión. Todo esto se realizará con base en el principio general de la discrecionalidad aplicado a la contratación pública, teniendo presente adicionalmente los principios de transparencia, eficiencia en el empleo de los fondos públicos y el de la libre competencia²⁸³. Representa una máxima dentro del Derecho Administrativo que no existe una atribución totalmente reglada ni una facultad absolutamente discrecional. La potestad discrecional de la Administración Pública, y en este caso de los órganos de contratación, proviene de la Ley, ya que de lo contrario no resultaría coherente la aplicación de los principios generales de la contratación pública; pues es la Ley la que le deja el respectivo margen de discrecionalidad a la autoridad correspondiente para actuar, esto es, deja algunos aspectos al criterio formado del poder adjudicador, quien debe obrar con prudencia, racionalidad y adecuación²⁸⁴.

²⁸² Sobre la efectiva discrecionalidad que posee el órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TARC) se ha pronunciado a través de las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012, 227/2012, 470/2015, 523/2015 y 918/2015, entre otras.

²⁸³ Vid. Considerandos 42 y 61 de la Directiva 24/2014/UE y las decisiones TACR 138/2012,143/2012, 187/2012, 918/2015

²⁸⁴ Sobre este punto resulta interesante observar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el caso Nº 959-2015, donde dejó sentado que: *"En relación con lo anterior este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012 o 227/2012 de las que se hace eco la más reciente Resolución 523/2015) que ha de respetarse, en principio, la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubran, desestimando así las pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo sugerido por el recurrente en cada caso (en el mismo sentido la resolución nº 470/2015, en donde se analizaba la impugnación de los pliegos que iban a regir el proceso de contratación). Por tanto, el grado de exigencia que se está reclamando por la recurrente al instar la nulidad de los pliegos es notablemente mayor al considerar que ni si quiera los lotes en los que se ha dividido el contrato resultan lo suficientemente específicos resultando obligatoria, según ella, nuevas subdivisiones. De admitirse ese grado de exigencia, entiende este Tribunal que correlativamente la discrecionalidad del órgano de contratación a la hora de configurar cada lote debe ser igualmente amplia, y sólo si la decisión resulta irracional o totalmente injustificada procedería la nulidad de los pliegos."*

[http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recursos%200959-2015%20GA%20131-2015%20\(Res%20918\)%2009-10-2015.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recursos%200959-2015%20GA%20131-2015%20(Res%20918)%2009-10-2015.pdf) consultada el 24 de marzo de 2016.

En este sentido, en los considerandos 78 y 93 de la Directiva 24/2014/UE, se prevé expresamente la facultad que poseen los poderes adjudicadores, con base en su potestad discrecional, para estudiar y decidir la conveniencia de dividir los contratos en lotes, “...sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, y en el caso que decida la inconveniencia en dividir en porciones el contrato, le obliga a emitir un informe donde se justifique expresa y razonadamente tal negativa. Dejando una tarea clara para los estados de facilitar la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública. Por último, la discrecionalidad posee un límite ético, basada en el principio de integridad y honestidad, para evitar que se manifiesten hechos de corrupción, absolutamente reprochables y sancionables.

En suma, compartiendo los aportes doctrinales, la estructura que se puede adoptar o la modalidad para dividir el contrato en lotes a los fines de su adjudicación simultánea, puede ser de forma homogénea o heterogénea²⁸⁵, esto quiere decir, que los poderes adjudicadores tienen la potestad discrecional para determinar la magnitud y el contenido de los lotes, en base a cuya división, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación estudiadas anteriormente, estarán autorizados a adjudicador lotes del contrato con base en el diseño que ellos mismos establezcan en los respectivos pliegos; no obstante, aplicando en todo momento los principios generales de la contratación pública.

En virtud de ello se obliga, principalmente al poder adjudicador, a dividir en lotes el contrato como regla general, no obstante, con la posibilidad de no fragmentar el mismo por motivos estrictamente legales y específicos, debidamente razonados en ejercicio de la mencionada discrecionalidad restringida. A todo evento, el análisis del poder adjudicador no se podrá apartar de la instrucción emanada del legislador europeo al inducir a la fórmula de la división en partes o lotes para garantizar la inclusión, especialmente para contribuir con el acceso de las pymes en la contratación pública, aplicando los principios generales que la informan.

Esta estructuración del contrato en lotes individuales para su adjudicación simultánea, que obedece a la fase de inicial de la contratación, tendrá que proyectar y

²⁸⁵ MORENO MOLINA, J.A., (2015) *El nuevo derecho de la contratación pública de la unión europea. directivas 4.0.*, Chartridge Books Oxford, Stanton Harcourt, p. 80

determinar el beneficio, tanto para las pymes que lograrán participar en virtud de la disminución de los montos para contratar, como para el interés general, que deberá salir fortalecido en cuanto a la eficiencia en el cumplimiento de los cometidos trazados por el poder adjudicador, dentro de la planificación estratégica que suponen estos contratos. Todo esto representa una complejidad práctica, sobre todo en el diseño de dichos lotes, en función de las variables que se deben emplear, como pueden ser el tamaño, el monto, la materia, el modo, el tiempo, entre otros, por una parte, y por la otra, en cuanto a la supervisión y coordinación sobre la ejecución de estos contratos que se derivan de los referidos procedimientos.

No obstante, la fórmula adoptada por la LCSP, se acerca bastante al sistema ideal, en donde se define como regla general la división en lotes de los contratos, pensando en acercar la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas, aplicando los principios generales de la contratación pública, pero con la alternativa razonada de adjudicar varios lotes a un mismo licitador o no dividir en lotes, si se considera que la fórmula fragmentada resulta ineficiente para ese contrato en particular. Lo que deja en el ser humano la conciencia y la racionalidad para hacer funcionar integralmente el sistema diseñado en la norma.

1.3.1. Las consultas preliminares del mercado como mecanismo útil para el diseño estratégico de la contratación pública.

Si ya hemos adelantado nuestra preocupación por la falta de precisión normativa de cómo se deben estructurar o confeccionar los lotes para su adjudicación simultánea en un proceso de contratación pública, nos quedará descubrir fórmulas para suplir tal carencia y aportar soluciones reales y viables para cumplir con ese cometido, que se muestra como un asunto complejo por el cambio de mentalidad inducida a raíz de la modificación de la normativa europea.

Las consultas preliminares del mercado, previstas en el artículo 115 de la LCSP²⁸⁶, pueden resultar muy útiles, para configurar una contratación pública

²⁸⁶ Esta disposición normativa es la transposición del artículo 40 de la Directiva 24/2014/UE, que establece: “Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar

estratégica y eficiente, a partir de la recopilación de datos e información del mercado a través de las consultas técnicas y profesionales con los sectores respectivos. Esta información ayudaría a precisar certeramente el objeto del contrato y así evitar el riesgo de su indeterminación, contribuyendo además a la definición de precisos y correctos criterios de adjudicación, con el objeto de cumplir con los principios de transparencia y generar seguridad jurídica, ya que de lo contrario se vulnerarían los derechos de los candidatos, lo que pudiera ocasionar múltiples impugnaciones.

Según la norma, estas consultas preliminares, pueden realizarse con el asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios o asociaciones profesionales, o, incluso, excepcionalmente con los operadores económicos activos en el mercado²⁸⁷. El planteamiento de la norma nos parece por una parte incongruente y por otra parte limitativa, por las siguientes razones. La incongruencia atiende al hecho de que en primer término el artículo en su encabezado determina que: *“los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo...”*, definiendo que la consulta será dirigida a los operadores económicos, y más adelante señala que el asesoramiento lo harán, entre otros: *“con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado”*; evidenciándose una dualidad de tratamiento a los operadores económicos, a menos que la norma distinga entre la consulta que deba evacuar sólo los operadores económicos, en contraposición del asesoramiento que lo podrá efectuar el operador económico excepcionalmente, lo que no tendrá sentido alguno²⁸⁸. Y limitativa, por cuanto consideramos que las consultas deberían ser más

consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia”. Y resultado del Dictamen del Consejo de Estado N° 514/2006, de 25 de mayo, sobre el Anteproyecto de la LCSP. La conclusión de Consejo de Estado fue que recomendaba un artículo con la siguiente redacción: *“En todo caso, los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, atendiendo generalmente al mercado”*.

²⁸⁷ La participación en la consulta de un operador económico no lo excluye de su eventual y posterior participación en la contratación pública (Artículo 115 última parte LCSP). En ese mismo sentido, el artículo 71 de la LCSP establece que: *“El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia.”*

²⁸⁸ Sobre este punto se recomienda consultar a: GUERRERO MANSO, M., (2017) “La necesaria revisión del artículo 115 del proyecto de ley de contratos del sector público”, en José María Gimeno Feliú (Dir.)

abiertas, en donde se le permita el aporte a distintas personas que posean conocimientos en diferentes áreas, pero también, la participación ciudadana, de gremios y sindicatos quienes pudieran tener interés en la consulta celebrada, y quienes tuvieran mucho que aportar para enriquecer el ejercicio planteado.

Por otra parte, la finalidad de consulta preliminar obedece a la necesidad del órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, para ilustrarse durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia. Lo que nos induce a pensar que será un trámite absolutamente público y transparente, en el que constituye una obligación ineludible informar las razones que motivaron la elección de los asesores externos que resulten seleccionados, a través de su publicación en el perfil del contratante del poder adjudicador; y posteriormente deberá publicarse un informe motivado, que formará parte del expediente de contratación, donde se reflejen los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a todas ellas. La única información que será reservada a los participantes en la consulta, son las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas sólo conocidas íntegramente por aquellos.

Se reitera que el resultado de las consultas realizadas se deberá incorporar con carácter general, en la elaboración de los pliegos respectivos, y por lo tanto en la configuración de los lotes en los que se pretenda dividir el contrato a los fines de su adjudicación. De no tomar en cuenta la información o los datos recopilados en las consultas, se deberá dejar expresa constancia de tal hecho en el mencionado informe explicando las razones de la negativa, para garantizar permanentemente la publicidad y la transparencia. No obstante, y visto que la intención es recopilar información, mientras el órgano de contratación maneja más datos técnicos y específicos del objeto del contrato, esto es, sobre precios, materiales, insumos, obras y otras especificaciones técnicas, de lo que será el objeto del contrato, podrá formarse un mejor criterio y le

Observatorio de los Contratos Público 2016, Aranzadi, Pamplona, p. 154: “Difícil justificación, en primer lugar, porque parece ir en contra de lo establecido previamente en el mismo artículo ya que, como ha quedado dicho, prevé que se puedan dirigir consultas a los operadores económicos activos en el mercado. No parece lógico que posteriormente se determine que dicho asesoramiento sea sólo admisible con carácter excepcional y, por si quedara alguna duda, precedido del adverbio «incluso», de manera que es aún más evidente la intención del legislador de resaltar que habitualmente no deberían participar”.

permitirá establecer unos criterios de adjudicación precisos que generen seguridad jurídica y garanticen la eficiencia en la contratación.

Por último, y como lo afirmara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en s Informe 19/2014, 17 de diciembre de 2014, con quien coincidimos absolutamente, la consulta preliminar del mercado también se constituye en un instrumento que facilita el acceso a las pymes en la compras públicas:

“Las consultas preliminares del mercado, reguladas ahora expresamente en la Directiva 2014/24/UE (19), constituyen un mecanismo plenamente aplicable ya actualmente y recomendable con carácter general, dirigido a la consecución de contrataciones públicas más eficaces y eficientes, como pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública. Asimismo, también suponen un instrumento de facilitación del acceso de las PYME a estos procedimientos, en la medida en que posibilitan que preparen su participación en la licitación correspondiente.”²⁸⁹

1.3.2. La división en lotes del contrato bajo criterios cuantitativos

Según el considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE la magnitud y el contenido de cada lote puede ser determinado libremente por el poder adjudicador, quien deberá definir y estructurar el procedimiento de contratación. La división del contrato en lotes podría realizarse de manera cuantitativa, esto es, empleando la variable monto (*quantum*) como parámetro para delimitar las porciones en los que se lotificará el contrato; convirtiendo una contratación en varios contratos por cantidades o porciones individuales más pequeñas y por lo tanto con una inversión menor, pero -se insiste- dentro de un mismo procedimiento de contratación pública, y teniendo como referencia de integridad el total de la suma de los montos de los contratos parciales que resulten, a los fines de la publicidad y los aspectos procedimentales. Recordemos que cuando se divide el objeto del contrato para su adjudicación en lotes, el valor estimado de la contratación sigue siendo el monto total de los lotes en los que se dividió el referido

²⁸⁹ Disponible en:

<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Catalunya/JC CA%20Catalunya%2019-2014.pdf> consultada el 17 de diciembre de 2016

contrato. Con esta fórmula de planificación estratégica contractual se pretende hacer que la magnitud de cada contrato individualmente concebido corresponda mejor a la capacidad económica y financiera de las pymes, y de esa forma se ajusta a su necesidad y se le garantiza su concurrencia.

Cuando el objeto de un contrato se divida en lotes, los criterios de solvencia para participar se exigirán y aplicarán en relación con el valor individual de cada uno de los lotes²⁹⁰, así como la exigencia de la garantía provisional que se fijará atendiendo exclusivamente al importe del lote o los lotes para los que el candidato vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato²⁹¹.

Bajo esta modalidad de configuración de la contratación pública el poder adjudicador establecería porciones o lotes perfectamente delimitados en función de valores o cantidades, ya sea de bienes o de montos dinerarios. Se visualiza muy útil en el caso de suministros y adquisiciones, donde el poder adjudicador podrá dividir en lotes por cantidad de bienes a adquirir, por ejemplo, en un contrato para la adquisición de ordenadores con las mismas especificaciones técnicas para varias dependencias de la misma Administración, se pudiera organizar en lotes identificados con la dependencia para la cual se destinaran, y en consecuencia los operadores económicos podrán participar en alguno de los lotes, tomando en cuenta su capacidad económica y financiera para cumplir con el contrato.

Se observa que lo importante a los fines de facilitarle el acceso a las pymes a la contratación pública lotificada por criterios cuantitativos, es que la capacidad económica y financiera que se le deberá exigir a la pyme licitadora será proporcional al monto de cada lote o por grupo de lotes, de acuerdo a la planificación que realice el poder adjudicador. En virtud de ello el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos se establecería con relación al valor de cada lote o con referencia a los grupos de lotes, en el caso que al adjudicatario se le haya otorgado más de un lote, de los que deban ejecutarse al mismo tiempo, siempre y cuando el procedimiento de contratación lo hubiera previsto y permitido desde su diseño original.

²⁹⁰ Vid. Artículo 58 de la Directiva 24/2014/UE: “Cuando un contrato se divida en lotes, el presente artículo se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el poder adjudicador podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.”

²⁹¹ Vid. Artículo 106.2 (final) de la LCSP

En virtud de que esta modalidad de división parte del establecimiento de valores individuales para cada lote en los que se distribuyó el contrato público, aunque se trate de un mismo procedimiento de contratación, los aspectos económicos y financieros cobran significativa relevancia. Sabiendo que, dentro de los criterios de selección de contratistas en un procedimiento de contratación pública, los órganos de contratación podrán imponer a los operadores económicos exigencias o requisitos que permitan acreditar su capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar efectivamente el contrato. Todas estas exigencias y requisitos deberán constar, con su respectiva justificación, en los anuncios de licitación y en los pliegos de contratación.

La referida capacidad económica o financiera de los operadores económicos se verificaría en función del volumen de negocios anual que esta persona desarrolle particularmente en el ámbito material del objeto vinculado al contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles desde la fecha de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas. El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no podrá exceder de una vez y media del valor estimado del contrato, con excepción de los casos relacionados con los riesgos especiales derivados de la naturaleza de las obras, la especialidad de los servicios y la particularidad de los suministros, en cuyos casos no aplicaría la anterior limitación, pudiendo en consecuencia elevar la exigencia del volumen de negocios. Como es obvio estas excepciones deberán estar debidamente justificadas y soportadas. (Art. 87.3.a LCSP)

En función del control sobre el cumplimiento de los requisitos de selección, los poderes adjudicadores, podrán exigir que los operadores económicos faciliten la información sobre sus cuentas anuales donde se muestre la relación cuantificada entre sus activos y pasivos. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales. En función del cumplimiento de los principios de transparencia, objetividad y no discriminación, la ratio entre activo y pasivo, antes señalada, podrá tenerse en cuenta si los poderes adjudicadores especifican en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar estos datos.

1.3.3. La división del contrato en lotes con base en criterios cualitativos

La división del contrato en lotes también podría realizarse bajo parámetros cualitativos, esto es, empleando criterios materiales de distribución de las porciones en las que se segregará el contrato para su adjudicación. En ese sentido los poderes adjudicadores delimitarán las porciones en los que se lotificará el objeto del contrato; convirtiendo una contratación en varios contratos de menor dimensión, establecidos en función de la calidad, las especificaciones técnicas o las especializaciones de los bienes, obras o servicios que se contratarán; esta distribución material se asimilará a los diferentes gremios y especializaciones implicadas, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores materiales o especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

Se trata de organizar el procedimiento de contratación pública de forma coherente y homogénea con respecto a las materias o especificaciones reglamentarias, técnicas o materiales de los bienes, obras o servicios que se pretenden contratar, o de determinadas cualidades o aptitudes profesionales o técnicas vinculadas al objeto del contrato. De esta forma se configurarían los lotes en función de las cualidades técnicas o materiales de los bienes o servicios, delimitando las porciones tomando en cuenta la naturaleza de determinados artículos, bienes o servicios, o en función de sus cualidades o especificaciones técnicas o profesionales, esto es, generando una relación material directa y organizada entre las prestaciones que incluye el objeto del contrato.

La división del contrato en partes bajo criterios cualitativos le permite a los poderes adjudicadores, a su vez, identificar con mayor facilidad las capacidades técnicas o profesionales de los operadores económicos o candidatos con respecto a los lotes para los cuales presentan sus ofertas, y por lo tanto, ayudará a la verificación del cumplimiento de los requisitos que aseguren que los contratistas poseen la calidad, los conocimientos, la experiencia suficiente, los recursos humanos y técnicos necesarios, y la fiabilidad para ejecutar el contrato con niveles adecuados de calidad.

Bajo esta premisa de fragmentación estructural del contrato en lotes con base en criterios cualitativos se pudieran preparar procedimientos de contratación en función de las cualidades o características de bienes o servicios a prestar y con ello se promovería el acceso a las compras públicas de las pymes dedicadas a determinadas áreas del

comercio, la industria o el servicio especializado, para competir, no desde la dimensión o la capacidad económica, sino desde las cualidades técnicas o profesionales.

A los fines de establecer los referidos lotes especializados en los que se divide el contrato, y para formar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los pliegos de especificaciones técnicas, los poderes adjudicadores podrán apoyarse en la información técnica contenida en la nomenclatura que aportan los códigos CPV, referidos al vocabulario común de contratación pública²⁹². Así mismo se podrán apoyar adicionalmente en: i. El Código Normalizado de Productos y Servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC) o su identificación en inglés *United Nations Common Coding System* (UNCCS)²⁹³; ii. La Clasificación Central de Productos (CPC) de la Organización Mundial del Comercio de la ONU²⁹⁴; iii. La Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE)²⁹⁵; y iv. La Clasificación Común de Productos por Actividad (CPA)²⁹⁶.

En este punto se considera que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, como tiene la competencia para efectuar recomendaciones a los poderes

²⁹² El CPV consiste en una lista de categorías comerciales y empresariales traducidos en códigos numéricos, que le permite a las personas de cualquier parte identificar licitaciones en cualquier país miembro de la Unión Europea, generando una nomenclatura universal. Se recomienda consultar el Reglamento (CE) n° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y la Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, publicado en el DOUE núm. 74, de 15 de marzo de 2008; disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-80475> consultada el 12 de diciembre de 2015.

²⁹³ Se trata de un sistema de codificación de bienes y servicios que facilita el intercambio de información sobre abastecimiento entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus proveedores, que puede consultarse por internet de forma gratuita.

<http://www.un.org/es/procurement/info/unccs.shtml>

²⁹⁴ La Clasificación Central de Productos (CPC) son normas internacionales estadísticas elaboradas y adoptadas por la División de Estadísticas de las Naciones Unidas, se utilizan para agrupar y organizar información y fenómenos estadísticos relacionados con una amplia gama de cuestiones económicas y sociales. Esta clasificación en particular se elaboró para preparar las estadísticas sobre la producción, distribución y comercio internacional de bienes y servicios.

²⁹⁵ La CNAE es el listado de actividades económicas resultante del proceso de revisión internacional denominado operación 2007.

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177032&menu=ultiDatos&idp=1254735976614

²⁹⁶ Consiste en una macro clasificación de productos elaborada por la Comisión Europea, similar a la clasificación central de productos elaborada y recomendada por la ONU, aunque más detallada en su estructura. Además en la CPA se sostiene el criterio de clasificación basado en el origen de producción de los productos, entendiendo que los productos se agrupan de acuerdo a la actividad económica de la que emanen.

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177035&menu=ultiDatos&idp=1254735976614
<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/CPA.pdf>

adjudicadores para indicar los códigos de la CPV, que más se ajustan a las prestaciones habituales en la contratación pública con miras al establecimiento de los requisitos para la acreditación de las capacidades técnicas y profesionales, también podrá asesorar a los órganos de contratación para establecer parámetros que le permitan definir con seguridad jurídica los lotes contractuales bajo criterios cualitativos.

1.4. La limitación en la oferta y en la adjudicación de los lotes en los que se divide el contrato.

Constituyendo la división en lotes la medida más importante que ofrece el legislador comunitario europeo y, en consecuencia, el español, para facilitar el acceso de las pymes a la contratación pública, ésta medida debe ser blindada, con el objeto de que cumpla efectivamente su objetivo. La idea de distribuir el objeto del contrato en partes más pequeñas a los fines de su adjudicación en porciones, es precisamente para evitar la concentración de la adjudicación de los lotes en las grandes empresas o en una empresa en particular, y con ello procurar, la diversificación de las ofertas y la participación de las empresas de reducida dimensión en las compras públicas.

La sola división en lotes no asegura que se logre aquel objetivo, si no se acompaña con otras medidas que garanticen la diversificación controlada y accesible de los participantes en la contratación pública. Es evidente que aun cuando se haya dividido en porciones el objeto del contrato para su adjudicación, si una empresa con significativa capacidad económica y operativa decide presentar ofertas a cada uno de los lotes, es muy probable que obtenga la adjudicación a varios de los lotes de la contratación, sino a todos ellos, con lo que se vería frustrada la intención del legislador de favorecer la accesibilidad de las pequeñas y medianas empresas²⁹⁷.

²⁹⁷ Esta situación de riesgo ya se había advertido por la doctrina antes de la vigencia de las actuales directivas europeas sobre contratación pública y por su puesto antes de la entrada en vigor de la nueva LCSP, a tal efecto ver: BLANCO LÓPEZ, F. (2013) División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 13/05/2013 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.101/recategoria.121/reلمenu.3/chk.f6a576c821f2042c29566cb780cd9c25>

Es por ello que la normativa en materia de contratos públicos autoriza a los poderes adjudicadores a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, así como el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador, siempre y cuando se justifique debidamente en el expediente y se determine certeramente las condiciones del concurso, en el anuncio de licitación²⁹⁸ o en la invitación a los candidatos seleccionados, y en el respectivo pliego de cláusulas administrativas particulares²⁹⁹.

En resumen, las limitaciones se podrán circunscribir –en principio- a dos grandes grupos, a saber: i. La limitación de ofertar, referida a la posibilidad del licitador para presentar ofertas a un número restringido de lotes; y ii. La limitación para adjudicar, que obliga al órgano de contratación a determinar el número de lotes que puede adjudicar a cada licitador. En consecuencia, se observa que la primera es una limitación sobre el licitador y, la segunda se trata de una limitación sobre el poder adjudicador, por la vía de la autovinculación.

La fórmula de la limitación de ofertar, en el sentido de la restricción del número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar su oferta u ofertas, no es una novedad de la cuarta generación de Directivas en materia de contratación pública, ni de la nueva LCSP, aparecía contenida en el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dictado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y posteriormente modificado por medio del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto (RGLCA)³⁰⁰, y también, se desprendía de la interpretación del Anexo VII A de la Directiva 18/2004/UE, que se refería a los contenidos del anuncio de licitación, donde se expresaba la obligación de determinar el número de lotes por los que podría licitar un operador económico cuando el contrato estuviera dividido en porciones, por lo que tal situación poseían -desde entonces- indirectamente reconocimiento comunitario. Para ello era necesario, como lo es ahora, que el poder adjudicador de forma expresa consagrare y justificare plenamente en el expediente de contratación, el número de lotes para los que se permitía presentar ofertas a un mismo operador económico, así como se informara en el anuncio de licitación o en

²⁹⁸ Véase artículo 46, 49 y el Anexo V, Parte C de la Directiva 24/2014/UE

²⁹⁹ Véase considerando 79 y el artículo 46 de la Directiva 24/2014/UE conjuntamente con el artículo 99.4 de la LCSP

³⁰⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-9607

la invitación a los candidatos seleccionados, y en el respetivo pliego de cláusulas administrativas particulares.

Las normas no se pronuncian sobre cómo se debe estructurar la contratación, ni en cuanto a la cantidad y la forma de lotes en los que se debe dividir el contrato, ni mucho menos, en lo que respecta al número de lotes a presentar ofertas por parte del licitador; dejando a la discrecionalidad del poder adjudicador la responsabilidad en el diseño del procedimiento³⁰¹, entendiéndose que éste deberá hacer un análisis para determinar la congruencia en la estructuración de los lotes y sus prescripciones técnicas, en la cantidad de partes del contrato que puede ejecutar un operador económico, entre otros, pero pensando en definitiva en facilitarle el acceso a las pymes en estos procedimientos.

Es por ello que en los instrumentos que integran el expediente de contratación, el poder adjudicador deberá determinar con absoluta claridad si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes que integran el contrato. Es decir, deberá detallarse, con precisión y transparencia, en cuantos lotes puede presentar sus ofertas el mismo licitador. Esta limitación pareciera *a priori* estar en contradicción con el principio de competencia, sin embargo, su interpretación debe privilegiar la noción del principio de la libre concurrencia y, por lo tanto, visualizar la ampliación de la posibilidad de acceso de más licitadores, grandes y pequeños, en los procesos de contratación pública, precisamente se convierte en una garantía para la operatividad y eficacia de la división en lotes de los contratos.

Por otra parte, como ya se adelantara, según la disposición contenida en el artículo 99.4.b de la LCSP, en la actualidad los poderes adjudicadores también están facultados para acotar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador en un procedimiento de contratación pública, incluso cuando no se hubiere limitado la posibilidad de presentar ofertas a determinados lotes³⁰². Siempre que se justifique

³⁰¹ Así se refleja en el considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE, “*La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva.*”(…)

³⁰² Hasta la vigencia de la LCSP la jurisprudencia de los Tribunales Administrativos de Contratos había rechazado tal fórmula por considerarla contraria al principio no discriminación y el de valoración de las ofertas más ventajosa posible; en ese sentido se pronunció en varias oportunidades el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en las resoluciones N° 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y N° 394/2015, de 24 de abril (Recurso n° 265/205, C.A. Melilla

adecuadamente y se haya establecido en el anuncio de licitación o en la invitación de los seleccionados, y conste, a su vez, en el expediente de contratación, a través de los pliegos correspondientes.

La razón fundamental que legitima la anterior limitación, es la idea de promover la participación de las pymes, por medio de la división en lotes del objeto de los contratos; por ende, si se permite que un solo operador económico ejecute varias o todas las porciones en las que se dividió el contrato, se vería ilusoria la apuesta que se consolidó en la vigente legislación de contratos. En virtud de lo anterior, se deben establecer, con mucha objetividad, y en la medida que el objeto del contrato lo permita, los lotes en los que se va a dividir el contrato, y en consecuencia, se debe definir el número de lotes al que pueden presentar ofertas los participantes, o acotar las adjudicaciones que pueda recibir un licitador. Se insiste que resulta una tarea nada sencilla, debido a que el legislador no define parámetros para tal fin, lo deja absolutamente a la discrecionalidad del órgano de contratación, con las únicas premisas que aportan los principios generales de las contrataciones públicas.

Ahora bien, al establecer la limitación del número de lotes a adjudicar a un mismo licitador, sin restricción de lotes a ofertar, necesariamente se deberá determinar la solución para el caso de que un licitador resulte ser el adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Esa solución debe pasar por establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, reglas, normas o criterios, con carácter objetivo y no discriminatorio, para decidir cuales lotes serán adjudicados y en qué forma.

Lo cierto es que múltiples son las soluciones que se pudieran aportar para solventar la situación planteada, sin embargo, todas ellas deberán ser fijadas de forma objetiva y previa, para garantizar la transparencia, la publicidad, la objetividad, la concurrencia, la competencia y por último, la seguridad jurídica. A continuación, trataremos de generar algunas ideas para el caso de que un licitador resulte el

3/2015), en la que manifestó: “...el pliego en esta cláusula es contrario a derecho y debe anularse, por ser improcedente y contraria a derecho la previsión de la adjudicación del lote a la siguiente oferta clasificada, cuando la oferta económicamente más ventajosa presentada para dicho lote, corresponda a un licitador que ya ha resultado adjudicatario de un lote anterior de los integrantes del contrato.” <http://contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TACRC/RTACRC%20394-2015.pdf>

adjudicatario de lotes en exceso de la limitación, sólo a título de proposición ilustrativa y ejemplificadora.

a. Los poderes adjudicadores podrán establecer que cuando sólo concurra una empresa a la licitación, se le puede adjudicar todos los lotes para los cuales presentó ofertas, independientemente de la limitación inicial;

b. En caso de que una empresa sea la única licitadora admitida en uno de dos lotes, en los que se distribuyó el contrato, y su propuesta cumpla con todos los requisitos mínimos establecidos en los pliegos, se le adjudicará este lote y no podrá ser adjudicataria del otro, aun cuando haya obtenido la mejor calificación en este último.

c. El licitador deberá determinar en su oferta cuál o cuáles lotes representan su prioridad o preferencia, a los fines de adjudicarle éste o estos, si en virtud de la aplicación de los criterios de adjudicación resultare adjudicatario de varios lotes, en exceso a la limitación impuesta.

d. En el caso que el licitador no defina en su oferta, cual es el lote de su preferencia, y resulte adjudicatario de varios lotes en exceso a la limitación impuesta, se podrá proceder de la siguiente forma: se le notificará para que dentro de un lapso de tres días (pudiendo tener mayor o menor duración), manifieste por escrito cuál es el lote de su preferencia; en caso de que no manifieste expresamente su preferencia dentro del lapso establecido, se procederá a adjudicarle el lote que represente el mayor importe en la licitación o el lote donde haya tenido una mayor diferencia de puntos con respecto al segundo licitador evaluado.

e. Por último, y sin que se entienda que sólo son estas las opciones con las que cuentan los poderes adjudicadores, se podría imponer un volumen económico máximo determinado para adjudicar a un solo licitador, y al llegar a dicho monto pasará a adjudicarse al segundo clasificado, según lo que determine el pliego.

Cabe destacar que, a los efectos de las limitaciones analizadas en este punto, cuando participen las pymes u otras empresas integradas en una UTE, será ésta agrupación, y no sus integrantes, quien se considerará licitadora o candidata, salvo que se establezca lo contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Las asociaciones de empresas y, especialmente las UTE, a las cuales nos referiremos más

adelante, representan una magnífica forma de participar para las pymes, donde se reúnen voluntades, capacidades y experiencias para que a través del concurso de todos, sin necesariamente confundirse, puedan lograrse objetivos comunes y eficientes.

1.4.1. La adjudicación a ofertas integradoras para armonizar los principios de competencia y eficiencia

En sintonía con el planteamiento anterior sobre la posibilidad de que se pueda adjudicar más de un lote a un mismo licitador, a través de la aplicación de criterios diversos de selección, el artículo 99.5 de la LCSP³⁰³ también le permite al órgano de contratación adjudicar a una oferta integradora, previa verificación de unos supuestos y requisitos que la misma norma establece. Esto quiere decir que en caso de que pueda asignarse más de un lote al mismo licitador, los órganos de contratación estarían facultados para hacer una combinación de lotes a los fines de su adjudicación en un mismo procedimiento de contratación.

Se entiende por oferta integradora aquella proposición compleja presentada por un licitador que contiene una propuesta simultánea a varios o todos los lotes en los que se divide el objeto del contrato, según las condiciones establecidas en los pliegos, de modo que le permita al poder adjudicador seleccionar la mejor oferta (individual o integrada) por medio de la comparación concreta y objetiva. En consecuencia, para poder presentar una oferta integradora es necesario que el licitador presente una oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen la oferta integradora, lo que permitirá realizar la referida comparación³⁰⁴.

³⁰³ El fundamento normativo comunitario de esta disposición se puede encontrar en el considerando 79 y el artículo 46.3 de la Directiva 24/2004/UE

³⁰⁴ El antecedente más remoto de la previsión de la oferta integradora en la normativa española se ubica en el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicación, en donde se señaló: *"El objeto del contrato definirá las necesidades que se quieran satisfacer mediante la celebración del contrato, realizando una descripción detallada de las mismas, estableciendo, siempre que sea posible, lotes separados de aquellos servicios que por sus características lo permitan. En este caso se podrá prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de presentar también ofertas integradoras de varios o de todos los lotes licitados"*. Sin embargo, el documento más importante que se ha producido en esta materia, donde se realiza un estudio muy serio y detallado de la institución de las ofertas integradoras, que nos ayuda a comprender su alcance, es el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (JCCA de Aragón),

Pero para que se pueda dar válidamente la fórmula de la oferta integradora en un procedimiento de contratación pública, el mismo artículo 99.5 de la LCSP establece los siguientes supuestos y requisitos concretos que se deben cumplir: a. Que la presentación y adjudicación de ofertas integradoras se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas; b. Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación; c. Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumplirían mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados individualmente; y d. Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite, según las exigencias establecidas en los documentos de la contratación.

Cabe destacar que el criterio fijado por la JCCA de Aragón en el citado informe 11/2013, aun cuando se produjo con anterioridad a la vigencia de las nuevas directivas europeas sobre contrataciones públicas y de la LCSP, resulta sumamente completo e integral para abordar la noción y alcance de las ofertas conjuntas, con respecto al planteamiento normativo anterior y, en consecuencia, se tomará como referencia para su estudio y mejor comprensión. En tal sentido, además de los anteriores requisitos vistos conforme a la LCSP, se debe tener presente lo siguiente:

a. Los principios de transparencia, objetividad y competencia son muy importantes en estos casos, por ello los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de especificaciones técnicas deben contener la información certera para que los licitadores estén claros de las reglas precisas de participación. En los mencionados instrumentos deben concretarse la autorización expresa para recibir las ofertas integradoras, se debe justificar la idoneidad y ventajas para el interés general que genera

recomendándose su consulta con provecho. Disponible en: https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME%2011_2013.pdf consultada el 24 de noviembre de 2017

En el mismo sentido se recomienda consultar la resolución 291/2015, de 30 de marzo de 2015, del TACRC.

su incorporación, la previsión explícita de los requisitos mínimos y modalidades de presentación de las ofertas, la determinación de los criterios técnicos exigidos para cada lote; la definición de los criterios varios de adjudicación que serán utilizados para la valoración de cada lote individual y para la valoración de los lotes integrados en una oferta conjunta, y la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva.

b. Todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote individualmente serán de obligatorio cumplimiento para las ofertas integradoras.

c. Los criterios de adjudicación que se apliquen deben ser idénticos, tanto para valorar los lotes individualmente considerados, como para valorarlos integrados en la oferta conjunta, además debe identificarse sobre cuáles criterios se permite la presentación de una oferta integradora y la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa.

d. La presentación de las ofertas integradoras serán potestativas para los licitadores, esto quiere decir, que el licitador no estará obligado a presentar una oferta integradora, pudiendo presentar sus ofertas de forma individual, ya que, en caso contrario, atentaría en contra del propio principio de la libre competencia, que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato.

e. Los licitadores que deseen presentar una oferta integradora, deberán necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella, para poder contar con un marco comparativo, y si no se adjudica la oferta integradora tenga la posibilidad de participar por los lotes individuales.

f. En consecuencia, cada licitador sólo podrá presentar una oferta integradora en función de los lotes autorizados a ser integrados, sin poder presentarse simultaneidad de ofertas integradoras referidas a los mismos lotes. Si se permitiese la presentación de varias ofertas integradora por un mismo licitador, sería tanto como aceptar varias ofertas de un mismo licitador para un sólo lote, lo que produciría una alteración de la competencia, debido a que el licitador que presente más ofertas tendría más oportunidades de resultar favorecido y estaría compitiendo contra sí mismo.

Constituye una condición imprescindible que la posibilidad de presentación de ofertas integradoras en una licitación se encuentre correctamente configurada, cumpliendo con todas las exigencias comentadas en los párrafos anteriores, ya que de lo contrario podrá ser anulado el pliego y en consecuencia el procedimiento de contratación. Así lo ha establecido el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, mediante Resolución N° 99/2017, de 29 de marzo, indicando:

“La incorrecta configuración de la posibilidad de ofertas integradoras supone la infracción de la obligatoriedad de la transparencia en la contratación del sector público y de los principios de igualdad y no discriminación, puesto que los licitadores no conocen las combinaciones posibles a las que pueden optar y los criterios de valoraciones que serán aplicados en el caso de presentar combinaciones con elementos comunes.”

Ahora bien, para llegar a la adjudicación de una oferta integradora, los poderes adjudicadores deben efectuar un análisis comparativo de las ofertas presentadas para determinar si la propuesta de lotes conjuntos presentada por un licitador en su oferta, cumpliría mejor globalmente con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos y, por supuesto, con la eventual ejecución del contrato, con respecto a las ofertas presentadas para los lotes de forma individual. Esta fórmula es sugerida expresamente por la normativa europea, para evitar incurrir en arbitrariedades a la hora de adjudicar el contrato. Por ello, es aconsejable que el órgano de contratación realice la evaluación comparativa determinando primero cuáles ofertas cumplen mejor con los criterios de adjudicación establecidos con respecto a cada lote separado y luego compare el resultado con las ofertas integradoras presentadas para determinadas combinaciones de lotes específicos, visualizando la ejecución ulterior del contrato. Si de la evaluación se desprende que la oferta combinada resulta más favorable, con base en los criterios objetivos fijados en la contratación, que la suma ponderada de las ofertas individualmente concebidas, deberá otorgarse la adjudicación del contrato a aquella oferta integradora (Considerando 79 de la Directiva 24/2014/UE).

Específicamente, al analizar las distintas ofertas se compararán las mejores ofertas presentadas individualmente con las diferentes ofertas integradoras presentadas por los licitadores, ubicando el resultado de la suma ponderada de la puntuación total de las mejores ofertas individuales, con independencia de que hayan sido formuladas por

distintos licitadores, y comparándola con la puntuación total de cada una de las ofertas integradoras; en todo caso, es necesario que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador. Al final la adjudicación se efectuará en favor de los lotes individuales si la suma ponderada es mayor que la resultante de la mejor oferta integradora, proponiéndose en caso contrario la adjudicación en beneficio de esta última³⁰⁵.

Hay quienes se muestran escépticos en cuanto al éxito de la medida que consiste en la división en lotes de los contratos para facilitar el acceso de las pymes en la contratación pública, principalmente en ocasión de la posibilidad efectiva de aceptar ofertas integradoras³⁰⁶, sobre todo por la sobrevaloración del principio de eficiencia por encima de la competencia y la libre concurrencia. No obstante, el secreto estará en la conciencia de aplicación de las personas llamadas a su implementación y la sensibilidad que muestren hacia la legitimidad de las políticas europeas y locales en este sector, siempre en la búsqueda de un beneficio integral del interés general. Adicionalmente, la conjugación perfecta del sistema de oferta integral y la división en lotes, hibridiza el procedimiento de contratación pública³⁰⁷ para su perfección, en la procura de la oferta que ofrezca la mejor relación calidad-precio.

Admitir y emplear, con racionalidad e integridad, la fórmula de la oferta integradora, ayudará a fortalecer el sistema de la división en lotes de la contratación pública, y específicamente contribuirá a comprobar de ese modo cuál oferta ofrece las mayores ventajas, en el caso concreto, si en su presentación individual o en su empaque

³⁰⁵ Véase informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (JCCA de Aragón), Disponible en: https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME%2011_2013.pdf consultada el 24 de noviembre de 2017

³⁰⁶ LOPEZ ZURITA, L., (2017) “La división en lotes...op. cit. p.149: “*En términos prácticos, permitir que un licitador concurra a todos los lotes significa que la supuesta ventaja que representaría la división en lotes para las pequeñas empresas se diluye: no hay mucha diferencia entre un licitador que concurre a un contrato de gran tamaño o a una serie de lotes. Pero, además, el apartado 3.º otorga, por otro lado, la posibilidad a los poderes adjudicadores de adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes.*” (...) Consideramos que efectivamente no existe mucha diferencia en un licitador que concurra a un contrato de gran tamaño o a una serie de lotes, pero lo que si representa una diferencia transcendental que el contrato dividido en lotes le permite a las pymes participar directamente, mientras que el gran contrato sin división, ni siquiera le posibilitaba su acceso.

³⁰⁷ CASTRO MARQUINA, G. (2017) “La división en lotes: Panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas directivas sobre contratación pública”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 49-50, Zaragoza, p. 550

conjunto e integral, pero no sólo en el plano económico, sino también ponderando las variables o criterio de adjudicación estratégicos, para llegar a la conclusión más beneficiosa para el interés general, en fin, la técnica de la comparación objetiva siempre permitirá seleccionar la mejor oferta con mayor certeza, por el conocimiento recibido de forma directa.

1.5. La decisión de no dividir el contrato en lotes.

Como ya se precisó en líneas anteriores, las normas comunitarias y, en consecuencia, la legislación española sobre contratación pública, inducen a los poderes adjudicadores a dividir en lotes los grandes contratos para hacerlos más pequeños y con ello posibilitar la concurrencia de las pymes en los procedimientos licitatorios; convirtiendo en regla general la división del objeto del contrato en lotes, frente a la posibilidad de la no división en partes, que se constituye en la excepción a aquella. En virtud de lo anterior, y basado en la potestad discrecional que se le deja a los órganos de contratación, estos pudieran decidir razonadamente no fragmentar en partes el objeto del contrato, cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente³⁰⁸.

Pues, antes de la vigencia de las comentadas normas, tanto comunitarias como en el ámbito nacional, también existía la previsión de la posibilidad de dividir los grandes contratos en lotes más pequeños para ayudar a integrar a las empresas de reducida dimensión en las contrataciones públicas, sin embargo su otrora regulación no determinaba una obligación expresa y específica encaminada a aplicar tal estrategia

³⁰⁸ La obligación de justificar en el expediente de contratación la no división el objeto del contrato en lotes y sus motivos, se encuentra previsto en el artículo 116.4.g de la LCSP. En ese sentido, se recomienda consultar la resolución del TACRC 421/2016, de 26 de mayo, en la que se reitera la obligatoriedad de cumplir con lo prescrito en el artículo 46.1 de la Directiva 24/2014/UE, por lo que deberá justificarse la no división en lotes, ya sea en los pliegos respectivos o en un informe específico que se deberá incorporar en el expediente de contratación. En el mismo sentido se pronunció el acuerdo del TACPM 66/2016, de 13 de abril. Por su parte la Resolución 814/2016, del TCRC, de 14 de octubre de 2016, dispone que la división no es obligatoria, y entiende como suficiente la siguiente motivación para no dividir el contrato en lotes: *“No se considera conveniente la división en lotes. La adjudicación a un único licitador, facilita la gestión de los almacenes de los Hospitales y su distribución a las unidades quirúrgicas. Asimismo, se produce economía de escala que permita abaratar los suministros manteniendo su calidad. Las economías de escala se producen cuando disminuyen los costes unitarios de una empresa como consecuencia de una ampliación de su producción, pero referida a un mismo bien”*. Recordemos que esta decisión se dictó con anterioridad a la vigencia de la LCSP.

contractual, lo que condujo a verificarse diferentes análisis doctrinarios y jurisprudenciales que en su mayoría concluían en evitar la fragmentación del contrato, partiendo de la tesis de la preservación del principio de eficacia “como principio básico y rector de la contratación del sector público”, determinando la conveniencia de mantener la unidad del contrato, por las siguientes razones:

“1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes”³⁰⁹.

Surgiendo adicionalmente la noción de unidad funcional, sustancial u operativa para impedir o posibilitar la división en lotes del objeto de determinados contratos. Se entiende por unidad funcional, la relación material directa que se desarrolla entre las partes o prestaciones que pueden integrar el objeto de un contrato y la complementariedad entre las mismas, de tal forma que no puedan separarse porque de lo contrario se anula su operatividad, esto es, sus elementos se tornan inseparables para lograr un fin. Tal limitación se desprendía de la interpretación del artículo 86.3 del TRLCSP, de cuya redacción se entendía que era posible distribuir el objeto del contrato en varios lotes siempre y cuando las prestaciones individuales fueran susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado o constituyeran por sí solas una unidad funcional; *“...sólo si es posible identificar más de una unidad funcional en el marco del objeto contractual será factible acometer la división en lotes, puesto que cada uno de esos lotes ha de ser por sí mismo una unidad funcional que al mismo tiempo permita la utilización o aprovechamiento individual”³¹⁰.*

En conclusión, a un conjunto que constituyera una unidad funcional le estaba vedada la separación de sus componentes, sólo se podía segregar una unidad funcional

³⁰⁹ Véanse las resoluciones del TACRC 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014.

³¹⁰ CASTRO MARQUINA, G., “La división en lotes:...op. cit. p.512

de otra, por lo que el concepto resultó muy útil para identificar cuando se estaba frente a un fraccionamiento prohibido. No obstante, dicha noción debe cederle paso a la verificación de la naturaleza y el objeto que persigue el contrato, para determinar de qué forma se puede cumplir mejor con esa finalidad, tal y como lo señala el artículo 99.3 de la LCSP.

Incluso, luego de la puesta en vigor de la Directiva 24/2014/UE cuyos postulados propenden a utilizar la fórmula de la división en lotes, pero antes de la trasposición de dicha normativa en el territorio español, las principales resoluciones del TACRC continuaban manteniendo la interpretación proclive de la unidad del contrato como mecanismo de garantía de la eficacia por encima de la dispersión del objeto contractual que se produciría con la división en lotes, basta observarse la Resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, en la que, a pesar de concluir el órgano decisorio que la motivación dada por el órgano de contratación sobre la no división en lotes del contrato en cuestión era genérica, y no justificaba de forma real y concreta la solución adoptada, no impuso la distribución en lotes del contrato, sino que únicamente, anuló el procedimiento sustanciado y ordenó retrotraer el mismo para que esta vez lo justificara correctamente en el expediente.

Lo anterior induce a inferir que no se ponderaban en su justa medida, a la par del principio de eficacia y eficiencia en el uso de los fondos públicos³¹¹, otros principios rectores de la contratación pública, ni mucho menos se tomaba en cuenta el carácter estratégico estatal que debe privar en el escenario de las compras públicas, en donde se deben incorporar otras variables colaterales relacionadas con el objeto principal, como serían asuntos sociales, ambientales e inclusivos. Por lo tanto, no se puede dejar de considerar la libre competencia, la libertad de acceso de los licitadores, la libre competencia, y el principio de igualdad y no discriminación, como principios básicos y rectores de la contratación en el sector público, que lo son, a la hora de definir este tipo de políticas públicas; el resultado del análisis conjunto e integral de todos los factores y principios expuestos, es el que puede marcar el camino razonado de la procedencia o no de la división del objeto del contrato en cuestión; sin perder el auténtico rumbo estratégico: “...mantener los esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las

³¹¹ El principio de eficiencia se encuentra consagrado en el artículo 31.2 de la CE, que expresamente señala: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

pymes en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, (...)”³¹².

En fin para conciliar el derecho comunitario con el ordenamiento jurídico nacional, en el ejercicio intelectual de ponderar los principios de eficiencia y competencia, con el ánimo de mantener las razones estratégicas que motivaron las medidas comentadas, los poderes adjudicadores deberán evaluar razonadamente cada caso para concluir sobre la conveniencia de dividir en lotes el objeto del contrato a los fines de su adjudicación simultánea, teniendo como premisa fundamental el cumplimiento del objeto del contrato³¹³.

1.5.1. Motivos válidos que justifican la no división en lotes

Actualmente para que el órgano de contratación del poder adjudicador decida la inconveniencia o la imposibilidad de dividir el objeto del contrato en lotes más pequeños, debe justificar su decisión y soportarla en motivos concretos y válidos. Esto quiere decir que las razones que adopte el órgano de contratación para avanzar en sentido contrario a la regla general de la descomposición del objeto contractual, deben ser absolutamente ciertas, legítimas y contundentes, con base en el cumplimiento efectivo del objeto del contrato. Tales motivos deben ser expuestos razonadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y por lo tanto, justificados suficientemente en el expediente de la contratación.

La LCSP predetermina los supuestos que considera motivos legítimamente válidos a los fines de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, todos extraídos de la experiencia y de los aportes doctrinales y jurisprudenciales antes comentados, y que ya

³¹² Considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE

³¹³ Compartimos el punto de vista de la doctrina al afirmar: “con ánimo de eliminar fricciones innecesarias, en virtud de la primacía del Derecho comunitario, nuestro ordenamiento debería obligar, para salvar la aporía que se manifiesta en artículo 46.1, párrafo 2º de la Directiva 2014/24, a determinar, caso por caso, ya que la Directiva no deja pie a otro tipo de actuación, la aplicación del fraccionamiento. De esta forma, el contenido del artículo 46.3 de dicha Directiva que tiene carácter potestativo en relación a la combinatoria entre los lotes, convertiría la obligación en pauta hermenéutica aplicable a todos los contratos que estuvieran divididos en lotes”. MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., (2016), *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Wolters Kluwer, Madrid.

los recogía el considerando 78 de la Directiva 24/2014/UE. Y aun cuando de la redacción de la norma se puede inferir que no son los únicos motivos que se pudieran alegar, deben entenderse de interpretación restringida debido a que se constituyen en los elementos determinantes de la activación de la excepción a una regla general, aunada a la exigencia reiterada de justificación y motivación suficiente para aplicarlos. Los motivos a los que alude la norma son:

a. El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que se pronuncie previamente sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b. El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico³¹⁴.

c. Que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.

Se observa que las causas o motivos antes enumerados se encuentran conectados directamente con las características técnicas o con la naturaleza del objeto de contrato, y principalmente en cuanto al aseguramiento de su ejecución. En consecuencia, no se pueden aceptar otras razones colaterales e indirectas, ya que sólo los fundamentos vinculados a la eficacia en su materialización, legitimaría alterar la regla general de la división en lotes³¹⁵, además que de permitirse incluir cualquier motivo justificante para

³¹⁴ Ver resolución N° 16 /2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de enero de 2018, por la que se desestimó un recurso que alegaba la falta de motivación en un procedimiento de contratación donde se decidió no dividir el objeto en lotes, concluyendo que efectivamente se motivó suficientemente el procedimiento: "Tal como se indica en la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, "en el diseño de los lotes se puede tener en cuenta la viabilidad técnica de la ejecución del contrato, en aquellos casos que, por motivos de incompatibilidades o de dificultades técnicas de uso o de mantenimiento, se considere más conveniente que sean ejecutados por la misma empresa contratista."

³¹⁵ En la Resolución 017/2018, de 30 de enero de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad Autónoma de Euskady, además de argumentar sobre la inconveniencia de dividir el contrato en lotes en ese caso, utilizó una línea de razonamiento que se separa de los motivos válidos para no dividir el contrato, indicando: "*Es lícito que la aspiración de los operadores económicos sea la de*

activar la excepción la desnaturalizaría, convirtiéndola en la regla, y por lo tanto se estaría atentando en contra de la posibilidad efectiva del acceso de las pymes en el sector de las compras públicas.

Por último, de acuerdo con lo que dispone el artículo 99.3 de la LCSP, en el caso de los contratos de concesión de obras, no será obligatoria la justificación de la no división en lotes del objeto del contrato, en consecuencia, la norma envía un mensaje general sobre la contratación unificada de ese tipo de contratación. Como muy bien lo señala la doctrina, en este punto la LCSP se aparta de la disposición contenida en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, ya que la norma comunitaria no establece ninguna excepción basada en la naturaleza de los contratos cuando regula la fórmula de la división en lotes del objeto contractual para su adjudicación simultánea e individual; *“Parece que el proyecto de la nueva LCSP ha considerado que la especialidad de los contratos de concesión dificulta su división, pero ello no es razón suficiente para establecer una dispensa general en cuanto a la motivación”*³¹⁶.

Se considera que el legislador no debió generar tal dispensa sobre los contratos de concesión de obras en forma general, y mantener la obligación de motivar la decisión de no dividir en lotes el objeto de los contratos, incluso para las concesiones de obras, basado en las razones que el órgano de contratación considere suficientes y legítimas para tal proceder, sin vulnerar los principios generales de la contratación pública, en especial el principio de la competencia. Ya que los asuntos conflictivos que se pudieran derivar de las particularidades de determinados contratos de concesión de obras, pudieran perfectamente encuadrarse en los motivos predeterminados en la norma que dispensan justificadamente la no división en lotes.

conseguir la adjudicación de los contratos, por considerar que la subcontratación reporta menores beneficios pero, a este respecto, el recurrente debe tener en cuenta que el TRLCSP le permite agruparse con otros operadores económicos y que, además, la agrupación puede recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, a fin de poder demostrar en el procedimiento de adjudicación que satisface el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador”; El hecho de que el operador económico pueda asociarse para participar en un procedimiento de contratación pública no resulta ser un motivo para justificar la no división en lotes del contrato.

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_resolucion17-2018_daa75496%232E%23pdf/chk.cd36ab6b0191d29dfc673a9ac9462768

³¹⁶ CASTRO MARQUINA, G., La división en lotes:...op cit. p. 519

1.6. La reserva de lotes contractuales a sectores especiales

Constituyendo la inclusión y la libertad de acceso uno de los postulados principales de la corriente normativa europea en materia de contratación pública, e inserto dentro de una sistema constitucional de estado social de derecho y de justicia, no es difícil entender la ratificación y renovación de una serie de medidas que se han regulado en la legislación actual, encaminadas a garantizar la integración social y la igualdad de oportunidades; medidas que se deben implementar con determinación para garantizar la vigencia y efectividad de los referidos principios. Los considerandos 36 y 99 de la Directiva 24/2014/UE, representan una manifestación fiel de la preocupación del legislador europeo por esta materia, al aportar ideas concretas en ese sentido. Estas normas parten de la premisa fundamental que *“el empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos claves para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos”*.

En virtud de ello resulta imperiosa la necesidad de apoyar la integración social, empresarial y profesional o la reintegración de personas con discapacidad o desfavorecidas por determinadas causas, a través de la promoción, el incentivo y la colaboración en el fortalecimiento de las empresas sociales cuyo principal objeto sea – precisamente- prestarles asistencia o servicios a los señalados sectores desfavorecidos o excluidos.

Precisamente una de las medidas que la normativa europea ofrece y que el legislador nacional español ha asumido, es la reserva de contratos o lotes de ellos, a las señaladas empresas o talleres cuyo principal objeto es la inserción social; debido a que – como resulta lógico- en condiciones normales y generales, a estas entidades se les dificultaría acceder a participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Por lo tanto el beneficio que se registra en estos casos, no guarda relación con el tamaño de la entidad, por ejemplo si se trata de una pyme o de una gran empresa, tiene que ver con su objeto, y específicamente con el carácter social del mismo, excluyendo con la reglamentación, a las empresas con objetivos diversos y que pretenden esconder su ánimo de lucro para beneficiarse de los privilegios que supone la reserva de los contratos.

Efectivamente, dentro del contexto de la contratación pública, por razones estratégicas, el órgano de contratación podrá reservar determinados lotes de un contrato para su adjudicación a los siguientes entidades: a. Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, regulados 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 noviembre³¹⁷; b. Para las empresas de inserción, previstas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción; c. Para personas en el marco de programas de empleo protegido, respectivamente, en un porcentaje mínimo; y dv. Por último, los órganos de contratación también tendrán la posibilidad de reservar contratos o lotes a la participación de organizaciones, cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos en las áreas sociales, culturales y de salud, en los procedimientos de contratación pública que tengan por objeto la adjudicación de contratos de servicios públicos con carácter social, cultura y de salud³¹⁸, la singularidad observada en este particular grupo de personas es que la implementación de la medida de reserva no representa una obligación para el poder adjudicador, quedando a la discrecionalidad de los órganos de contratación su consideración y aplicación³¹⁹.

A todo evento, la reserva absoluta de los lotes o contratos a empresas o sectores con características especiales, puede tener una cara negativa, si con ello se ve restringida la competencia, causando el efecto contrario al buscado por las medidas que propenden a facilitar el acceso de las pymes en los procedimientos de contratación

³¹⁷ “...ya no se reservan contratos a los centros especiales de empleo de carácter general sino a aquellos que revistan la característica de “iniciativa social”. Este tipo de centro especial de empleo viene regulado en la Disposición Final Decimocuarta, que modifica el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, al señalar que serán “de iniciativa social” aquellos centros especiales de empleo “promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social (...) y siempre que en todos los casos en sus estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de la competitividad y de su actividad de economía social (...)”. Con esta novedad normativa tienen cabida más entidades de economía social al poder asociarse de tal modo que creen un centro especial de empleo de iniciativa de acción social y se evite el intrusismo de otras empresas o entidades con ánimo de lucro atraídas por la reserva de contratos.” BURILLO SANCHEZ, F.J., (2017) “Las entidades de economía social como principales beneficiarias de la innovación social en la contratación pública”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Belén García Romero y María M. Pardo López (Directoras), Editorial Aranzadi, Pamplona. p. 442 y 443.

³¹⁸ Vid. Artículo 99.3, 99.4 (parte final), Disposición adicional cuarta, Disposición adicional cuarenta y octava y Anexo IV de la LCSP; el considerando 36 y los artículos 46 y 77 de la Directiva 24/2014/UE.

³¹⁹ BURILLO SANCHEZ, F.J., (2017) “Las entidades de economía social...”, op. cit. p. 443

pública. Así lo afirmó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Aragón, en la Resolución N.º 62/2017, al manifestar que: “...cerrar todos los lotes a favor de empresas sociales vulnera el fundamento de las previsiones europeas ya que expulsa del mercado a las Pymes que trabajan en este sector”³²⁰. Por tal motivo, se debe tener mucho cuidado a la hora de generar reservas de lotes o contratos, no resultando convenientes reservas absolutas, para evitar inhibir la participación de las pequeñas y medianas empresas, como factor de motorización de la economía nacional y comunitaria.

Consideramos que adicionalmente ese tipo de políticas amerita una supervisión permanente y muy cercana para asegurarse que se están cumpliendo los objetivos trazados por la norma, que es incluir a personas marginadas o excluidas, brindándole la posibilidad de ocupación, pero en condiciones dignas y adecuadas. Si estas condiciones no se están garantizando, la contratación pública bajo esta modalidad se torna ineficiente.

La posibilidad de reserva de contratos a talleres protegidos y operados económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, también se encuentra regulada en el artículo 20 de la Directiva 24/2014/UE, con algunas variantes con respecto al planteamiento de la LCSP, antes comentado, pero donde expresamente se establece que en la convocatoria de la licitación para este tipo de procedimiento se deberá hacer mención específica al citado artículo de la directiva.

En primer lugar, la reserva planteada es a los fines de garantizarles el derecho a las entidades protegidas para participar en los procedimientos de contratación, esto quiere decir que las señaladas entidades no tendrán asegurada la contratación por el solo hecho de presentarse, deben necesariamente cumplir con las exigencias del procedimiento y por supuesto, en el grado de la reserva tendrán prioridad frente a otros operadores que se presenten al concurso, así como beneficios puntuales, como la no

³²⁰ BATET JIMENEZ, M.P. (2017) “La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes”, en *Consultor de los Ayuntamientos*, N° 23, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 2862. Disponible en: <http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAAiNTC3NLI7WyiKLiZPw8WyMDQ3NDQyOwQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAp2ki7jUAAAA=WKE> consultada el 17 de marzo de 2018

exigencia de la garantía definitiva³²¹, que por regla general, se le solicita cumplir al resto de licitadores, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique expresa y motivadamente en el expediente.

Se destaca adicionalmente que el Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, está obligado a dictar un acuerdo en el cual se fijen los porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes, en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor de la LCSP³²². Especificando la norma que, transcurrido el señalado plazo, sin que se fijasen los porcentajes mínimos, se deberá aplicar un mínimo de reserva del 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatros años de la entrada en vigor de la LCSP. Se trata de una concreción de mínimos que garantiza a los centros especiales o empresas de inserción, que expresa y legalmente están incluidas en el sistema, su participación en un sector concreto de la contratación pública³²³.

Por último, la condición para beneficiarse de la respectiva reserva, es que por lo menos el treinta por cien (30%) de los empleados de los talleres, de los operadores económicos o de los programas sean trabajadores con discapacidad, desfavorecidos o marginados. Este tipo de medidas de inclusión o integración social, como las fórmulas diseñadas para facilitarle el acceso a las pymes en las contrataciones públicas, se deben implementar sin perder el norte que trazan los principios generales de la contratación pública, por lo que no se puede olvidar ni dejar de lado, y en especial evitando vulnerar el principio de la competencia y el principio de la libertad de acceso.

³²¹ Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 107 de la LCSP

³²² Ese lapso se vence el 8 de marzo de 2019.

³²³ BURILLO SANCHEZ, F.J., (2017) “Las entidades de economía social...”, op. cit. p. 443

1.7. La división en lotes en los acuerdos marco y en los sistemas electrónicos de adquisición, para facilitar el acceso de las pymes en la contratación pública

En la nueva LCSP se reitera la previsión de los acuerdos marco y de los sistemas electrónicos de adquisición, los cuales, conjuntamente con la centralización de la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, se consideran mecanismos eficientes para racionalizar y ordenar la contratación de las Administraciones Públicas³²⁴; esta previsión legislativa obedece al impulso de las normas comunitarias contenidas en los considerandos 60 al 67 y en los artículos 33 y 34 de la Directiva 24/2014/UE, que con algunos detalles innovadores mantienen la regulación contenida en las disposiciones derogadas.

1.7.1. En cuanto a los acuerdos marco

En el artículo 33 de la Directiva 24/2014/UE se establece una definición de acuerdo marco, en el siguiente sentido: “...*el acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas*”³²⁵. La duración de un acuerdo marco no superará los cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, relacionados con la particularidad del objeto del acuerdo marco. Se trata en consecuencia de un gran pacto precontractual celebrado entre los órganos de contratación y los proveedores o contratistas, cumplimiento con las debidas garantías de transparencia y competencia,

³²⁴ Vid. Artículo 218 de la LCSP

³²⁵ En la Nota explicativa sobre los Acuerdos Marco emitida por la Comisión Europea (Documento CC/2005/03, de 14 de julio) se indica que los acuerdos marco no son contratos públicos en el sentido de las Directivas y que no se establecen términos específicos y por lo tanto no pueden dar lugar a resultados como lo hace un contrato. Con el mismo criterio se observa el Informe 23/98. De 11 de noviembre, de la JCCA, en el que expresó: “*se puede deducir el régimen jurídico de los acuerdos o contratos marco, siendo su característica fundamental la existencia de dos procedimientos distintos, aunque íntimamente enlazados, que son el propio acuerdo o contrato marco y las adjudicaciones directas derivadas del propio acuerdo o contrato marco*”. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/informes%201995-1999/otros%20informes/Informe%2023-98.pdf> consultada el 11 de julio de 2016.

que tiene como propósito establecer las condiciones y términos de los contratos que se proyecten otorgar durante un período determinado³²⁶.

Aun cuando su uso puede suponer ventajas evidentes para los poderes adjudicadores y para la eficiencia en las compras públicas, ya que permite una mayor flexibilidad y agilidad en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos, su empleo indiscriminado y sin observar los principios generales de las compras públicas, puede ocasionar la disminución de la competencia y comportar serios riesgos de colusión. Recordemos que ya lo advertía la Directiva 24/2014/UE, sobre la marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, a través de la concentración de las compras públicas, por lo tanto recomendaba ser muy cauteloso con estos fenómenos, para evitar una excesiva concentración del poder adquisitivo y la colusión, tratando de preservar la transparencia y la competencia, así como el acceso al mercado de las pymes.

Sobre este último punto, se puede afirmar que el empleo de este mecanismo importante de racionalización de las compras públicas, desde una perspectiva estratégica, puede generar escenarios de participación efectiva y directa de las pymes en los contratos del sector público, y a partir de esta premisa se estaría cumpliendo con la finalidad europea de promover este sector de la economía. En primer lugar, los acuerdos marco deberían perseguir fundamentalmente establecer relaciones jurídicas con varios operadores económicos para garantizar las mejores condiciones de cumplimiento del objeto de los contratos que se celebren posteriormente, sin descartar la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con un único operador económico cuando la unidad contractual favorezca la ejecución de sus prestaciones. La variedad de operadores económicos involucrados en el acuerdo marco garantiza -sin dudas- la competencia y con ello la eficiencia, a través de la organización posterior de pequeñas contrataciones a

³²⁶ El Consejo de Estado mediante Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido a propósito del procedimiento parlamentario de la nueva LCSP, se pronunció sobre la regulación de los sistemas para la racionalización técnica de la contratación administrativa, de la siguiente forma: “En lo que concierne a la primera de estas técnicas, cabe citar el dictamen nº 1397/2012, de 14 de febrero de 2013, conforme al cual “el acuerdo marco es una figura que persigue la racionalización técnica de la contratación en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en las condiciones fijadas por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios). El acuerdo marco, inspirado en la teoría del contrato normativo, apareció en el Derecho europeo de la contratación pública en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que se incorporó al Derecho español por medio de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en dichos sectores...”

la par de las necesidades que presente el poder adjudicador, en las que podrán participar todos los involucrados en el acuerdo marco en igualdad de condiciones.

En ese sentido, es patente la posibilidad legal y fáctica de dividir en lotes el acuerdo marco para la posterior adjudicación de los lotes o contratos individuales, según lo preceptuado en los respectivos pliegos reguladores de las contrataciones³²⁷. La señalada dispersión del objeto del contrato en lotes y la variedad de operadores económicos, contribuyen a la ampliación de la participación de distintas empresas, entre ellas pymes, para competir en la obtención de contratos más pequeños en escenarios de igualdad, lo que además garantizaría la ejecución de las prestaciones contractuales de obtener la adjudicación. No obstante la elección de los operadores económicos por parte de los órganos de contratación para los contratos derivados debe ser motivada de forma adecuada y suficiente fundada en criterios científicos o técnicos³²⁸.

Los lotes o porciones del acuerdo marco y en definitiva de los contratos basados, pueden configurarse conforme a las reglas generales de estructuración previstas para la división en lotes de los grandes contratos a los fines de su adjudicación simultánea, con presencia de un amplio margen de discrecionalidad sobre los poderes adjudicadores en el diseño de la contratación. En fin, los lotes pueden ser configurados por tipos, categorías de productos, cantidades o precios³²⁹. Determina la Directiva que a los fines de garantizar los principios de transparencia y de la igualdad de trato, los poderes adjudicadores deben indicar en los pliegos de regulación del acuerdo marco los criterios objetivos que regirán las selecciones que se necesiten cubrir. Estos criterios podrían guardar relación, por ejemplo, con la cantidad, el valor o las características de las obras, suministros o servicios de que se trate, así como con la necesidad de un grado superior

³²⁷ “Se ha considerado que, aun cuando el acuerdo marco no esté expresamente dividido en lotes, la consecuencia de la adjudicación de los contratos derivados o basados, supone que la adjudicación deviene fraccionada” (WIC GALVAN, L., (2018) Comentario Artículo 221, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público, AAVV, Thomson Reuters, Navarra, p. 1304)

³²⁸ Vid. Informe de la JCCA N° 31/2010, de 24 de noviembre (PROV 2010, 419661)

³²⁹ A título de ejemplo en la configuración de los lotes, observamos el instructivo para licitación de contratos basados en el acuerdo marco de adopción de tipo para el suministro de equipos audiovisuales (AM 12/16), elaborado por la Subdirección general de contratación centralizada de servicios y suministros de carácter operativo de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, donde se establecieron lotes por categoría de productos y se determinó que se realizarían tantas licitaciones como tipos o lotes donde se encuadren los bienes cuyo suministro se pretende.

<https://contratacioncentralizada.gob.es/documents/11614/84171/00+Instrucciones+para+la+licitaci%C3%B3n+de+contratos+basados+-+13032018.pdf/71ef7dc5-2668-4faa-a42a-336f9b76fa4e>

de servicio o un mayor nivel de seguridad, o con la evolución de los niveles de los precios en comparación con un índice de precios previamente determinado.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 221 de la LCSP, los acuerdos marco habilitan a los operadores económicos para celebrar los contratos que se encuentren bajo su manto de protección, esto quiere decir que, sólo podrán celebrar contratos basados en un acuerdo marco, las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo³³⁰, salvo aquellos acuerdos marco celebrados por centrales de contratación, donde pudieran participar otros entes del sector público que no hayan sido parte del acuerdo marco³³¹. Para los fines de este análisis nos resulta irrelevante el acuerdo marco que hubiese sido concluido con una única empresa, debido a que no aporta ninguna complejidad como si se pudiera generar en escenarios múltiples e inclusivos. Sin embargo, cuando el acuerdo marco se hubiere concluido con varias empresas, los poderes adjudicadores deben gozar de flexibilidad en la contratación para la adjudicación de los contratos derivados o basados, sin olvidar que los principios rectores del acuerdo marco son vinculantes y extensible a los contratados basados, por lo que la flexibilidad se desarrollará dentro de los parámetros que se establecieron previamente en las condiciones del acuerdo marco. En consecuencia, se procederá como sigue.

Cuando el acuerdo marco establezca todos los términos, bien sin nueva licitación, bien con nueva licitación. La posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable. Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación (Art. 221.4.a LCSP).

Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera

³³⁰ Vid. Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 2 de junio de 2016, (TJCE 2016, 179).

³³¹ Vid. Artículo 227.3 de la LCSP.

cumplido con los requisitos fijados en el citado apartado y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco³³². A todo evento, la estructuración de los lotes en el acuerdo marco condicionará que no se podrá adjudicar un mismo lote a varios licitadores a través de los contratos derivados, ya que a los efectos de la licitación y adjudicación del contrato derivado o basado no es posible la alternación a través de la oferta, ni la fragmentación³³³.

Cuando el acuerdo marco no establezca todos los términos, invitando a una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco. La licitación se basará, bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de contratación del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado. Por otra parte, si los pliegos del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, esta deberá necesariamente incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados. (Art. 221.4.b LCSP).

En el caso de realizar una licitación para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, se deberá cursar invitación para la licitación a todas las empresas parte del acuerdo marco que, de acuerdo con los términos de la adjudicación del mismo, estuvieran en condiciones de ejecutar el objeto del contrato basado, dicha invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en el pliego regulador del acuerdo marco. No obstante lo anterior, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no invitar a la licitación a la totalidad de las empresas, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellas, para mantener presente el principio de competencia.

³³² Esta previsión no se encontraba prevista en la directiva derogada, ni en el TRLCSP, como efectivamente lo advierte la doctrina calificada: “...*hay una novedad en relación con los acuerdos marco en el supuesto en el que se celebre un acuerdo marco con varios operadores económicos. En dicho sentido, las posibilidades previstas en el artículo 34.4.b), párrafo primero, de la Directiva 2014/24, también se deberán aplicar a los lotes de un acuerdo marco para el que se hayan establecido todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate, con independencia de que se hayan establecido o no todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros de que se trate en el marco de otros lotes*”. MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALED A, J., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., (2016), *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE...op. cit.*

³³³ Ver resolución del TACRC de 5 de agosto de 2016 (PROV 2016, 254258)

Cabe destacar que el considerando 61 de la Directiva 24/2014/UE expresamente establece que los poderes adjudicadores no están obligados a contratar las obras, suministros o servicios que estén cubiertos por un acuerdo marco, cuando así lo consideren prudente, constituyendo el mismo criterio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien ha manifestado que no resulta contrario al derecho europeo la decisión de revocar la licitación por la insuficiente competencia, debido al hecho de que, al finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato únicamente quedara un licitador idóneo para ejecutar dicho contrato³³⁴; por supuesto, la decisión del poder adjudicador en estos casos deberá estar suficientemente justificada, ya que de lo contrario pudiera vulnerar la expectativa legítima de aquel único licitador.

Por último, los contratos basados en un acuerdo marco se entienden perfeccionados des del momento de su adjudicación, y desde ese momento comenzará a producir efectos jurídicos (Art. 36.3 LCSP).

1.7.2. Sobre los sistemas dinámicos de adquisición y las pymes

Por su parte, el sistema dinámico de adquisición representa un método de organización y optimización de las compras públicas que consiste en un proceso para la adquisición de obras³³⁵, servicios y suministros de uso corriente, totalmente electrónico, con duración limitada y determinada en los pliegos, que permanece abierto durante todo el período de vigencia a cualquier empresa interesada pero que cumpla con los criterios de selección³³⁶.

Este sistema de compras electrónico puede ser estructurado por los órganos de contratación para la adquisición de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Se trata de un mecanismo soportado en medios electrónicos que persigue la agilidad y la eficiencia en las contrataciones

³³⁴ STJUE, 11 de diciembre de 2014, Asunto C-440/13 (Sala Quinta) (TJCE 2015,51)

³³⁵ Según el dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, en el informe sobre el anteproyecto de la LCSP, los contratos de obras no pueden ser considerados compras de uso corriente.

³³⁶ Vid. Artículo 223.2 de la LCSP

públicas, y que a través de la apertura en la participación de cualquier operador económico que cumpla con los criterios de selección, permite que los poderes adjudicadores promuevan la competencia y por lo tanto puedan obtener gran provecho de él, al disponer de un amplio y diverso abanico de ofertas y de esa forma, al mismo tiempo, garantizan el uso eficiente de los fondos públicos.

Dentro de este escenario vuelven las pymes a relucir como alternativa para profundizar las aristas de unas compras públicas estratégicas, y así lo reconocen las directivas europeas en este punto. Efectivamente el considerando 66 de la Directiva 24/2014/UE traza el camino a seguir para aumentar la posibilidad de participación de las pymes en los sistemas dinámicos de adquisición, siendo consecuente con su filosofía, de la cual se encuentra impregnada todo el texto normativo. Señala la directiva que los poderes adjudicadores deberán articular el sistema en categorías definidas objetivamente en productos, obras y servicios, que a su vez, tendrán que estar identificadas haciendo referencia a factores objetivos, que pueden incluir, el volumen máximo admisible de los contratos específicos que vayan adjudicarse dentro de una categoría determinada o la zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse contratos específicos, entre otros³³⁷. En estos casos se deberán aplicar criterios de selección que guarden proporción con las dimensiones y características de la categoría de que se trate, para garantizar efectivamente la participación deseada.

En concreto, los órganos de contratación implementarán el sistema dinámico de adquisición conforme a las disposiciones que rigen el procedimiento restringido³³⁸, con algunas particularidades. En consecuencia, como ya se adelantará, serán admitidos en el sistema todos los solicitantes que cumplan los criterios de selección, sin que pueda limitarse el número de candidatos admisibles en el sistema, esto le dará mayor competitividad al mecanismo generando mayores ofertas y elevando la posibilidad de seleccionar una oferta de mejor calidad. Ahora, cuando los órganos de contratación

³³⁷ Esta instrucción comunitaria resultó traspuesta literalmente en el artículo 223.3 de la LCSP, de la siguiente forma: *“Los órganos de contratación podrán articular el sistema dinámico de adquisición en categorías definidas objetivamente de productos, obras o servicios.*

A los efectos del párrafo anterior se entenderá que son criterios objetivos válidos para definir las categorías, entre otros, el volumen máximo admisible de contratos que el órgano de contratación prevea adjudicar en el marco del sistema, o la zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse estos contratos específicos”.

³³⁸ Esto representa un cambio radical en la tramitación del sistema dinámico de adquisiciones, con respecto a la normativa anterior prevista en el TRLCSP, que pasa del procedimiento abierto al procedimiento restringido

hayan dividido el sistema en lotes en función de categorías de productos, obras o servicios, conforme a lo comentado antes, necesariamente deberán especificar los criterios de selección que se apliquen a cada categoría³³⁹; no obstante, el cumplimiento de aquellos criterios de selección puede ser acreditados por los operadores económicos a través de declaraciones responsables, que tendrán que ser actualizadas y presentadas cuando lo requiera el órgano de contratación, durante la vigencia del sistema; simplificando y facilitando con esto la participación de los candidatos a este mecanismo de compras públicas³⁴⁰.

Por último, se destaca que cada contrato que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de adquisición será objeto de una licitación, donde participarán sólo las empresas que previamente hubieran sido admitidas al referido sistema, y que voluntariamente concurren a manifestar su intención de hacerlo. En consecuencia, a estos operadores económicos se les debe invitar formalmente a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco del sistema dinámico de contratación para garantizarle su participación efectiva en la contratación³⁴¹, y en el caso de que el sistema dinámico de adquisición se hubiera estructurado en varias porciones por categorías de productos, obras o servicios, la señalada invitación se formulará a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente, con lo que se garantiza la competencia y efectiva del sistema.

1.8. El fraccionamiento fraudulento contractual

La prohibición de fraccionamiento fraudulento en España ha estado regulado en las últimas legislaciones que han regido para la compras públicas; por ejemplo, en el artículo 74 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, de la misma manera que se hacía en la legislación anterior, se establecía la prohibición de fraccionar 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 corresponda”*.

³³⁹ Vid. Artículo 224.3 de la LCSP

³⁴⁰ Vid. Artículos 140 y 225.5 de la LCSP

³⁴¹ Este procedimiento se llevará a cabo con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 162 y en el apartado 2 del artículo 163 de la LCSP que regula los procedimientos restringidos

Configurándose como supuesto de hecho para la existencia de fraccionamiento prohibido de su objeto, la división del contrato con la intención fraudulenta de reducir su monto o cuantía para con ello eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondía.

Luego en el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre (TRLCSPP), hoy derogado por la nueva LCSP, se presentó nuevamente la prohibición de fraccionamiento fraudulento, asociado a la regulación de la división en lotes de la contratación cuando el contrato la admita, el señalado artículo expresamente establecía lo siguiente:

“Artículo 86. Objeto del contrato. (...)

2. 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.

*3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y **constituyan una unidad funcional**, o así lo exija la naturaleza del objeto.” (...)* (resaltado añadido).

Luego, e interpretando el mandato emanado del nuevo paquete de Directivas europeas, en el artículo 99 de la vigente LCSP, se prevé nuevamente la modalidad de división de los contratos por lotes, pero esta vez privilegiándola, y se insiste en la advertencia del riesgo de incurrir en fraccionamiento fraudulento para disminuir la cuantía de un contrato con el objeto de eludir los requisitos y procedimientos de adjudicación. La norma, expresamente establece:

Artículo 99. Objeto del contrato (...)

2. 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.

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. (resaltado añadido)

De las transcripciones anteriores podemos observar con absoluta claridad que la prohibición de fraccionamiento indebido del objeto de los contratos públicos, aparece prevista en el ordenamiento jurídico español de manera pacífica desde otrora, y se encuentra redactada en términos exactos desde entonces, siempre condenando y tratando de evitar la utilización fraudulenta de esa modalidad de contratación³⁴². La diferencia que podemos advertir entre el planteamiento establecido hasta la vigencia del TRLCSP con respecto a la nueva LCSP, es que mientras en aquella oportunidad el fraccionamiento legítimo o la división en lotes del contrato era una excepción, y debía justificarse para evidenciar que no se estaba obrando con intenciones ilegítimas³⁴³; bajo el régimen legal actual, el fraccionamiento legítimo o el parcelamiento del objeto contractual a los fines de la adjudicación de sus partes simultáneamente, representa la regla general.

Este giro sutil pero trascendente incide en la interpretación de las instituciones jurídicas que se analizan, y se ubica en una perspectiva diferente para el abordaje de la misma. En ese sentido también se observa la desaparición en la nueva ley de la noción de unidad funcional, concepto que había sido muy útil para identificar la factibilidad de la división en lotes, si se concluía que estas porciones eran susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituían una unidad funcional³⁴⁴; para quedar en

³⁴² "...la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley"; Ver Informe N° 31/12, de 7 de mayo de 2013 de la JCCA.

³⁴³ Ver resoluciones N° 138 /2012 y N° 143 /2012 del TACRC

³⁴⁴ "...para la adjudicación por lotes o de forma separada deberá tenerse en consideración si existe o no unidad funcional entre ellos, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente; que en caso de existir esta relación deberán ser objeto de un solo contrato, pues su contratación por separado implicaría contravenir lo dispuesto artículo 86.2 TRLSCP (Informe N° 69/2008, de 31 de marzo de 2009 de la JCCA). Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por medio de su Informe

definitiva sólo la variable vinculada a la naturaleza o al objeto del contrato, a los fines de evaluar la viabilidad del diseño desestructurado de la contratación pública.

A la par de la consideración de la noción de unidad funcional, se evaluaba también el fraccionamiento desde la verificación de los elementos clásicos del contrato, estos son, sujeto, objeto y causa, y se afirmaba la existencia de un único contrato en presencia de identidad de esos elementos en un mismo caso, teniendo que suscribir contratos separados cuando variara uno de los mencionados elementos, frente a la ejecución de las prestaciones o la materialización del contenido de la obligación. En ese orden de razonamiento se inscribe el Informe N° 1/2010, de 3 de febrero, emanado de la JCCA de Canarias, sobre aspectos relativos a la cuantificación del importe de determinados contratos de suministros y servicios a efectos de su consideración como contratos menores, donde estableció que: *“no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, después de haberse realizado un primer contrato, se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer contrato; en tal caso, los sujetos y el objeto contractuales son los mismos, pero la causa (finalidad o circunstancias que motivan su necesidad) es distinta, y esto determina que se trate de dos contratos distintos”*³⁴⁵.

Pues bien, el fraccionamiento fraudulento en la contratación pública consiste en la división del objeto de un contrato en partes independientes para presentarlas como unidades aisladas y autónomas, alterando el valor total estimado del contrato original,

1/2009, de 25 de septiembre, también existe fraccionamiento indebido, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Por otra parte, la excepción a la prohibición del fraccionamiento mediante la contratación por separado de las prestaciones del contrato, se podía verificar si estas prestaciones gozan de individualidad al no encontrarse vinculadas entre sí por vínculos funcionales u operativos, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, ver Informe N° 57 /2009, de 1 de febrero de 2010 de la JCCA. Así mismo, BATET JIMENEZ, sobre la unidad funcional, manifestó: “La unidad funcional constituye un concepto jurídico indeterminado, de esos que nos provocan inseguridad a los gestores de la contratación pública porque en algunas ocasiones es difícil reconocer cuál es la interpretación adecuada al supuesto concreto. Tras analizar las circunstancias que en cada caso concurren procede enjuiciar si la contratación fraccionada de necesidades de igual naturaleza, o su escalonamiento en el tiempo, resulta justificada por las propias circunstancias de tales necesidades, o si deberían ser atendidas mediante un único contrato” (BATET JIMÉNEZ, M.P., (2015) Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica

31/08/2015. [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/relmenu.3/chk.b7974fb7df44f87104b46ceed0094915\)](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/relmenu.3/chk.b7974fb7df44f87104b46ceed0094915)

³⁴⁵ http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/Inf-10-01-Contratos-Menores-Fraccionamiento_tcm15-5968_tcm58-10732.pdf consultada el 14 de septiembre de 2017

mediante la disminución de la cuantía, con la firme intención de evadir el cumplimiento de requisitos fundamentales de los procedimientos de contratación y abrir las puertas a actos irregulares fuera del control adecuado.

Esta acción fraudulenta se encuentra reñida con la preservación de los principios de publicidad, concurrencia y competencia, en favor de todos los potenciales licitadores, y genera consecuencias penales para la persona que incurra en tal práctica ilícita. A todo evento, conviene tener presente que, a la hora de analizar la realidad de las contrataciones, el posible carácter fraudulento del fraccionamiento no debería presumirse en base a criterios generales establecidos a priori, sino que debería acreditarse en cada caso, tomando como base las propias circunstancias y la forma de tramitación de la concreta situación.

Uno de las formas habituales de falsear la competencia e incurrir en fraccionamiento indebido de los contratos es el empleo de la figura del contrato menor, para evadir la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública, aprovechando que el contrato menor tiene como finalidad satisfacer ágil y rápidamente las necesidades de baja cuantía de los órganos de la Administración como se verá a continuación.

1.9. El fraccionamiento fraudulento a través del empleo del contrato menor

No se puede pasar inadvertido hacer comentarios sobre la figura del contrato menor, cuando se está analizando el fraccionamiento irregular del objeto de los contratos en el sector público, por el tradicional y ligero uso que se le ha otorgado a aquella forma de relación contractual por parte de los operadores públicos principalmente. El contrato menor aparece en el escenario de la contratación pública española con la intención de cumplir con el principio de eficiencia en la contratación pública, a partir de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de Administraciones Públicas, con la idea de potenciar la actividad de las compras de las Administraciones Públicas de forma ágil y simplificada; aun cuando en el Decreto 923/1965, de 8 de abril ya se regulaban formas de contratación directa para suministros menores. Luego se reguló en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y

posteriormente se recogió en el artículo 139.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), donde se definía a los contratos menores como aquellos que tenían un importe inferior a 50.000 euros, cuando se tratase de contratos de obras, o a 18.000 euros, para el resto de los contratos, pudiendo adjudicarse directamente a cualquier persona con capacidad de obrar y que contase con la habilitación necesaria para ejecutar la prestación correspondiente. Observándose una gran flexibilidad para los poderes adjudicadores, quienes podían adjudicar directamente estos contratos a empresarios, sin procedimiento, y con muy pocos requisitos, ya que sólo se exigía la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente³⁴⁶.

En ese mismo orden de razonamiento, con base en lo previsto en el TRLCSP, la Junta Consultiva de Contratos Administrativa de la Comunidad de Canarias, a través de su informe N° 6/2009, de 30 de julio de 2009, explica los principales elementos característicos del contrato menor, de la siguiente forma: i. La tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato de obras, además el presupuesto de las mismas; ii. No podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios; iii. No es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; iv. Tampoco se exigen pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares; v. Los principios de publicidad y concurrencia no son de obligatorio cumplimiento; y vi. No es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir los principios fundamentales recogidos en la ley.

³⁴⁶ Ver los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa N° 40/95 (EDD 1996/51868), N° 10/98 (EDD 1998/58586) y N° 12/02 (EDD 2002/122946), donde se señala que “... la interpretación literal de los preceptos conduce a la conclusión de que, para que un contrato sea menor basta atender a su cuantía y que respecto de ellos sólo serán exigibles la aprobación del gasto de la factura correspondiente, sin perjuicio de que en el contrato menor de obras se exija el presupuesto y el proyecto, este último cuando normas específicas lo requieran, debiendo significarse la utilización del adverbio "solo" equivalente a "únicamente" y la circunstancia de que cuando la Ley ha querido precisar la exigencia de otros requisitos lo ha hecho expresamente en el propio artículo 57 para el contrato menor de obras”, lo que no obsta para que, en los informes reseñados, se reconozca la posible aplicación de determinados requisitos generales de los contratos previstos en el artículo 11 de la Ley, entre los que no figura la constitución de garantías definitivas (informe 12/02; EDD 2002/122946), ni tampoco otros que no se mencionan expresamente en la Ley, como documento de formalización, por simple exclusión y omisión de su cita”.

Luego de la puesta en vigor del nuevo paquete de directivas europeas, la JCCA de Cataluña, a través de su Informe 14/2014, de 22 de julio de 2014³⁴⁷, destaca el carácter especial y excepcional –a la vez- del contrato menor, indicando que en todo momento se debe salvaguardar la integridad de las normas en materia de contratos del sector público:

“la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor”.

En ese mismo informe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, destacó la inoportunidad de celebrar contratos menores para atender necesidades periódicas o permanentes. El informe se produjo en ocasión a la consulta que se le formulara sobre, si era posible, formalizar sucesivos contratos menores de servicios y suministros que se requieran de manera reiterada, para responder a necesidades de carácter recurrente, conforme con la normativa de contratación pública. La JCCA afirma, en su análisis, que el recurso a la contratación menor supone la excepción de los principios básicos de la contratación pública, por lo que hay que entender que su utilización ha de ser bien delimitada o restringida, pues la realidad demuestra que la apariencia de legalidad de la contratación menor se utiliza para incumplir la normativa de contratos. Llegando a la conclusión, que la suscripción de contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente, puede no ser el mecanismo más adecuado y más conforme con la normativa en materia de contratación pública para cubrir este tipo de necesidades e,

³⁴⁷ Disponible en: http://www10.gencat.net/ecofin_jcca/idr/docs/Informe%2014-2014-CP-cast.pdf consultada el 14 de febrero de 2017

incluso, puede llegar a ser contrario a aquella normativa, según las circunstancias concurrentes en cada caso³⁴⁸.

Luego de varias críticas de la doctrina calificada, en cuanto al indebido empleo de la figura de los contratos menores, reclamando su modificación e, incluso, hasta sugiriendo su eliminación, se produce la nueva disposición normativa en esta materia, contenida en el artículo 118 de la LCSP, donde se determinan las remozadas condiciones de los contratos menores, con la intención de limitar su utilización para evitar que se desvirtúe la institución jurídica. El primer cambio visible fue la disminución de los topes de valor estimado individual de los contratos para ser considerados menores; precisando que, se consideraran contratos menores, los contratos cuyo valor estimado sea 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.

Aun cuando la norma no lo establece expresamente, pero tomándolo de la enmienda 583 de adición, propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, incluida como mejora técnica del artículo, que indicaba “*el contratista no haya suscrito más contratos menores en la anualidad*”, así como la disposición del artículo 29.8 de la LCSP “*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*”³⁴⁹. Se debe interpretar que la limitación temporal ha de referirse a la ejecución presupuestaria anual, esto quiere decir que no se le podrá adjudicar un nuevo contrato menor al mismo operador económico que supere los valores máximos referidos antes, dentro de la misma anualidad presupuestaria.

³⁴⁸ Este es mismo criterio sostenido por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el Informe 2/2016, de 25 de febrero, sobre el contrato menor y el fraccionamiento de los contratos, en el que manifestó: “*a prestación de los servicios docentes se están formalizando mediante sucesivos contratos menores. Tal como viene poniendo de manifiesto esta Comisión Consultiva al pronunciarse sobre la cuestión de los contratos menores, la utilización de éste permite una simplificación sustancial del procedimiento contractual y, configurándose como una excepción a la aplicación de los principios de publicidad y libre concurrencia en el acceso a las licitaciones, su uso debe ser restrictivo para atender necesidades puntuales de bajo importe y duración determinada, y no para necesidades continuadas, y en algunos casos previstas. En otro caso, podría estar produciéndose un fraccionamiento en la contratación prohibido por el TRLCSP*”. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Infome-2-2016.pdf consultada el 13 de enero de 2016

³⁴⁹ Ver Informe N° 1/2018, de 11 de abril, de la Junta de Contratación Administrativa de Madrid; Informe N° 1/2018, de 20 de abril, de la JCCA de Cataluña; Informe N° 1/2018, de 25 de abril de la JCCA de Galicia; Informe N° 4/2018, de 15 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, e Informe N° 6/2018, de 12 de julio de la JCCA de Andalucía. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/18/07/Informe_6-2018.pdf

No obstante, el anterior criterio interpretativo, previamente se había dictado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en el expediente 42/2017³⁵⁰, donde se afirmó que la disposición contenida en el artículo 118.3 de la LCSP, tiene como finalidad justificar en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con fines fraudulentos para subvertir los umbrales previstos para este tipo de contratos. Así mismo señaló el informe, que 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 distintas.

“Por esta razón, 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.”(Informe 42/2017 JCCPE)

En cuanto a la limitación definida por el tiempo, el mismo informe citado, definió que la duración venía impuesta por el artículo 29.8 de la LCSP, esto es un año sin prórroga. Por tal motivo, cuando se vayan a celebrar más de un contrato con el mismo contratista, si la separación entre los contratos menores excede de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor; no

³⁵⁰ Disponible en:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/42-2017%20contratos%20menores%20And%C3%BAjar.pdf> consultada el 23 de febrero de 2017

obstante la interpretación no se refiere a la anualidad presupuestaria como si lo hicieron los informes posteriores de las juntas consultivas³⁵¹.

No obstante, la fórmula a la que llegan los órganos jurisdiccionales de contratos, en la práctica sigue agregándole requisitos y limitaciones al contrato menor, cuando precisamente su naturaleza era dotarlo de agilidad y simplicidad, para que desplegase su capacidad de satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores a un coste reducido, y con la posibilidad cierta del acceso de las pymes a este tipo de contratos. Limitar y restringir la operatividad del contrato menor, como puede ocurrir con este tipo de medidas, ocasionaría la ausencia de ofertas en sectores determinados de la economía donde trabajan escasos operadores económicos por su cualificación científica, técnica o profesional. A todo evento, lo que debe garantizarse es la transparencia, la publicidad y la eficiencia en el empleo de los contratos menores para evitar prácticas fraudulentas.

Pues bien, en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá un informe que deberá suscribir el titular del órgano de contratación, en el que se justifique y motive suficientemente la necesidad e idoneidad del contrato menor, aplicando analógicamente la disposición contenida en el artículo 28 de la LCSP; en tal sentido los órganos de contratación deberán razonar sobre: “...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,” (...), esto es, deberán justificar el por qué resulta pertinente acudir al contrato menor en la compra pública de la que se trate.

Asimismo, se repite en la norma la necesidad del requerimiento de la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que se establece la ley. En el caso de contratos menores de obras, deberá añadirse, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe facultativo de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo

³⁵¹ Por último la JCCAЕ en su informe 5/2018, se refiere a la limitación de los contratos menores en cuanto al cómputo del plazo y concluye: “La aplicación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público supone que la limitación en él descrita, que debe interpretarse conforme a lo establecido en nuestro informe 41/2017 de 1º de marzo, debe así mismo valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley de 2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores”.

235 de la LCSP, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Se prevé en la norma comentada, una declaración de integridad y honestidad, para que quede constancia en el expediente la justificación expresa de 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 de los valores estimados máximos para entender que se está en presencia de un contrato menor, dentro de una anualidad presupuestaria³⁵². Constituyendo una responsabilidad del órgano de contratación verificar el cumplimiento de la anterior obligación, y específicamente se refiere al órgano que directamente ejerce facultades de ejecución dentro del órgano de contratación, por delegación o desconcentración, siempre que lo hagan de forma autónoma y ejecuten partidas presupuestarias³⁵³.

En lo que respecta al cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, de relevancia fundamental en materia de los contratos menores, se determina expresamente que la información relativa al objeto del contrato menor, su duración, importe de adjudicación, incluyendo el IVA y la identidad del adjudicatario, deberá ser publicado, por lo menos trimestralmente, en el perfil de contratante, exceptuándose de esta obligación los contratos cuyo valor sea inferior a cinco mil euros³⁵⁴.

Así mismo, en materia de control, también se prevé una norma muy importante, prevista en el artículo 335 de la LCSP³⁵⁵, que obliga a los órganos de contratación remitir al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma respectiva, una relación trimestral de los contratos formalizados por esos órganos, incluidos los contratos menores cuyo valor estimado sea superior a cinco mil euros.

³⁵² Sobre la duración de los contratos menores, ver artículo 29.8 de la LCSP, se expresamente establece: *“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”*.

³⁵³ Ver Informe N° 6/2018, de 12 de julio de la JCCA de Andalucía, antes citado.

³⁵⁴ Vid. Artículo 63. 4 de la LCSP

³⁵⁵ Vid. Disposición adicional primera letra e

2. Las formas de participación de las empresas emergentes en las compras públicas

Un aspecto interesante de la nueva normativa sobre contratación pública a partir de la puesta en vigor de la Directiva 2014/24/UE y, ahora ratificado, con la vigencia de la LCSP, vinculado a los aspectos de inclusión y la concurrencia, es la modulación de los criterios de solvencia sobre las empresas nueva creación, para facilitarles el acceso al mercado de la contratación pública.

Se entiende por empresa de nueva creación, según la LCSP, aquel operador económico o entidad que tengan menos de cinco años de creación, contados a partir de que adquirió su personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro Mercantil respectivo³⁵⁶. Estas empresas de nueva o reciente creación se asimilan en el mundo empresarial a las denominadas empresas emergentes o *Startups*, las cuales son entidades o agrupaciones humanas, que apenas arrancan su vida económica, que se encuentran abriéndose un espacio en el mercado y que normalmente están asociadas a la innovación. También son asimiladas a proyectos de emprendimiento, no constituidos, distanciándose en este caso de las empresas de nueva creación que regula la LCSP, debido a que éstas últimas ya están legalmente constituidas, pero su característica fundamental es que poseen menos de cinco años de creación.

Está claro que a estas empresas se les dificultará acreditar la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, exigidas para poder participar en los procedimientos de contratación pública, pues, para celebrar contratos con el sector público los operadores económicos deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, y profesional o técnica que determine el órgano de contratación (Art. 74 LCSP).

³⁵⁶ Sobre el fomento de estas empresas en la contratación pública se pronunció GUERRERO MANSO, M., (2017) “La necesaria revisión...op. cit, p. 153: *“Otro de los problemas que suscita ese término es su posible incidencia en relación a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) y las Startups o empresas emergentes en el mercado. Uno de los objetivos de la Unión Europea es facilitar su participación en las licitaciones públicas, potenciando su contacto con otras empresas del mismo o diverso sector, objetivo que entre otras vías podría conseguirse a través de las consultas preliminares del mercado. Pero es evidente que hasta que consigan superar las barreras de acceso a la contratación pública no serán empresas activas”*.

No obstante, la Directiva 2014/24/UE, estableció en su artículo 60.3, una excepción a la regla general, que obliga a acreditar la solvencia económica y financiera del operador económico a través de los siguientes instrumentos: a. Certificación bancaria o, cuando proceda, una prueba de estar asegurado contra los riesgos profesionales pertinentes; b. Presentación de estados financieros o de extractos de estados financieros, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido; c. Declaración en la que se especifique el volumen de negocios global de la empresa, correspondiente, como máximo, a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de esa información (Anexo XII. P.1). La señalada excepción aparece en la parte final de la citada norma, al indicar: *“Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado”*. Esta disposición abrió las puertas para que los poderes adjudicadores pudieran, por una parte aliviar algunas exigencias y, por otra parte, aceptar otros medios para acreditar las solvencias respectivas.

En sintonía con la norma europea antes citada, la LCSP hizo lo propio para avanzar en esa política de apertura e inclusión de empresas emergentes en la contratación pública; estableciendo expresas excepciones en cuanto a la acreditación de las respectivas solvencias técnicas para las empresas de nueva creación en los casos de contratos de obras³⁵⁷, suministros³⁵⁸ y servicios³⁵⁹. No obstante, en general, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba innominados sobre las solvencias,

³⁵⁷ En el artículo 88.2, al regular los supuestos de contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros, expresamente se establece que las empresas de nueva creación podrán acreditar la solvencia técnica por uno o varios de los medios alternativos que ella misma señala, sin poder exigirle a la empresa de nueva creación que acredite la ejecución de un número determinado de obras.

³⁵⁸ Por su parte, en el artículo 89.h de la LCSP, para los casos de contratos de suministros que no estén sujetos a regulación armonizada, las empresas de nueva creación también podrán acreditar la solvencia técnica por uno o varios de los medios que la ley establece y que se determine en el PCAP. Sin poder exigírsele a la nueva empresa que acredite una relación de un número determinado de suministros ejecutados.

³⁵⁹ Lo mismo ocurre, con los contratos de servicios no sujetos a regulación armonizada, ya que en el artículo 90 de la LCSP, se le permite a las empresas de nueva creación acreditar su solvencia técnica por uno o varios de los medios alternativos que se determina en la norma, y que se defina específicamente en el PCAP.

distintos a los que se señala expresamente la ley³⁶⁰. A todo evento las determinaciones y exigencias de las solvencias se deberán especificar en el PCAP, para cada contratación en particular³⁶¹.

En lo que respecta a la acreditación de la solvencia económica y financiera de la empresa de nueva creación en un proceso de contratación pública, la situación sigue siendo cuesta arriba, aun cuando la vigente ley alivió algunos de los requisitos exigidos en la normativa anterior. Igualmente se exige un volumen anual de negocios, ya sea en el ámbito material al que está referido el contrato o no, tomando como muestra el mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, en función de la fecha de constitución de la empresa o del inicio de las actividades económicas y de la presentación de las ofertas por un importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato; o un balance que determine el patrimonio neto, o bien la ratio entre activos y pasivos al cierre del último ejercicio económico (Art. 87.1.a y c LCSP).

Está claro que para una empresa de reciente creación le resulta difícil cumplir con esas exigencias, debido a que los importes a los que alude la norma son los montos del movimiento de las empresas o del negocio, que se traducen en las cuentas anuales que constan en documentos contables y que además deben ser aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil. Sobre todo, cuando los requisitos de la ley se tornan de obligatoria exigencia y cumplimiento. Sin embargo, en aplicación de las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE, antes citadas, y de conformidad con lo dispuesto en apartado 1 del artículo 86 de la

³⁶⁰ Véase artículo 86.1 de la LCSP.

³⁶¹ Véase circular 1/2018, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre criterios de solvencia susceptibles de ser utilizados en la contratación pública de servicios por los diferentes órganos de contratación de la Junta de Extremadura, pp. 5 y 6: *“En defecto de determinación específica la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato. En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años (computados hasta la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas), no se le podrá exigir en ningún caso esta forma de acreditación de solvencia técnica, por lo que de exigirse la misma habrá que prever en el CRC: - Forma alternativa de acreditación para empresas de nueva creación.”*

LCSP³⁶², en los casos de la solvencia económica y financiera, se podrá demostrar la capacidad o la solvencia con cualquier otro medio de prueba que el órgano de contratación considere conveniente, siempre y cuando lo determine en el PCAP³⁶³.

Ante este panorama sigue siendo la división en lotes del objeto del contrato la solución más efectiva, que permite sincerar la capacidad de los licitadores a la realidad de ejecución de la fracción del contrato que corresponda, debido a que los criterios de solvencia económica y financiera, se aplicarán en proporción del valor del lote al cual el operador económico decide participar, esto es, los criterios de solvencia se aplicarán en relación a cada uno de los lotes. Adicionalmente, el órgano de contratación podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo (Art. 87.1.a in fine LCSP). Por último, resulta gráfico y aleccionador el apartado 4 del artículo 87 de la ley, cuando termina indicando que los requisitos de solvencia económica y financiera deberán ser

³⁶² En similares términos que la Directiva 2014/24/UE el apartado 1 del artículo 86 de la LCSP, señala: “Cuando por una razón válida el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.”

³⁶³ Véase 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: “Desde la perspectiva del Derecho comunitario la Directiva 2014/24/UE regula esta cuestión en su artículo 60. 3 y 4 cuando establece: “Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I. Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.” (...)”De los anteriores preceptos se deduce que la Directiva 2014/24/UE admite medios alternativos de acreditación de la solvencia económica y financiera pero no de la solvencia técnica o profesional, que se ha de acreditar estrictamente por uno o varios de los medios enumerados en la norma. En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se contempla esta previsión para solvencia económica en el artículo 86.1 con una redacción muy próxima a la de la Directiva.” (...)”Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, conforme a la reiterada doctrina de esta Junta Consultiva, la determinación de los requisitos de solvencia exigibles, siempre dentro de los que enumera la Ley, corresponde al órgano de contratación, “sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir con las exigencias establecidas y otros no” (Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 51/2005, de 19 de diciembre). De este modo, incluso en los contratos sujetos a regulación armonizada podrá el órgano de contratación no aplicar el requisito de acreditar la relación de las obras, suministros, servicios o trabajos ejecutados en los últimos años si no es indispensable para acreditar la solvencia técnica. Pero si lo exige, en estos contratos no se aplicaría la excepción tantas veces aludida respecto de las PYMES.”). Disponible en:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/REC%20OMENDACION%20C3%93N%20marzo%202018.pdf> consultada el 18 de noviembre de 2018

proporcionales al objeto del contrato, pero nunca deben suponer un obstáculo a la participación de las pymes en las compras públicas.

Lo cierto es que aun cuando los poderes adjudicadores se resistan a abrir las puertas de la contratación pública a empresas emergentes o de nueva creación³⁶⁴, las normas han cambiado y han dado un paso adelante en la apertura del mercado a ese sector, por supuesto, con los controles debidos y con las garantías necesarias, tanto para las empresas, como para la correcta ejecución de los contratos³⁶⁵.

No se puede desconocer la firme iniciativa de la UE en apoyar la creación y consolidación de nuevas empresas, tal y como se desprende del documento presentado por la Comisión Europea en Estrasburgo, 22 de noviembre de 2016,

³⁶⁴ Observamos sendas resoluciones en las que se podía observar la resistencia a la consideración de las condiciones de las nuevas empresas. Resolución nº 679/2015, de 17 de junio de 2015, del TACRC, en el Recurso nº 690/2015, C.A. Galicia 87/2015, donde se expresó: “Pues bien, como señala el órgano de contratación, y en aplicación de nuestra doctrina ya expuesta, entendemos que la experiencia solicitada en el PCAP que nos ocupa constituye un requisito legítimamente exigible, puesto que la determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia exigidos corresponde a la Administración contratante entre los enumerados en el TRLCSP, y la experiencia, como criterio, se encuentra mencionada en el art. 77.1 a); tal criterio está relacionado con el objeto y el importe del contrato; figura en el PCAP y en el anuncio del contrato; es un criterio determinado; y no se ha alegado siquiera de contrario que sea desproporcionado o inadecuado para acreditar la solvencia. En cuanto a que pueda producir efectos de carácter discriminatorio (**como excluir empresas de reciente creación**), ya se ha dicho (informe de la JCCA 51/2005, de 19 de diciembre y Resoluciones de este Tribunal 16/2012, de 13 de enero y 212/2013, de 5 de junio), que no es discriminatorio el solo hecho de que no todos los empresarios puedan acreditar la solvencia exigida en el pliego.

A mayor abundamiento, que ésta es la tendencia del Derecho de la UE se manifiesta en la Directiva 2014/24/UE, pendiente de trasposición, que es aún más explícita, al señalar que “Con respecto a la capacidad técnica y profesional, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado” (art. 58). No basta, pues, la relación de personal técnico con que la recurrente pretende acreditar su solvencia técnica, ni se la puede exceptuar, como pretende, de la acreditación de la experiencia exigible” Disponible en:

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%200690-2015%20GA%2087-2015%20\(Res%20679\)%2017-07-15.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202015/Recurso%200690-2015%20GA%2087-2015%20(Res%20679)%2017-07-15.pdf) consultada el 3 de octubre de 2018. Con el mismo criterio la Resolución 79/2015, de 10 de septiembre de 2015, del TARC de Castilla y León, en el Recurso 77/2015, disponible en:

<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TARCCYL/TARCCYL%2079-2015.pdf> consultada el 3 de octubre de 2018.

³⁶⁵ Se recomienda la consulta de la Resolución nº 383/2017, de 28 de abril de 2017, del TACRC, Recurso nº 241/2017, en la que al analizar un pliego de cláusulas administrativas particulares reafirma la procedencia de establecer parámetros más aliviados para cumplir con la solvencia técnica por parte de empresas de nueva creación. Disponible en:

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200241-2017%20\(Res%20383\)%2028-04-2017.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200241-2017%20(Res%20383)%2028-04-2017.pdf) consultado el 20 de octubre de 2018

denominado La Comisión impulsa la creación de empresas en Europa³⁶⁶, a través del cual se pretende brindar a los muchos empresarios innovadores de Europa las mejores oportunidades para que conviertan sus empresas en líderes mundiales. La Iniciativa reúne todas las posibilidades que ya ofrece la UE e insiste en la inversión en capital riesgo, la legislación en materia de insolvencia y la fiscalidad; esto demuestra que la visión estratégica en la incorporación de nuevas empresas, que normalmente son pymes, no es una acción aislada sino obedece a una política europea integral de avanzar hacia un desarrollo sostenible.

Por último, como lo pudimos observar claramente antes, la intención de apertura fue recogida por la legislación española de contratos públicos, para facilitarle el acceso a las pymes y así como a las empresas emergentes en las licitaciones públicas, dinamizando la actividad económica y facilitando el emprendimiento empresarial, lo que debe ser interiorizado y tomado en cuenta por los poderes adjudicadores cuando se dispongan a preparar los contratos y a redactar los pliegos de contratación, donde se coloquen las exigencias de las solvencias respectivas.

3. Participación de las pymes en la contratación pública por medio de uniones temporales de empresarios (UTE)

Las uniones temporales de empresarios (UTE) representan una de las manifestaciones de los modelos económicos asociativos o colaborativos que se vienen desarrollando en los últimos tiempos, a partir de la necesidad de agrupación de las personas para cumplir objetivos similares o comunes, asumiendo la legítima idea de que unidos pueden consolidar espacios de fortaleza para potenciar sus proyectos, productos o servicios, a los fines de lograr sus metas individuales o compartidas. El mundo económico de hoy se mueve a través de las economías colaborativas o asociativas, de forma temporal o permanente, total o parcial, pero en la procura de alcanzar un objetivo que le es común a las partes que integran la agrupación.

³⁶⁶ Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3882_es.htm
consultada el 15 de noviembre de 2017

En el ámbito específico de la contratación pública se ha observado una tímida mención regulativa hacia la posibilidad de integración de actores económicos en esta figura asociativa para participar en los procedimientos licitatorios con el objeto de ampliar sus posibilidades competitivas o para cumplir colectivamente con las exigencias del mismo. Más allá de su promoción sincera y decidida, muchas veces se utilizó como excusa para justificar la desestimación de recursos por parte de los Tribunales Administrativos de Contratos, que al conocer impugnaciones en contra de pliegos o procedimientos de licitación donde no se adoptaron la fórmula de la división en lotes de los contratos, argumentaban que:

“...la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato”³⁶⁷.

No obstante, el razonamiento en el que se apoya el anterior criterio no resulta legítimo ni adecuado. Cuando se produjeron estas resoluciones aún no se encontraba en vigor el texto de la LCSP, y por ende no se contaba con las normas que promueven la división en lotes de los grandes contratos para facilitar el acceso directo de las pymes en el sector de las compras públicas, a pesar de que estaba regulada la posibilidad excepcional, en las directivas europeas y en el TRLCSP. Sin embargo, no resultaba lógico que la argumentación llegase a la conclusión que no era necesaria la división en lotes del contrato para permitir la inclusión de los pequeños actores económicos, debido a que éstos pueden perfecta y válidamente participar en la licitación a través de una unión temporal de empresas. la impertinencia del argumento se centra en dos aspectos, por una parte, la adopción de la agrupación empresarial comporta sus propias complicaciones formales por la naturaleza de la figura asociativa, generando trámites y requisitos adicionales, con lo cual no representa una facilidad, y por otra parte, la argumentación transforma indebidamente la agrupación empresarial de un derecho a la

³⁶⁷ Ver las resoluciones del TACRC 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 657/2014, de 12 de septiembre de 2014 y en 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, y la resolución 92/2012, de 12 de setiembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM)

asociación a una obligación o exigencia para contratar, desnaturalizando la institución jurídica analizada y colocándole una carga a las pymes para participar³⁶⁸; convirtiendo a las UTE en un vehículo especial, exclusivo y necesario dentro del cual se posibilitaría transitar por las autovías de la contratación del sector público.

Lo anterior no obsta para considerar que –a nuestro entender- la UTE representa en la actualidad una magnífica plataforma para reunir voluntades en torno a proyectos empresariales colaborativos, en los cuales cada integrante del conjunto puede aportar sus fortalezas para ser más competitivos y lograr sus objetivos. Y el sector de las contrataciones públicas no escapa de esa realidad, pues todo lo contrario, puede ser el escenario ideal para potenciar estas asociaciones empresariales, en donde pudieran encajar perfectamente las pymes, y así disminuir sus debilidades. Con la salvedad que la participación debe seguir constituyendo un derecho, esto es, debe partir de la libre voluntad de la entidad en participar, sin que se constituya, en una obligación, ni en una carga para estas empresas, como se expondrá a continuación.

Actualmente, tanto las normas comunitarias como la LCSP consagran y promueven la contratación entre las uniones temporales de empresarios con el sector público³⁶⁹. Estas agrupaciones, regulares o irregulares de operadores económicos, dentro de las que se pueden insertar las pymes como parte integrante de una UTE, le permiten cubrir en colectivo los requisitos cuantitativos y cualitativos de selección, referidos a acreditar las capacidades económica y financiera, técnica o profesional, exigidas por el poder adjudicador. Por lo tanto, se permite legalmente que un operador económico, en relación con un determinado contrato, recurra a las capacidades de otras personas para que -en conjunto- cumplan con el volumen de negocios determinado por el poder adjudicador o con las cualidades técnicas o profesionales requeridas para la ejecución del contrato. Cuando se constituyan las uniones temporales de empresarios para participar en una licitación pública, su duración deberá ser igual o superior a la vigencia del contrato, independientemente que las exigencias o regulaciones de la duración de estas uniones de empresarios en otros regímenes jurídicos.

³⁶⁸ CASTRO MARQUINA, G., “La división en lotes:...op. cit., p. 522: “...asumir como remedio a la restricción el recurso a las UTE, implica conculcar el carácter de derecho de las mismas para convertirlas en una genuina obligación de cara a las PYME”.

³⁶⁹ Artículos 19.2 y 63 de la Directiva 2014/24/UE y 69 de la LCSP

Las UTE no son nuevas ni exclusivas para interactuar en el ámbito de los contratos del sector público, aunque es el escenario donde se desenvuelven con mayor intensidad, han sido empleadas bajo distintas órbitas regulatorias y para diversos fines. Constituyen una conjunción de voluntades empresariales para lograr un objetivo común. En términos generales las UTE parten de una fórmula de asociación para una economía colaborativa en la que dos o más personas se reúnen para formar una organización distinta a la de sus integrantes, pero sin personalidad jurídica diferenciada, con la finalidad de fortalecer su presencia en un sector de la economía o en un procedimiento de licitación, a través de la suma de esfuerzos y capacidades, en la búsqueda de objetivos comunes, que pudiera ser cumplir con las exigencias sobre la capacidad económica, financiera, técnica y/o profesional, impuesta por el órgano de contratación³⁷⁰. Las formas que adopten pueden ser diversas, en palabras de GARCÍA-TREVIJANO:

“...son variadas las formas de colaboración empresarial, pudiendo adoptar estructuras más o menos complejas. La puesta en común de medios humanos y materiales de dos o más empresas puede materializarse mediante sistemas complejos, como podría ser la constitución de una sociedad participada por los empresarios que deciden aunar esfuerzos, o bien a través de formas más simples, como por ejemplo la suscripción de pactos de los que no derive el establecimiento de una estructura organizativa común...”³⁷¹.

Efectivamente las UTE se pueden manifestar a través de diferentes formas organizativas, más o menos formales, con mayor o menor intención de permanencia, más allá de la duración del contrato. Pero esto, en principio, no le preocupa a las normas de la contratación pública en la fase de presentación de las ofertas, debido a que no se exige la formalización de la UTE mediante escritura pública, hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. La relación jurídica que los une, el título que ostenten o la forma jurídica que adopten, resulta irrelevante a los fines de las normas que regulan la licitación, lo que sí es determinante y constituye una condición infranqueable es que –con miras de la presentación de las ofertas– se los empresarios manifiesten su intención de concurrir a través de una unión temporal, por lo que deberán

³⁷⁰ Aunque incluso las propias UTE pudieran recurrir a las capacidades externas de otras organizaciones distintas a la unión temporal para cumplir con las solvencias exigidas (Artículo 75.1 de la LCSP).

³⁷¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 2004, p.16. ISBN: 84-470-2116-5

aportar sus identificaciones, sus respectivas participaciones y las circunstancias o motivaciones, y más importante aún, que demuestren el compromiso de constituirse formalmente en una unión temporal de empresarios en caso de recibir la adjudicación del contrato, con la finalidad de cumplir o asegurar las prestaciones contenidas en el mismo.

En consecuencia, la formalización de la UTE se le exigirá a la agrupación que resulte beneficiada de la adjudicación, y luego que se produzca ésta; sin determinarle una forma específica de organización o vínculo. No obstante lo anterior, de forma excepcional, los poderes adjudicadores podrán exigirle a la UTE adjudicada que adopte una forma jurídica específica o determinada para su organización y con quien se entablará la relación contractual, cuando esa forma relacional sea condición necesaria para la correcta ejecución del contrato³⁷². En virtud de lo anterior, y por vía de excepción, la calificación de la agrupación de los operadores económicos y su forma de organización, resulta determinante para el éxito en la ejecución del contrato, en tanto, el poder adjudicador considera necesaria para lograr el objeto del contrato.

Los poderes adjudicadores podrán establecer en los pliegos de la licitación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos de selección sobre sus capacidades económicas y financieras o sobre sus cualidades técnicas o profesionales, según lo previsto en las normas europeas y en la legislación de contratos³⁷³, siempre que ello esté justificado por motivos objetivos y su consideración sea proporcional con el diseño del procedimiento y con el objeto del contrato³⁷⁴. También se deberán identificar en los pliegos de contratación, las condiciones para la ejecución de un contrato por las referidas agrupaciones de operadores económicos que sean diferentes a las que se impongan a los participantes individuales, las cuales igualmente deberán estar justificadas por motivos objetivos y proporcionados.

³⁷² Vid. Artículo 19.3 de la Directiva 2014/24/UE

³⁷³ Vid. Artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 74.2 de la LCSP

³⁷⁴ Cabe destacar que de conformidad con lo establecido en el Reglamento (UE) N° 2016/7, que establece el formulario normalizado del Documento europeo único de contratación (DEUC), Anexo I, parte II sección C, se obliga a que cuando una empresa concurra a una licitación UTE con otra u otras, cada empresa integrante de la futura UTE deberá presentar un formulario normalizado del DEUC cumplimentado de acuerdo con lo indicado en dicho reglamento. <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf>

Se puede advertir el supuesto establecido en el artículo 75.4 de la LCSP, para los casos de la ejecución de contratos de obras, contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, donde por razones técnicas, se señala la obligación para los poderes adjudicadores de establecer en el respectivo pliego de condiciones, la exigencia para que determinadas partes, trabajos, tareas calificadas o críticas, deban ser ejecutadas directamente por una persona especializada y, por lo tanto, específica de una unión temporal de empresarios, en atención a la especial naturaleza de los trabajos que se deben realizar³⁷⁵. Como es lógico se trata de una exigencia determinada previamente desde el pliego no sobrevenida, porque de lo contrario se estaría violando el principio de transparencia y el principio de seguridad jurídica. En fin, “...la circunstancia de que no pueda exigirse a un colectivo de operadores económicos más requisitos que los establecidos individualmente, favorece la agrupación de pequeñas empresas que pueden concurrir conjuntamente a los contratos públicos”³⁷⁶.

Resulta importante destacar lo siguiente, quien en definitiva recibe la adjudicación es la UTE, no los integrantes de ella, y es con la UTE con quien se relaciona la Administración a través de la suscripción del contrato que se va a ejecutar. Ahora bien, los empresarios que concurren agrupados en la UTE deberán nombrar un representante o apoderado único de la agrupación con suficientes atribuciones para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta su extinción, sin perjuicio de la existencia de poderes conjuntos o mancomunados que se otorguen para cobros y pagos de cuantía significativa. Así mismo, los empresarios que componen la UTE, quedan obligados solidariamente a responder frente a la Administración, en virtud de la carencia de personalidad jurídica de la UTE. Sobre este punto conviene citar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 17ª del TS, de 21 de diciembre de 2012, en el recurso Nº 6586/2010 (RJ 2013, 1706), mediante la cual manifestó:

“...de un lado, permite, mediante esa fórmula de la unión temporal, el acceso a la contratación pública a empresas que no podrían hacerlo a título individual; y, de otro, establecer mecanismos que eviten que la unión temporal

³⁷⁵ Vid. Artículo 75.4 de la LCSP y artículo 19.1 último párrafo de la D2014/24/UE.

³⁷⁶ Gonzalo Barrio García, “Contratación pública y pymes. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública”, en Contratación Pública Estratégica (Dr. J.J. Pernas García), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 152.

pueda causar disfunciones en la Administración o perjuicios a los intereses públicos.

Y tales mecanismos son: (I) la imposición de una representación única y común que canalice las comunicaciones de la unión temporal con la Administración a través de un único cauce o interlocutor; y (II) el instituto de la responsabilidad solidaria, que está dirigido a que, en caso de incumplimiento, la exigencia de la responsabilidad derivada del mismo por parte de la Administración no pueda verse afectada por las disensiones que puedan haber existido entre los integrantes de dicha unión temporal durante el tiempo que esta existió y actuó.

Esto último supone, en definitiva, diferenciar en esas uniones temporales dos planos. Hay un plano externo, constituido por sus relaciones con la Administración contratante que consiste en considerar a la totalidad de los componentes de la unión temporal como si fueran un solo contratista; y en imponer; para que esto pueda ser efectivo, por un lado, un representación única común, y, por otro, un mecanismo de responsabilidad solidaria que, a los efectos de su exigencia por la Administración, permita reclamarla de manera indiferenciada e indistinta a todos los componentes de dicha unión temporal.

Como ciertamente hay un plano interno, que es el que se deriva de la personalidad jurídica diferenciada que continúan conservando los componentes de la unión temporal, pero que es irrelevante para el contrato administrativo, y para lo que servirá será para que cada uno de esos componentes pueda accionar contra el otro o contra el administrador común, si consideran que, mientras funcionó la unión temporal, incurrieron en un proceder incorrecto.

Y la consecuencia que de todo ello se deriva es que la responsabilidad solidaria de la unión temporal no desaparecerá cuando hayan existido diferencias entre sus componentes o cuando el representante o apoderado único no haya procedido correctamente, porque, encarnando uno y otro supuesto unas circunstancias puramente internas, éstas son ajenas al vínculo

jurídico existente entre la unión temporal y la Administración y, por ello, habrán de dilucidarse entre sus componentes en los términos que han sido apuntados.”

Por otra parte, los empresarios que deseen organizar uniones temporales o formar parte de ellas, deben darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE), llevado por la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda³⁷⁷, esta dependencia se crea por instrucción de los artículos 326 al 332 del TRLCSP, hoy derogado, con la idea de recopilar los datos de personalidad y capacidad de obrar, autorizaciones y habilitaciones, solvencia económica y financiera, y clasificación de las empresas, así como la concurrencia de las prohibiciones de contratar. El registro opera bajo los medios electrónicos, por lo que sus trámites se realizan a través de la web de modo telemático. Si los empresarios estuvieran inscritos en el referido registro, únicamente deberán comunicarle su interés de formar parte de una UTE, nueva o ya constituida.

Adicionalmente, resulta interesante destacar que la LCSP incorpora como novedad la tutela del principio de la libre competencia en la contratación pública, especialmente en estos casos donde se asocien empresas para un mismo fin, con la intención de evitar pactos irregulares que perturben el mercado. En ese sentido, a la par de la posibilidad de que las UTE contraten con el sector público, para ampliar el mercado y facilitar la concurrencia en los contratos públicos, es posible que se desvirtúe la idea original de la institución causándose perjuicios, al verificar pactos entre dos o más personas integrantes de una UTE para perjudicar a terceros y con ello asegurarse una posición comercial determinada de privilegio, limitando la libre competencia y el reparto del mercado. Frente a situaciones como ésta, donde se observen indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.

Si pese a recibir la información de las empresas, la mesa o el órgano de contratación, consideran que igual existen indicios fundados de colusión entre ellas, en

³⁷⁷<http://www.hacienda.gob.es/ES/Areas%20Tematicas/Patrimonio%20del%20Estado/Contratacion%20del%20Sector%20Publico/Paginas/ROLECE.aspx> consultada el 23 de junio de 2017

el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³⁷⁸; trasladará el caso a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo que se establecerá por vía reglamentaria, se pronuncie sobre aquellos. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación (Art. 150.1 LCSP).

La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación; sin embargo, la regulación e instrumentación procedimental de dicha suspensión y sus efectos, queda pendiente por un desarrollo reglamentario que no se ha producido, lo que supone una cierta inseguridad jurídica³⁷⁹.

Con miras del control evidenciado en el párrafo anterior, y en aras de la garantía de cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, la información de los contratos adjudicados a las UTE incluirá los nombres de los empresarios participantes y la identificación de la participación porcentual de cada una de ellas en la UTE, sin perjuicio de la publicidad derivada de su inscripción en el Registro Especial de Uniones Temporales de Empresas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

3.1. Consecuencias jurídicas derivadas de las modificaciones en la conformación de las uniones temporales de empresarios

³⁷⁸ El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, define las conductas colusorias, proscribiéndolas de la siguiente forma:

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.” Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946> consultada el 25 de junio de 2017

³⁷⁹ MANCILLA I MUNTADA, F., (2018) Comentario Artículo 150, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público, AAVV, Thomson Reuters, Navarra, p. 973.

Las alteraciones en la conformación de las uniones temporales de empresarios pudieran generar consecuencias jurídicas, dependiendo de la forma de la modificación y, principalmente, del momento cuando se produzca la modificación. Se observa como regla general, salvo ciertas excepciones, que si las modificaciones se producen antes de la formalización del contrato, la UTE deja de ofrecer garantías por lo que se excluirá del procedimiento, mientras que si las modificaciones se verifican luego de la suscripción del contrato, la idea es tratar de mantener en lo posible a los operadores económicos que queden en la ejecución del contrato.

En tal sentido, la modificación de la composición de una unión temporal de empresarios, producida durante la tramitación de un procedimiento de contratación y antes de la formalización del contrato, provocará la exclusión inmediata de la UTE del procedimiento. Las principales modificaciones que se pueden presentar son: i. El retiro de uno o varios integrantes de la UTE; ii. Cuando algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores; iii. Problemas sobrevenidos con las solvencias, capacidades o clasificaciones; y iv. Se considera que si la modificación consiste en el aumento del número de participantes en la UTE o la sustitución de alguno por otra empresa, no debería provocar la exclusión automática del procedimiento de licitación, hasta verificar si las empresas nuevas poseen las solvencias, capacidades o clasificaciones requeridas, si no están incurso en prohibiciones para contratar, o si con ocasión al cambio se está en presencia de actos de colusión³⁸⁰. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas, cuando alguna o algunas de las empresas que la integran incurran en una causal de prohibición para contratar.

³⁸⁰ Sobre la flexibilidad en el análisis de situaciones que se pudieran presentar, siempre es conveniente interpretar los caso a través de los principios generales de la contratación pública para lograr soluciones justas y equitativas, en ese sentido se pronunció, mediante sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2016, Gran Sala, as. C 396/14, dictada antes de la vigencia de la LCSP, en la cual estableció que un poder adjudicador no viola el principio de igualdad de trato cuando autoriza a uno de los dos operadores económicos que formaban parte de una unión de empresarios a la que dicha entidad invitó, como tal, a participar en la licitación, y quien hizo la primera oferta en un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, a sustituir a dicha agrupación tras su disolución y a participar, en su propio nombre, en el procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, siempre y cuando se acredite, por una parte, que ese operador económico cumple en solitario los requisitos definidos por dicha entidad y, por otra parte, que el hecho de que siga participando en dicho procedimiento no implica un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores. En el litigio principal, el primer requisito se cumplía sin dificultad. Si la empresa que presentó su oferta hubiera presentado su candidatura en solitario, habría sido preseleccionada.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178581&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=846115>

Sin embargo, las operaciones empresariales de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguno o algunas empresas integradas de una unión temporal, no impedirán la continuación de ésta en el procedimiento de adjudicación. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, serán requisitos obligatorios para que no generen su exclusión que: i. Posean plena capacidad de obrar; ii. No estén incurso en prohibición de contratar; y iii. Se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida en los respectivos pliegos de la contratación (Art. 69.8 LCSP).

Por último, no se considerará una modificación de la composición de la UTE, a los fines de su exclusión o continuación en el procedimiento de licitación, cuando a pesar de la alteración de la participación de las empresas, se mantenga la misma clasificación.

Por otra parte, cuando ya se ha formalizado el contrato con una UTE, y se produce una modificación en su composición, se procederá conforme lo señala el artículo 69. 9 de la LCSP, de la siguiente forma:

a. Si la modificación de la composición de la unión temporal supone el aumento del número de empresas, la disminución, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará, en primer lugar la autorización previa y expresa del órgano de contratación, y se debe haber ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en prohibición de contratar.

b. Cuando tenga lugar operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal,

serán requisitos obligatorios para que no generen su exclusión que: posean plena capacidad de obrar; que no estén incursas en prohibición de contratar, y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida en los respectivos pliegos de la contratación.

c. Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos³⁸¹.

3.2. Referencia a la posibilidad de recurrir a capacidades externas para cumplir con las solvencias requeridas

Adicionalmente a la posibilidad con que cuentan los operadores económicos para asociarse en UTE, y en especial para las pymes, con el objeto de cumplir con los requisitos relativos a la solvencia económica y financiera, así como para acreditar la capacidad técnica y profesional, exigidos por los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación pública³⁸²; los operadores económicos legítimamente pueden recurrir y apoyarse en las capacidades (económicas, financieras, técnicas profesionales) de otras entidades, sin reparo de la naturaleza jurídica de la relación que las une, eso sí, demostrando que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y que la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar³⁸³.

³⁸¹ En este mismo sentido se había pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias, el 16 de febrero de 2016, a través del informe 1/2016, en el que concluye que es factible efectuar una cesión del contrato por parte de la UTE a la entidad que no entró en concurso de acreedores, como una suerte de reorganización interna de la UTE, y para mantener el principio de la responsabilidad solidaria de los integrantes de la unión empresarial, sin vulnerar el principio de la libre competencia. http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/dgpatrimonio/galeria/Informe_1.2016.pdf

³⁸² Vid. Los apartados 3 y 4 del artículo 58 y el artículo 63 de la Directiva 24/2014/UE y 75 de la LCSP

³⁸³ Véase la STJUE, de 2 de diciembre de 1999, asunto: C-176/98, *Holts Italia*, apartado 22, donde se afirma: “*La posibilidad de que el licitador disponga efectivamente de los medios necesarios para la ejecución del contrato no puede presumirse y deber ser objeto de un examen de las pruebas y ningún licitador puede ser excluido por el mero hecho de que para la ejecución del contrato proyecte emplear medios que no le pertenece*”. Ese mismo criterio se ha manifestado reiteradamente a través de la doctrina establecidas en las siguientes resoluciones del TACRC 117/2012, 531/2013 y 505/2014, las resoluciones

Este recurso a sumar apoyos externos, contribuye a facilitar la participación de empresas de reducida dimensión para superar el escollo que muchas veces representa cumplir con las solvencias, principalmente materiales, económicas o financieras. A diferencia de la participación a través de una UTE, en estos casos no es necesario formalizar una relación jurídica concreta, ni constituir una forma asociativa formal (consorcio, cooperativa, sociedades, entre otros), simplemente es contar para el contrato específico con la solvencia de otra persona distinta a la relación contractual, y que, en principio, no asumirá ninguna responsabilidad con respecto a la ejecución del contrato. Sin embargo, esta entidad externa no debe estar incurso en alguna prohibición de contratar.

Resulta conveniente precisar que aunque el poder adjudicador pueda acogerse a la fórmula de acreditar la solvencia a través de medios externos, como lo permite el artículo 75 de la LCSP, éste estará obligado a cumplir con las exigencias sobre las condiciones de aptitud para contratar previstas en el artículo 65 de la LCSP. Por lo que será condición indispensable para contratar con un poder adjudicador que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que pueda completar el resto con la acreditación de los medio externos, pues, como lo indica la doctrina del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: “...de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público,...”³⁸⁴.

Cabe destacar adicionalmente que no todos los requisitos relativos a la solvencia pueden ser integrados mediante medios aportados por otras empresas, principalmente si se trata de asuntos vinculados estrictamente a las características o cualidades de una empresa en particular. Esto quiere decir que las aptitudes o cualidades propias de una persona, en principio, no pueden ser sustituidas por otra³⁸⁵. En ese mismo orden de idea,

del TACPM 18/2013, 18/2014 y 207/2014, el informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCAE, el informe 28/2009, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón y el informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la JCCAM, y las resoluciones 43/2013, de 10 de abril, y 252/2015, de 15 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

³⁸⁴ Véase resolución nº 252/2015, de 15 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

³⁸⁵ Véase el Informe nº 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCAE, apartado 4, en el que se afirma que: “...aquellos que se refieren a aspectos propios de esos organismos o empresas distintos es evidente que no pueden ser admitidos a tal fin. Tal es el caso de la acreditación de la solvencia financiera mediante referencia a empresas u organismos distintos, pues se trata de una referencia inequívocamente unida a la empresa no sustituible por referencias externas. Así, el informe de instituciones financieras o

con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e. de la LCSP, o a la experiencia profesional pertinente, los licitadores únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. En todo caso, corresponderá al órgano de contratación determinar los medios mínimos con que deben contar las empresas, en relación directa con la prestación objeto del contrato, así como cuando se basen en recursos de otras entidades, y determinar en los pliegos respectivos cuál es la documentación que se requiere para acreditar que disponen efectivamente de esos medios, de ser necesario.

El compromiso de la entidad que aporta sus capacidades al participante en la contratación, debe ser dirigido por escrito al poder adjudicador, escrito que deberá consignar el licitador que hubiera presentado la mejor oferta en correspondencia con el cumplimiento de los criterios de adjudicación fijados en el PCAP, previo requerimiento del órgano o la mesa de contratación, debidamente cumplimentado, dentro del plazo de diez días hábiles (Art. 150.2 LCSP); sin perjuicio de que el órgano o la mesa de contratación puedan exigirle al licitador que complementa, aclaren o demuestre algún aspecto que no les haya quedado claro o existan dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad del escrito de compromiso previamente consignado (Art. 140.3 LCSP).

A todo evento, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta en la ejecución del contrato, entre la empresa licitadora y la que ofrece su capacidad, incluso con carácter solidario, cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera.

el seguro de riesgos profesionales o las cuentas anuales, que en todo caso estarán referidas a elementos o partidas consignadas en las mismas, a que se refiere los apartados a) y b) del artículo 16 de la Ley, por tratarse de medios directamente relacionados con una empresa y que carecen de valor para acreditar la solvencia de empresas distintas. Sin embargo, la disponibilidad de personal técnico cualificado, de medios materiales tales como maquinaria, material, instalaciones y equipo técnico, de la experiencia exigida pueden ser acreditadas mediante las citadas referencias a medios de otras empresas ...”

Disponible

en:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2003/Informe%2045-02.pdf> consultada el 19 de mayo de 2016

4. La subcontratación y las pymes en el contexto de las compras públicas estratégicas

Dentro de la evaluación y análisis de las formas de participación activa de las pymes en el mercado -directo o indirecto- de las compras públicas, debe necesariamente estudiarse la útil figura jurídica de la subcontratación, debido a que normal y mayoritariamente es a través de la subcontratación que las pequeñas y medianas empresas podían colarse incidentalmente, como un actor de reparto, en las contrataciones públicas. Según, García-Trevijano: *“La subcontratación es una realidad dotada de un gran arraigo en la práctica de nuestra tradición Administrativa”*³⁸⁶.

Por lo tanto, se entiende por subcontratación la relación contractual secundaria que celebra una persona (contratista-subcontratante) con otra persona distinta de la relación contractual original (subcontratista), para que ésta ejecute parte de las prestaciones para las que la contratista-subcontratante había sido contratada original y directamente.

A hilo de lo anterior, es oportuno indicar que la subcontratación, vista desde el ámbito del derecho civil, refleja que *“...la ejecución de la prestación de un subcontratista va a corresponder no sólo a las previsiones de su contratante, el empresario, sino sobre todo a las previsiones del dueño de la obra, en vista del hecho de que el contrato celebrado por éste último con el empresario contiene una obligación que tiene un objeto idéntico a aquél que ha ejecutado el subcontratista...”*. En consecuencia, la subcontratación supone la existencia de *“...una persona que se encuentra asociada, con toda independencia, a la realización de las obligaciones nacidas del contrato, es parte de un grupo contractual compuesto por los dos contratos superpuestos. Estos dos contratos, constituyen un conjunto muy unido, que la comunidad de vida y de objeto, la subordinación del uno del otro hacen indisociables (...)”*³⁸⁷.

Esta forma secundaria de contratación presenta generalmente como dato característico la necesidad de recurrir a cualidades o especialidades que poseen

³⁸⁶ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., (1997) *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, Madrid, p.

³⁸⁷ MÉLICH-ORSINI, J. (2012). “Doctrina General del Contrato” Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas. p. 466.

determinadas empresas, en algún área o sector específico, para suplir deficiencias del contratista en la ejecución del contrato original. En virtud de lo anterior, con la incorporación de la subcontratista se busca dar mayor empuje y operatividad calificada a la actividad que debe desarrollar la contratista original. Y al mismo tiempo el subcontratista se beneficia de la posición de privilegio que tiene el subcontratante en una relación contractual a la que ya ha accedido y debe ejecutar, donde interviene sólo para ejecutar la prestación que acuerde con el subcontratante y que le permita el contrato original.

Esta figura jurídica de la subcontratación “...implica la desvinculación en algún eslabón de la cadena de valor, que será llevado a cabo por un tercero colaborador para proveer de productos, servicios de apoyo o actividades funcionales al subcontratista. Mediante la subcontratación, el emprendedor deja de llevar a cabo actividades que tradicionalmente realizaba internamente para externalizarlas”³⁸⁸. Se traza una línea relacional importante de segundo nivel, entre una persona que previamente había asumido una obligación contractual con su contratante original, y un tercero de la relación primigenia, que viene a constituir un nuevo vínculo jurídico. Sin embargo, dicha triangulación se consolida para ser más eficientes y con el fin último de que todos se vean beneficiados del resultado de esa relación.

La subcontratación encuentra cobertura constitucional en el sistema de libertades que consagra el texto fundamental, principalmente el derecho a la libertad económica, del que se puede inferir la libertad de empresa, y por lo tanto, la libertad de las personas para negociar, celebrar contratos, pactos y, en fin, para asociarse con fines lícitos³⁸⁹. Ahora bien, con base en esta señalada libertad económica es posible que los operadores económicos establezcan relaciones de subcontratación, incluso en el sector de los contratos públicos, pero cumpliendo con las normas estatutarias que rigen a las compras públicas.

³⁸⁸ BARBERO NAVARRO, J.L. (2006) *Factores de crecimiento de las Pymes españolas*, Fundación EOI, p. 99.

³⁸⁹ El artículo 38 de la CE, establece que: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

4.1. La regulación de la subcontratación en las compras públicas

Aun cuando ya se encontraba prevista la figura de la subcontratación en el ámbito de los contratos del sector públicos, la nueva LCSP la reitera con algunos pequeños ajustes, principalmente para promover y garantizar el uso de la referida institución jurídica por los pequeños y medianos empresarios con relativa seguridad jurídica. En el artículo 215.1 de la LCSP, se recoge el planteamiento general y básico, de la siguiente forma: *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos...”*

En la norma transcrita *ut supra*, se ponen en evidencia los aspectos principales, que definen la subcontratación en el sector público y que se resumen de seguidas: a. Se observa la presencia de un contrato principal o base, de donde se desprenden las prestaciones que ejecutará el nuevo sujeto; b. Se verifica el nacimiento de una nueva relación o un nuevo contrato, propio y autónomo, distinto al contrato principal³⁹⁰; c. Se observa la aparición de un nuevo sujeto, constituido por el tercero (subcontratista), quien vendrá a materializar parcialmente las prestaciones del contrato; d. Debe existir una previsión positiva al respecto en los pliegos de la contratación; e. Con el subcontrato no se persigue materializar una transferencia definitiva del contrato base, por el contrario, nace una nueva relación, que tendrá identidad con la prestación del contrato original que se deba ejecutar; f. Al contratante del contrato base no se le genera una nueva obligación, en virtud de la relación jurídica nacida del subcontrato; sólo el contratista del contrato original mantiene una doble relación, como consecuencia de la dualidad de contratos existentes simultáneamente³⁹¹; y g. El contratista principal sigue

³⁹⁰ Sobre la desvinculación de los contratos (principal y subcontrato) resulta interesante consultar el Informe 7/2016, de 30 de junio, (III 1 y 2), de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, emitido antes de la vigencia de la LCSP, donde se determinó que: “1. La falta del pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal no puede considerarse incumplimiento contractual a efectos de la incautación de la garantía. 2. La garantía constituida no puede destinarse al pago de las cantidades adeudadas al subcontratista puesto que aquella responde del cumplimiento de la correcta ejecución de la prestación pactada”. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Infome-7-2016.pdf consultada el 5 de julio de 2018

³⁹¹ Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones en la subcontratación se recomienda la consulta del Informe 23/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pp. 3-4., en donde afirmó: “...conviene recordar que las distintas relaciones de subcontratación en fase de ejecución no modifican la posición del contratista frente a la Administración —único obligado frente a ella—, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. (...) de tal manera que la relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal, y de la relación entre la Administración y el propio contratista. La subcontratación no

siendo responsable de la ejecución del contrato y mantiene todos los derechos y obligaciones derivados de él, sin perjuicio de que el cumplimiento se efectúe indirectamente, por medio del subcontratista³⁹².

Consecuente con el planteamiento general sobre la naturaleza jurídica del subcontrato, el artículo 215.7 de la LCSP, señala: “*Los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada*”. Efectivamente, tal posición legislativa ya había sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la siguiente forma:

“Una diferencia que la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar en los términos siguientes: “En los subcontratos la relación existente entre el contratista y sus subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista. El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que sólo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse.” (STS de 10 de febrero de 1990, Aranzadi 2143)”³⁹³.

Es más, se ratifica que la naturaleza jurídica de la relación surgida con ocasión de la subcontratación se inscribe dentro de la corriente jurídico-privada, pero ello no obsta para que se desarrollen algunas particularidades no propias del derecho privado, que encuentran justificación en el hecho de que las prestaciones contenidas en el contrato son –en su mayoría– actividades de interés general y donde se ve involucrados recursos públicos. Así lo señala TOLOSA TRIBIÑO:

introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse.” Disponible en:

<https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/232013.pdf> consultada el 23 de febrero de 2016

³⁹²TOLOSA TRIBIÑO, C. (2008). “La Subcontratación en la Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas” en *Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*. Editorial Lex Nova. Valladolid, España. p. 114. Así mismo, se recomienda consultar el artículo 215.2 de la LCSP.

³⁹³FERNANDEZ FARRERES, G. (2008) “Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público” en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, editado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y el Instituto Fernando el Católico, Madrid, p. 249.

“Un hecho suficiente por sí sólo para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de éste, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquél. Con ello no se altera la relación jurídico-privada que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente diferenciadas las responsabilidades derivadas, por una parte, del subcontrato, y por otra, del contrato administrativo”³⁹⁴.

Sería en todo caso una relación jurídico-privada impura, debido a que en principio se mantiene la teoría clásica de la subcontratación como una relación surgida y regulada por el derecho privado, pero que sin embargo, por la naturaleza de la contratación en cuestión se permite cierta intervención de lo público, o mejor aún, del órgano de contratación, por dos motivos, por la presencia del interés general dentro de las prestaciones objeto del contrato principal vinculado al subcontrato a través de la ejecución parcial de una parte externa, que el órgano de contratación debe supervisar; y por otra parte, por razón del aseguramiento del pago del subcontratista.

4.2. Límites legales que afectan la procedencia de la subcontratación.

Antes de señalar cuáles han sido los límites que legalmente fueron establecidos como prohibiciones para que se proceda a través de la figura de la subcontratación, debemos tener presente que *“...la contratación administrativa se basa en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Estos principios, que pueden agruparse sintéticamente en el principio de libre concurrencia, son susceptibles de límites, que se justifican exclusivamente por razones de interés público y que tiene una doble manifestación en el procedimiento de contratación; por una parte se establecen límites para las personas que aspiran a convertirse en contratistas y por otra se establecen límites respecto del procedimiento para seleccionar a quien vaya a serlo en cada caso concreto”³⁹⁵.*

³⁹⁴ *Idem* p.249 y 250.

³⁹⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C. (2008). “La Subcontratación en la Ley de los Contratos...op. cit. p. 121

Aunado a lo anterior, hemos venido observando, que de conformidad con los preceptos legales, existen ciertos requisitos que deben cumplirse para que pueda procederse con la ejecución de una determinada prestación haciéndose uso de la subcontratación, pero además de ello, nos encontramos que existen algunos aspectos que en líneas generales limitan o no permiten que se proceda a través de la subcontratación, es decir, que así como han sido establecidos requisitos que deben verificarse para poder hablarse de la subcontratación, nos encontramos a su vez, con aspectos que impiden su procedencia.

En ese orden de ideas, observamos que el artículo 215.1 de la LCSP, establece como regla general que: *“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, ...”*, es decir, que a través del precitado artículo, se permite la subcontratación, la cual *“...como modalidad de ejecución del contrato administrativo ha de tener en todo caso un carácter parcial, no resultando posible subcontratar la total ejecución del objeto del contrato”*³⁹⁶.

De lo anterior se infiere, como primer limitante a la procedencia de la subcontratación, que la misma no haya sido contemplada en el pliego de especificaciones de la contratación, lo que imposibilitaría al contratista que haga uso de esta figura para la ejecución de la prestación, en segundo lugar se puede observar, que la misma solo será viable para la ejecución parcial -de la prestación establecida en el contrato base-, por lo que la misma no podrá emplearse por el contratista a los fines de que sea el tercero quien ejecute la totalidad de la prestación.

En ese mismo orden de ideas, existe una tercera limitación y, es en el caso de los contratos que revistan un carácter especial, como sería el caso de ser considerados contratos secretos o reservados, o aquellos en los cuales la ejecución de la prestación deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, para lo cual se requerirá la autorización expresa del órgano de contratación, que autorice la subcontratación. Además, de lo antes mencionado, nos encontramos a su vez, con aquellos casos en los cuales el órgano de contratación limita el uso de la subcontratación, cuando establece como regla en los pliegos de especificaciones de la contratación, que la ejecución de determinada prestación o tarea crítica no puede ser objeto de subcontratación y en consecuencia, debe ser efectuada directamente por el contratista principal, lo que le

³⁹⁶ *Ídem* p. 118.

impide al contratista desvincularse de ciertas tareas para dejarlas a cargo de un tercero, en esos casos³⁹⁷. Cabe destacar que las tareas críticas deberán ser determinadas con absoluta precisión y justificadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, para que conste en el respectivo expediente. Aunado a lo anterior, existe como límite a la procedencia de la subcontratación, que el subcontratista no tenga la capacidad requerida para contratar y, que además de ello se encuentre incurso en una de las causales de prohibición para contratar³⁹⁸.

Por otra parte, merece un comentario de fondo el hecho de que, visto que la subcontratación en el sector de las compras públicas se encuentra prevista y regulada en la LCSP, es reconocida como una forma de delegar parcialmente la ejecución de un contrato por el mismo texto legal, y además, hoy en día los poderes adjudicadores tienen la tarea de velar por que el subcontratista reciba efectivamente su pago, e incluso, en determinadas circunstancias deba pagar directamente al subcontratista por cuenta del contratista, si el pliego lo prevé. Consideramos que en vista de las normas contenidas en los artículos 1.3, 28 y 99.1 de la LCSP, no existe ningún impedimento para que en los subcontratos se exija el cumplimiento de consideraciones ambientales, sociales y de innovación, vinculadas con el objeto del contrato. Es más existe la obligación estratégica para imponer tales variables a tenor de lo señalado en las citadas. Así mismo, se tendría que diseñar mecanismos para que en los contratos de subcontratación se involucren predominantemente pymes, quienes pudieran contribuir al desarrollo del sector.

Por último, cabe destacar que la LCSP elimina la limitación cuantitativa que se encontraba regulada en el artículo 227.2.e del TRLCSP, donde se establecía que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podían exceder del porcentaje que se fijare en el pliego de cláusulas administrativas particulares; y en el caso que no figurare en el pliego un límite determinado, el contratista sólo podía subcontratar hasta un porcentaje que no excediera del sesenta por ciento³⁹⁹. Al no estar

³⁹⁷ Con relación a este punto véase los literales “d” y “e” del apartado segundo del artículo 215 y el artículo 75.4 de la LCSP

³⁹⁸ Las causales de prohibición para contratar se encuentran previstas en el artículo 71 de la LCSP.

³⁹⁹ Véase Resolución nº 277/2018, TACRC, de 23 de marzo, conociendo del Recurso nº 128/2018, pp. 4-5, en el que se estableció: “...cabe señalar al respecto que el límite cuantitativo en materia de subcontratación se regula en el artículo 227.2.e) TRLCSP en cuya virtud: “Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no excede del 60% del importe de adjudicación”.

previsto en la norma un límite porcentual específico excepcional, siempre se deberá determinar en el pliego de cláusulas administrativas especiales. Ahora bien, si pese a que se autoriza la subcontratación, pero en el pliego no se determina un porcentaje máximo específico, se debe entender que sólo aplica la regla general de la contratación parcial y no total de la obra, el servicio o el suministro, esto es, que el contratista no tendrá un límite cuantitativo para subcontratar, sólo deberá respetar que la subcontratación debe ser parcial, en cuyo caso, no podrá celebrar un subcontrato del que se pueda inferir que delegó la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato original.

4.3. Requisitos de procedencia para la celebración de los subcontratos.

Así como ocurre en la celebración del contrato principal, para que se materialice la subcontratación, deben verificarse la existencia de una serie de supuestos, es decir que la procedencia de la subcontratación está sujeta al cumplimiento de diversos requisitos y condiciones, tal y como lo establece el aparte 2 del artículo 215 de la LCSP, al mencionar que:

“La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y

De la literalidad de la redacción transcrita resulta que el límite del 60% es aplicable sólo para el supuesto de que no se establezca nada en el pliego, sin perjuicio de poderse establecer un porcentaje superior siempre que así sea previsto en el pliego. Esta libertad para fijar límites resulta defendida, entre otros, en el informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en el que afirma que corresponde a la Administración valorar la conveniencia para cada contratación, en función de las características de su objeto y de las finalidades asociadas, de permitir o no establecer una subcontratación diferente al 60% establecido en la Ley. En la misma línea, y aunque no es aplicable al caso, el artículo 215 de la Ley 9/2017 no contempla la restricción cuantitativa objeto de esta controversia, limitándose a señalar que: “En ningún caso la limitación a la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con las disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado”. Disponible en: [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200128-2018%20\(Res%20277\)%2023-03-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200128-2018%20(Res%20277)%2023-03-2018.pdf) consultada el 4 de junio de 2018

el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71”(...) (Art. 215.2 LCSP)⁴⁰⁰.

“c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es

⁴⁰⁰ “se trata de hacer constar la identidad de las partes del contrato que se tiene previsto subcontratar. Además, puede requerirse que él o los subcontratistas cuenten con un determinado perfil empresarial, que reúnan unas determinadas características, como puede ser: contar con suficiente experiencia, capacidad, disponer de determinados medios personales o materiales, o reunir determinadas condiciones de aptitud, clasificación empresarial o solvencia técnica” (Ayuntamiento de Madrid (2018), Guía de contratación pública municipal para pymes, autónomos, y entidades del tercer sector, Madrid, p.36 <http://contratodeobras.com/images/Gu%C3%ADa-sobre-contrataci%C3%B3n-p%C3%ABlica-municipal-para-pymes-Ayto-Madrid.pdf> consultada el 14 de mayo de 2018)

necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación. .”(Art. 215.2.d)

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.”(Art. 215.2.e)

Los anteriores apartados guardan relación con los supuestos en los cuales no estaría permitido subcontratar, alterando la regla general que es precisamente la posibilidad de proceder por la vía del subcontrato, máxime a partir de la puesta en vigor de la LCSP, que refuerza la figura contractual comentada. En primer lugar, está prohibido subcontratar los contratos que tengan que ver con aspectos de seguridad y defensa del Estado, así como aquellos secretos o reservados, en todos los casos la prohibición obedece a la protección de información privilegiada que de alguna forma justifica la reserva de la información. Sin embargo, con las nociones de transparencia como principio fundamental conjuntamente con el gobierno abierto, el nivel de información secreta o clasificada es cada vez menor, ya que debe ser reducida a un núcleo realmente sensible para los objetivos estratégicos del Estado. No obstante, en estos casos la prohibición no es absoluta, debido a que el poder adjudicador respectivo podrá autorizar previa y expresamente la subcontratación cuando la considere que no afectará los intereses protegidos por la prudencia de la norma.

Por otra parte, la siguiente disposición viene referida a la calificación técnica, profesional o de experticia del contratista, cuyas cualidades fueron determinantes para la adjudicación del contrato. La norma denomina tareas críticas a un núcleo de actividades que están reservadas para la ejecución directa de la persona que resultó con la adjudicación del contrato por esas razones. Y las referidas tareas críticas deben formar parte del expediente de contratación, en función de los principios de transparencia y concurrencia,

4.4. Obligación del subcontratista frente al contratista principal.

Se ha venido mencionando precisamente que, la subcontratación nos coloca frente a un segundo contrato en el cual el contratista, que en un primer momento contrata con el poder adjudicador, a su vez, decide contratar con un tercero la prestación que le fue encomendada en el primer contrato o contrato base. Sin embargo, tomando en consideración que se trata de un tercero interviniente bajo la condición de subcontratista, es oportuno establecer el límite de responsabilidad que el mismo ostenta y ante quien.

En ese sentido, tal como fue mencionado en líneas anteriores, a pesar de que una de las partes (en este caso el contratista principal) forme parte del primer contrato, no quiere decir, que por el simple hecho de subcontratar, este tercero con quien se haya pactado la ejecución parcial del objeto del contrato, forme parte de la primera relación contractual, por lo que las obligaciones derivadas de esa nueva relación contractual – contratista principal (subcontratante) y tercero (subcontratista)-, son precisamente del subcontratista ante el contratista principal (subcontratante).

En función de ello, la norma ha establecido que *“los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento*

descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral...’’⁴⁰¹, independientemente de la obligación que existe de notificar al poder adjudicador de las subcontrataciones celebradas. Aunque somos de la tesis que desarrollamos más adelante que si el poder adjudicador estableció en los pliegos el compromiso de pago directo al subcontratista, si se le podrá exigir, en los términos fijados en el pliego; y en caso consideramos que al subcontratista también se le exigirá el cumplimiento con los aspectos sociales, ambientales o innovadores que se haya establecido con relación al objeto del contrato.

4.5. La distinción entre la figura de la cesión del contrato con respecto a la subcontratación.

La cesión del contrato es una herramienta instrumental y contractual mediante la cual se verifica una transferencia negocial de la globalidad del objeto de un contrato, del cedente, quien es la parte obligada del contrato principal, a un tercero, denominado cesionario, quien en consecuencia se subroga en la totalidad de los derechos y obligaciones de aquel, los cuales derivan del contrato original.

Es decir, “...*la cesión va a afectar necesariamente a tres sujetos diferentes: cedente, cesionario y cedido: a) el cedente, es el adjudicatario original del contrato que cede su posición en el mismo; b) el cesionario, es el tercero respecto al contrato originario que pasa en virtud de la cesión a ocupar la posición del cedente; c) el cedido es la parte del contrato originario, cuya posición no varía con la cesión*⁴⁰², y que estará representado por el poder adjudicador, para el caso de los contratos del sector público.

En resumen, la cesión se trata de un negocio jurídico bilateral, en el que intervienen, el cedente-contratista y el tercero-cesionario, siendo que la Administración no es parte del contrato de cesión, aun cuando luego quedará relacionada con el nuevo contratista que llega en virtud de la cesión. Observándose que el fin último de la cesión, es otorgarle cierta flexibilidad a la contratación pública, para permitirle movilidad, con ciertas condiciones, del elemento subjetivo del contrato. En consecuencia, aun cuando el

⁴⁰¹ Artículo 215.4 de la LCSP.

⁴⁰² GARCIA-TERVIJANO GARNICA, E., (1997) La cesión del contrato administrativo...op. cit. p.182

poder adjudicador no determina la relación jurídica que se desarrolla en la cesión, debe concurrir en su autorización como veremos seguidamente⁴⁰³.

A diferencia de la subcontratación, la transmisión del contrato en la cesión es total o global, no se trata de elementos parciales de éste o de créditos u obligaciones, produciendo que el cedente (contratista original) se desprenda de sus obligaciones iniciales de ejecución del contenido del contrato⁴⁰⁴.

En concreto, para que se dé una cesión válida del contrato, según la LCSP, se deben cumplir los siguientes requisitos:

a. Resulta una condición *sine quanom* que la procedencia de la cesión esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Donde se establecerá necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.

b. Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Ya que sin autorización la cesión, en todo caso, producirá efectos sólo entre las partes (cedente y cesionario). El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

c. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos

⁴⁰³ “...se deduce que el contrato de cesión es un negocio jurídico de naturaleza privada, que produce exclusivamente sus efectos entre el cedente y el cesionario. Esto supone que la Administración es respecto a esa relación jurídica un tercero, aunque esté afectado directamente por el negocio jurídico.” Ídem p. 182

⁴⁰⁴ Vid. Artículo 214.3 de la LCSP

previstos en la legislación concursal. No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

d. Que el cesionario (tercero) tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente (contratista original), y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

e. Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, mediante escritura pública (Art. 214.2 LCSP).

Se tiende a confundir las figuras jurídicas de la subcontratación con la cesión, siendo que, como ya hemos advertido a lo largo de estas líneas, poseen algunos rasgos que las diferencian; aunque también poseen elementos coincidentes, como por ejemplo que se suscribe un nuevo contrato entre contratista inicial y terceo, donde no participa el contratante. No obstante, como lo afirma TOLOSA TRIBIÑO: *“A diferencia de lo que ocurre con la cesión, en la subcontratación la relación jurídica establecida entre Administración y contratista no se ve modificada, surgiendo una nueva y diferente entre el contratista y un tercero”*⁴⁰⁵.(...)

A título de resumen podemos precisar tres diferencias fundamentales entre la cesión y la subcontratación, a saber: a) En la cesión la autorización del poder adjudicador es un requisito de validez y existencia, mientras que la autorización administrativa en la subcontratación únicamente opera como residual; b) En la cesión se entiende que hay una transmisión total de las obligaciones y responsabilidades, mientras que en la subcontratación la responsabilidad la mantiene el contratista original; y c) Con motivo de la cesión se produce una subrogación del cesionario (tercero) en la posición

⁴⁰⁵TOLOSA TRIBIÑO, C. (2008). “La Subcontratación en la Ley de los Contratos...op. cit. p. 112.

del cedente en la relación principal, mientras que en la subcontratación se mantienen las posiciones individuales de las partes en el contrato original.

4.6. La utilización de la subcontratación por parte de las pymes en la contratación pública.

La figura de la subcontratación puede permitir que las pequeñas y medianas empresas participen en las contrataciones públicas, así sea de forma indirecta, si no le fue factible su participación directa por diversos motivos en un procedimiento de contratación pública⁴⁰⁶. Esta mezcla de diferentes actores económicos, grandes o pequeños, en un sector genera un enriquecimiento comercial, tecnológico, innovador y social, ya que permite la creación y mantenimiento de empleos, la optimización en el uso y aprovechamiento de los recursos, permite disponer de elementos de las nuevas tecnologías, facilita la innovación y propicia mayor funcionalidad a menor costo. Adicionalmente, como señala BARBERO NAVARRO: contribuye con la mejora de “...la habilidad de obtener componentes de alta calidad más baratos, mejora la habilidad de innovar al interaccionar con los mejores proveedores, mejora la habilidad organizativa si cambian las condiciones de mercado o necesidades del cliente, permite a las empresas concentrarse en las actividades que realiza mejor o que pueden suponer mayores márgenes para la misma.”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Véase el ya citado Informe 23/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, pp. 3-4., pero esta vez referido a la participación de las pymes en la subcontratación: “La subcontratación en la ejecución de los contratos públicos es una cuestión clave para entender el funcionamiento del mercado y la posición de las PYME en el mismo. En modo alguno es una cuestión que pueda ser considerada «ajena» para la Administración o los distintos entes contratantes, y que, además, se está viendo profundamente afectada por los impactos de la crisis económica en la contratación pública.

En la regulación y desarrollo práctico de esta materia se mezclan tres cuestiones: el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato —y, por ende, el interés público que es causa del mismo—, el derecho del empresario a la subcontratación y los derechos de los empresarios subcontratistas. A ello se debe añadir la tendencia progresiva de todos los sectores a ampliar la utilización de esta figura, como sistema de mejora de la productividad, de la competitividad y como mecanismo que permite la participación en el mercado público de las pequeñas y medianas empresas”. Disponible en:

<https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/232013.pdf> consultada el 23 de febrero de 2016

⁴⁰⁷ BARBERO NAVARRO, J.L. (2006) “Factores de crecimiento de las Pymes españolas”. Fundación EOI. p. 100.

El tejido empresarial conformado por pymes, ha visto en la figura jurídica de la subcontratación una de las puertas de entrada a la contratación en el sector público, pero en este caso de forma indirecta. Sin embargo, a pesar de ser bajo esta figura no quiere decir que la administración se desliga en su totalidad de la nueva relación contractual que se instaura, es decir, entre contratista –denominado contratista principal-, y tercero –denominado subcontratista-. Si bien es cierto que el poder adjudicador no es parte en el contrato de subcontratación, mantiene unas obligaciones derivadas de él, como se verá inmediatamente.

En apartados anteriores se señaló, que uno de los principales problemas que afrontan las pymes es precisamente la complejidad y alto grado o volumen que conforma el objeto del contrato, es decir, la magnitud de las prestaciones a ejecutarse, por lo que para estas empresas optar por la subcontratación representa de plano una forma de inclusión en los referidos procedimientos, observándose el tratamiento que a tales fines ha contemplado el estado, quien ha considerado que *“Las ventajas de la subcontratación para las pequeñas empresas son acceso a una demanda “más atractiva” que la habitual, posibilidad de obtener una transferencia de tecnología y posibilidad de ahorrar capital de trabajo (Mitinci, 1998b). Como parte de la promoción del gobierno al sector, algunos programas han fomentado el desarrollo de los mecanismos de subcontratación, que benefician a los pequeños productores”*⁴⁰⁸; siendo así, se fortalece el tema de la subcontratación para subcontratistas pymes, *“...no limitando, por una parte, la subcontratación en relación con las diferentes partes del contrato, de tal modo que grandes contratos o grandes prestaciones también pueden ser objeto de contratación por esta vía”*⁴⁰⁹; tal y como ha sido reiterado y mejorado en la LCSP.

Además, no solo existe la necesidad de facilitar el acceso de estas empresas a la contratación pública, sino que se debe garantizar y velar por el fiel cumplimiento del pago que se asuma en los casos de efectuarse la relación bajo la figura de subcontratista, tomando en consideración que este –el pago-, ha sido un punto clave de desventaja para las pymes, quienes no reciben de manera puntual el pago de los servicios prestados o de

⁴⁰⁸ FAIRFLIE REINOSO, A. y BACA QUIROZ, L. (2002). “Las pequeñas y medianas empresas en Perú”. En *pequeñas y medianas empresas industriales en América latina y el Caribe*. Primera edición. Siglo veintiuno editores. CEPAL. p.424.

⁴⁰⁹ CAMPOS, C. (2018) “5 Medidas para fomentar la contratación pública con PYMES” <http://concepcioncampos.org/5-medidas-para-fomentar-la-contratacion-publica-con-pymes/>

los bienes suministrados, situación que no se equipara con el contratista principal quien “...en muchos casos, ... sí recibe en plazo el abono de sus prestaciones”⁴¹⁰, y es éste quien no honra sus compromisos con su subcontratista oportunamente, causándole daños y perjuicios a éste. Corrigiendo estos saltos en el sistema, no sólo se garantiza la posición individual o los derechos de la pyme que interviene como subcontratista, sino al mismo tiempo se estaría fomentando y promoviendo la participación de este importante sector.

4.6.1. La garantía del pago oportuno a los subcontratistas

La LCSP contempla en su artículo 216, la forma como ha de ser efectuado el pago a subcontratistas o suministradores, estableciendo de esa forma una obligación para el contratista principal y, una garantía o seguridad jurídica para el subcontratista, al señalarse en el aparte 1 del referido artículo que “*El contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones...*”, los cuales no pueden ir en detrimento o en contrariedad con los plazos fijados en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴¹¹. Esta situación representaba un clamor del sector, y era advertido recurrentemente por la doctrina⁴¹² (Art. 216.1 LCSP).

En cuanto a la forma del pago, el mismo se debe efectuar con miramiento en los apartes 2, 3 y 4, del artículo 216 de la LCSP, que a tales fines establecen:

“2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal,

⁴¹⁰ *Ídem*

⁴¹¹ La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, fue modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁴¹² Sobre este punto se recomienda consultar: GIMENO FELIU, J.M., (2017) “Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados”, publicación electrónica del Observatorio de Contratación Pública, 28/07/2017, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/recategoria.208/id.308/chk.3aac7386e6ad5971ddd9680bcfcb056c> consultada el 13 de abril de 2018.

siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos⁴¹³.

3. La aceptación deberá efectuarse en un plazo máximo de treinta días desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. En el caso de que no se realizase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios.

4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.”(Art. 216.4 LCSP)

Se observa pues, que con la puesta en vigor de la nueva LCSP se persigue precisamente reforzar la idea de evitar la morosidad de los poderes adjudicadores al momento de cumplir con los pagos en contraprestación a los bienes, obras o servicios

⁴¹³ Sobre la forma de presentación de la factura correspondiente, se recomienda consultar el Informe de la JCCPE, expediente 70/18, de 10 de octubre de 2018, por medio del que se interpretó la D.A. 32ª de la LCSP, en el sentido de determinar si el subcontratista está obligado a emplear la factura electrónica: “El hecho de que el subcontratista no ostente, por ejemplo, acción directa contra la Administración no quiere decir que los servicios que presta o los bienes que entrega no tengan como destinatario final a la Administración contratante. Todo subcontrato se enmarca en un contrato público y debe incluirse en él a los efectos del cumplimiento de las obligaciones formales que impone la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.” (...)En cuanto a los subcontratistas (...)La ley les impone la obligación de emplear la factura electrónica y establece en el artículo 216 las consecuencias del pago tardío y también la regla según la cual los plazos de pago no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos. Consecuentemente, si el subcontratista no ha presentado la factura por los medios legalmente exigidos el plazo para la aceptación o verificación de los bienes o servicios por parte del contratista principal no empezarán a correr.

(...) En cuanto a la determinación de los supuestos excluidos debemos comenzar señalando que en el artículo 216 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se deja claro que la obligación de empleo de la factura electrónica existe para las facturas cuyo importe supere los 5.000 euros, cuantía que se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública. Por tanto, las que tienen una cuantía menor constituyen un supuesto excluido y la presentación a través del REU será facultativa. Obviamente también lo constituye el supuesto de las personas que no están incluidas entre las que, conforme al artículo 4.1 de la Ley 25/2013 están sujetas a la obligación, entre ellas sin ir más lejos, las personas físicas, supuesto en que la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro será facultativa.” Disponible en: http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/70-18.%20DA_32_L9-2017.pdf consultada el 12 de octubre de 2018

recibidos, toda vez, que éstos no efectuaban los mismos de manera oportuna, y en ese sentido, evitar adicionalmente la morosidad en segundo nivel, esto es, aquella experimentada con respecto al subcontratista⁴¹⁴. En estos momentos las Administraciones o los poderes adjudicadores deben garantizar que los pagos se efectúen en los plazos correspondientes, es decir, los pagos no podrán exceder el plazo máximo de sesenta (60) días naturales⁴¹⁵.

El trámite del procedimiento para efectuar el pago al contratista se inicia con la recepción del bien suministrado o el servicio prestado, teniendo el poder adjudicador treinta (30) días para aceptar o verificar los bienes o servicios; dentro de ese mismo lapso se podrán efectuar observaciones con respecto a la conformidad o disconformidad con los bienes suministrados o los servicios prestados, vencido ese plazo sin observaciones se entenderán aceptados (Art. 216 apartado 2 y 3 LCSP). El pago deberá efectuarse dentro del plazo de treinta (30) días desde la aceptación expresa o tácita de los bienes o servicios (Art. 198.4 LCSP); siempre y cuando el contratista haya presentado la factura electrónica correspondiente en el registro único o puto de recepción determinado en el pliego, dentro del plazo de los treinta (30) días siguientes a la entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio (Art. 198.4 *in fine* y 210.4 LCSP). No obstante, lo anterior, el pago deberá liquidarse en el plazo máximo de sesenta (60) días naturales contados a partir de la recepción de los bienes o servicios, siempre que se hubiere presentado la factura en la forma correspondiente (Art. 4.1. c

⁴¹⁴ El problema de la morosidad en el pago de los contratos, se pone en evidencia en la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 691/2013, de 25 octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.a, mediante la cual se refiere al cómputo del plazo de pago de las deudas de las Administraciones Públicas: *“En el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, regulado ahora en el art. 217 TRLCSP, ha generado una importante litigiosidad. Pues bien, tal y como ha sentenciado el Tribunal Supremo, la aplicación de la medida cautelar prevista inicialmente en el art. 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público, y, en consecuencia, el procedimiento judicial específico regulado en dicho artículo, es de aplicación aunque los contratos respecto los que se pretende hacer valer sean de fecha anterior a su entrada en vigor, si la reclamación es de fecha posterior a la misma. Por lo demás, el plazo de carencia no puede computarse descontando los días inhábiles. De hecho, la nueva redacción dada al art. 2 de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por la Ley 15/2010 de 5 de julio, al definir el plazo de pago que establece que “se referirá a todos los días naturales del año, y serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos que excluyan del cómputo los periodos considerados vacacionales”.* Por ello la Directiva 24/2014/UE, en la parte final del considerando 78, hace un exhorto a los Estados a procurar el pago directo a los subcontratistas: *“...los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas...”*.

⁴¹⁵ Véase el artículo 4 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 15/2010). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-10708> consultada el 20 de junio de 2017.

Ley 15/2010)⁴¹⁶. Este procedimiento aplica también para los subcontratistas que deberán cumplir con las normas para poder recibir sus pagos oportunamente.

Con relación a este punto, es menester indicar que en principio la obligación del pago a los subcontratistas le corresponde al contratista principal, sin embargo, interpretando la parte final del considerando 78 y el considerando 105 de la Directiva 24/2014/UE⁴¹⁷, y a partir de la LCSP, siempre que se hubiere establecido en los pliegos respectivos, se abre la posibilidad para que el subcontratista solicite de manera directa a la Administración el pago objeto de la prestación que le fue encomendada ejecutar. En el caso de que la Administración pague directamente al subcontratista, se entenderá que estará efectuando un pago a cuenta de la obligación principal, sin alterar los compromisos económicos y de ejecución, sólo será considerada una modalidad de pago de la obligación principal asimilable al abono a cuenta⁴¹⁸. Todo esto deberá quedar establecido de manera muy clara en los pliegos de la contratación, ya que de lo contrario aplicará la regla general según a cual la Administración no tiene relación con el subcontratistas y en consecuencia, no se le podrá reclamar directamente pago alguno por parte de éste, quien sólo mantiene su relación con el contratista adjudicatario.

A manera de complemento con relación a este punto del pago directo a los subcontratistas, se puede mencionar además, que los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con el poder adjudicador la misma naturaleza de abonos a cuenta de la

⁴¹⁶ De nuevo nos parece ilustrativo citar el Informe de la JCCPE, expediente 70/18, de 10 de octubre de 2018, por medio del que se interpretó la D.A. 32ª de la LCSP, que sobre la falta de presentación oportuna de la factura electrónica precisó: “...la no entrega de las facturas tiene diversos efectos en las relaciones que ligan directamente a la Administración con los contratistas. Una de ellas es la prevista en el artículo 198.4 que establece en el caso de que el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, que el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono. Es decir, que el incumplimiento de las obligaciones formales en materia de facturación electrónica, que como hemos visto supone que la factura se tiene por no presentada, exime a la Administración de considerarse en mora hasta que el contratista cumpla con la meritada obligación”.

⁴¹⁷ Considerando 105 de la Directiva 2014/24/UE: “...los Estados miembros han de poder ir más allá, por ejemplo ampliando las obligaciones de transparencia, al permitir el pago directo a los subcontratistas o al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos”. (resaltado añadido)

⁴¹⁸ En el artículo 198 apartado 2 de la LCSP, se prevé la posibilidad de hacer abonos a cuenta sobre el precio del contrato

obligación principal. Esta alternativa beneficiaría principalmente a las pymes, quienes muchas veces no reciben el pago de su trabajo en tiempo oportuno.

A todo evento, en los casos de contratos de obras, que amerita conformación de valuaciones, inspecciones o certificaciones de ejecución de obra para proceder válidamente al pago, no le será imputable al poder adjudicador el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal de la factura presentada por el subcontratista. Lo que resulta absolutamente lógico, ya que si el contratista se retrasa en la ejecución o incluso, simplemente se demora en la presentación de los documentos acreditativos de la ejecución parcial o total del contrato, es él quien debe asumir las consecuencias de tal irregularidad. El problema será que al final siempre será el subcontratista quien sufrirá la falta del pago oportuno. La situación de incertidumbre se presenta para el poder adjudicador que realmente no sabrá cuál de las partes fue quien incurrió en el retardo en el incumplimiento, por ello es muy importante que el poder adjudicador despliegue su obligación de mantenerse alerta sobre la verificación del cumplimiento del contratista en sus obligaciones con su subcontratista.

Con este nuevo esquema de abordaje de la realidad presente en las relaciones contractuales derivadas de la subcontratación, se busca poner fin a la práctica, reconocida por la doctrina científica, que entendía que la Administración no se involucraba en dicha relación; *“...la Administración no podía ejercer directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas particulares la posibilidad de ejercer potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o de asegurar los pagos de éste a los subcontratistas, y se atiende a una antigua aspiración de las pymes para mejorar sus condiciones de cobro en relación con los contratistas de la Administración”*⁴¹⁹.

Así, como fue mencionado en líneas anteriores, existe la obligación para el contratista principal de efectuar el pago en los plazos establecidos, también se involucra las Administraciones públicas o los demás poderes adjudicadores, parte del contrato base, para que en ejercicio de sus funciones puedan proceder a verificar –como una garantía para los subcontratistas–, *“...el estricto cumplimiento de los pagos que los*

⁴¹⁹ LOZANO CUTANDA, B. y FERNANDEZ PUYOL, I. (2018) “Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, editado por Gómez-Acebo y Pombo, Madrid, edición digital, p.7. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/novedades-en-materia-de-subcontratacion-en-la-ley-9-2017-de-contratos-del-sector-publico.pdf>

contratistas adjudicatarios de los contratos públicos (...) han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos”⁴²⁰.

Esta garantía se pone de manifiesto, cuando solicita una “...relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos”⁴²¹.

Con estas medidas se trata de asegurar que el subcontratista (pyme) reciba el producto de su esfuerzo y gestión en tiempo oportuno, y en definitiva se persigue incentivar a la pequeña y mediana empresa a mantenerse activo dentro del sector de las compras públicas, por los diferentes medios que la legislación le ofrece. Constituyendo la subcontratación uno de los medios más efectivos para que las pymes se inserten con facilidad en el mercado y colaboren en la ejecución de un contrato público, siempre y cuando le garanticen sus derechos económicos.

⁴²⁰ Véase artículo 217.1 de la LCSP.

⁴²¹ Véase primer aparte del artículo 217.1 de la LCSP

IV. ACCESO A LA INFORMACION, SIMPLIFICACION ADMINISTRATIVA Y LA CONTRATACION ELECTRONICA COMO MECANISMOS PARA PROMOVER LA PARTICIPACION DE LAS PYME EN EL CONTEXTO DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA.

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, el mercado de las compras públicas en España no escapa de los grandes retos y los recurrentes problemas que se presentan en los diversos países de Europa y del orbe mundial, como serían la burocracia, entendida en términos negativos, la ineficacia e ineficiencia, la exclusión, la ausencia de fuerte estímulo a la innovación y la falta de integridad, entre otros. En virtud de ello las instituciones públicas reaccionan y tratan de dar respuestas o aportar soluciones a esos problemas; principalmente lo hacen a través de fórmulas jurídicas, estos es, mediante la producción de normas, regulaciones, reglas o directrices con la intención de solventar esos eventuales inconvenientes, o de ajustar las anteriores reglas a las situaciones geográficas y a las realidades actuales; por lo que con el devenir del tiempo y de acuerdo con las políticas de modernización –traducidas éstas en estrategias, mecanismos y acciones-, se pueden ir subsanando, y hasta anticipando a, los problemas que se muestran en diversos escenarios que entorpecen las relaciones jurídicas existentes, principalmente las concretas que se desarrollan entre los poderes adjudicadores y los candidatos, licitadores u operadores económicos.

En ese orden de ideas, a través de las reformas normativas comunitarias y nacionales, se han tratado de implementar sistemas que respondan a los problemas y que resulten más idóneos y eficaces para mejorar las citadas relaciones, y por medio del cual se reduzcan o supriman aquellos obstáculos que el ejercicio –principalmente- de las funciones del Estado han producido a lo largo del tiempo. Con estas adaptaciones se trataría de evitar fundamentalmente las dilaciones indebidas, agilizar los trámites administrativos y facilitarles a las personas un acceso directo fluido y eficaz a los órganos de la Administración, y en el caso concreto que nos ocupa, a los participantes en los procedimientos de contratación pública frente a los poderes adjudicadores. Mejorar y hacer más eficiente, los trámites y las actuaciones donde se involucren a las personas en sus relaciones con los órganos públicos, constituye al mismo tiempo el respeto y la garantía por la dignidad del ser humano.

En líneas pasadas se evaluó el diagnóstico que se hacía en torno a las debilidades que presentaban las pymes en el mercado de las compras públicas, principalmente basada en los documentos de análisis de su situación particular emanados de diferentes organismos, principalmente a través del “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso a las pyme en los contratos públicos”⁴²², y a partir de allí estudiamos las medidas que se han adoptado en función de la dimensión del contrato; ahora corresponde precisar aspectos tan importantes como los anteriores, pero mucho más sensibles, debido a que guardan estrecha relación con los principios transversales de las compras públicas, como son la transparencia y la publicidad⁴²³. Efectivamente se analizarán las medidas que se adoptaron o que se deben adoptar en favor de la promoción de las pymes, para garantizar el acceso a una información adecuada sobre las compras públicas; a participar sin obstáculos, libre de presiones por la exigencia de cumplimiento excesivo de requisitos formales, muchas veces innecesarios; y empleando los medios electrónicos que ofrece la tecnología para facilitar los trámites correspondientes.

La simplificación y la revisión de los procesos administrativos deben constituirse en una actitud constante en el seno de los órganos públicos, y convertirse en filosofía de la gestión pública. Todas estas estrategias y medidas que han sido implementadas dentro de las políticas de modernización de la estructura y el funcionamiento de la Administración, obliga a considerar y a seguir impulsando el objetivo de inclusión, que tiene como una de sus manifestaciones prácticas la garantía de inserción sincera y eficiente de las pequeñas y medianas empresas, especialmente en el sector de las compras públicas.

El entorno digital también ha forzado a las Administraciones a ajustarse a estas nuevas realidades y a implementar los medios electrónicos en las gestiones públicas,

⁴²² Véase “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos” (Comisión de las Comunidades Europeas 25.06.2008), donde se destacan las dificultades de las PYME para acceder a los contratos públicos. http://ec.europa.eu/geninfo/query/index.do?QueryText=C%C3%B3digo+europeo+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+facilitar+el+acceso+de+las+PYME+a+los+contratos+p%C3%BAblicos&op=B%C3%BAs+queda&swlang=es&form_build_id=form-0qfzWuDTNFITEn2dCD1nItZdAYBoWNRQICFEN7_9kw&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form, consultada el 19 de enero de 2016.

⁴²³ Según su exposición de motivos, uno de los dos grandes objetivos que se trazó la LCSP fue precisamente la garantía del principio instrumental y fundamental de la transparencia: “*Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública,...*”.

para mejorar la calidad de vida de las personas facilitarle sus trámites ante los órganos o entes públicos, pero bajo nuevos esquemas de Administración, como lo afirma MARTIN DELGADO: “...en relación con la Administración Pública, la tecnologización de su organización y de sus procedimientos de actuación, nos sitúa ante un eventual cambio de paradigma en la concepción de las relaciones entre ésta y los ciudadanos” (...)⁴²⁴.

El nuevo modelo de gestión pública al que se ha aludido, y que incluye la administración de los contratos públicos, aquellos regidos por la LCSP, montada sobre una nueva plataforma administrativa con el empleo de los medios electrónicos y telemáticos, va en la búsqueda de erradicar los vicios del pasado, pensando siempre en la forma de cómo simplificar los procesos y los trámites administrativos, en la eliminación de las cargas burocráticas, para simplificar sus actuaciones y hacerlas más eficientes, brindándoles un escenario de eficiencia a los usuarios. Sería materializar precisamente la intención del legislador europeo al producir las nuevas directivas sobre contrataciones públicas, en el sentido de pasar de la contratación pública burocrática a las compras públicas estratégicas. Constituyendo estos aspectos uno de los pilares fundamentales para promover y garantizar la participación de las pymes en el mercado de las compras públicas.

1. El acceso de las pymes a la información de calidad y sin coste en la contratación pública

Uno de los principales problemas que enfrentaban las pymes en los procedimientos de contratación pública, era la dificultad para acceder a la información para poder tener el conocimiento preciso que le permitiese elaborar su oferta, cumpliendo con las exigencias reglamentarias y con las reglas particulares de la licitación; estos inconvenientes podían derivar de diversas causas, entre las que se puede destacar la reducida dimensión estructural y operativa de la pequeña y mediana empresa

⁴²⁴ MARTÍN DELGADO, I., (2017) “Introducción. La reforma de la administración electrónica: hacia una nueva autentica innovación administrativa”, en *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública, Serie Innovación Administrativa, Madrid, p. 9.

que le impedía contar con los recursos humanos y materiales adecuados para obtener la información de las compras públicas que se estuvieran desarrollando. Resulta lógico pensar que estas pequeñas entidades difícilmente cuentan con el personal necesario para desarrollar su propia actividad productiva, por lo que carecen de la capacidad para destinar parte de ese personal a los fines de requerir información o investigar sobre las posibilidades de negocio que se le pudieran presentar a la empresa, mucho menos cuando esa información no es suministrada adecuadamente. Lo anterior nos conecta con otra de las causas que le dificultaba el acceso a la información a las pymes en las compras públicas, y es que también en el seno de los órganos de contratación se presentaban deficiencias para asegurar que todos los licitadores posibles tuvieran acceso a esa información técnica y procedimental necesaria para participar en estos procesos, ya que adolecían de instrumentos eficientes para tal fin.

En el artículo 28.2 de la LCSP se define como uno de los objetivos de la garantía del principio de eficiencia en la contratación pública, la promoción de la participación de las pymes en la contratación pública, y a reglón seguido determina que una de las formas de garantizar tal objetivo específico es asegurándole el acceso sin coste a la información relativa a las compras públicas, en los términos previstos en la propia ley. La norma parte evidentemente de la situación adversa que le produce a las pymes, la falta de información oportuna y de calidad, siendo determinante para su efectiva participación en este mercado. No obstante, ese derecho de acceso a la información como licitador o participante en un procedimiento de contratación pública, se desprende de la interpretación de los principios de publicidad, transparencia y libertad de acceso que consagran las Directivas europeas y que se reafirma en el artículo 1 de la LCSP.

A diferencia del derecho a la información pública que tienen todas las personas y que representa un derecho humano previsto en distintos instrumentos internacionales, y constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución Española⁴²⁵. Este derecho últimamente ha sido desarrollado en términos generales, salvando los precedentes autonómicos, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia,

⁴²⁵ Vid. Artículos 20.1.d) y 105b) de la CE, que consagran el derecho a la información de la siguiente forma: “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”. Artículo 105. La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG)⁴²⁶, y dentro de la noción amplia de transparencia se le otorgó una posición de trascendencia para la valoración de los estándares de un buen gobierno y en definitiva, para el correcto funcionamiento del sistema democrático en general⁴²⁷. Se hace referencia a las anteriores normas, debido a que aun cuando no obedezcan exclusivamente al ámbito de las compras públicas, la regulación que aportan basada en principios generales y en la garantía de derechos fundamentales, penetra e influye en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la contratación pública; por lo tanto deben ser observadas por las Administraciones públicas y, en el caso que nos ocupa, por los poderes adjudicadores, para respetar y garantizarle ese derecho fundamental que poseen todas las personas a estar informadas sobre los procedimientos en general de la contratación pública que llevan a cabo los poderes adjudicadores; mientras que el derecho a la información que poseen los licitadores, y entre ellos las pymes, aplicable en las compras públicas, se trata de los documentos contractuales, y se desprende del principio de publicidad contractual⁴²⁸.

Garantizarle a las pymes el acceso a la información pertinente sobre la oportunidad de negocios en el ámbito de las compras públicas resulta de absoluta importancia, para, en primer lugar, preservarle ese derecho fundamental previo a estar informados; segundo, para brindarle la posibilidad cierta de su participación en dichos

⁴²⁶ Publicada en el BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, y disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>. Previamente lo podíamos observar en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy derogada por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015.

⁴²⁷ Resulta conveniente señalar que previo a que se adoptara la LTAIBG, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el convenio núm. 205, de 27 de noviembre de 2008, sobre acceso a los documentos públicos, el cual, aun cuando España no lo ratificó expresamente, resultó determinante para la ordenación del derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG: FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO y PÉREZ MONGUIO JOSE MARIA, (2017) El derecho al acceso a la información pública en España, Editorial Aranzadi, Pamplona, p.35

⁴²⁸ Ver Resolución nº 47/2013, de 30 de enero, del TACRC, mediante el cual afirma que en materia de contratación pública priva la ley de contratos por sobre a ley general de transparencia, de siguiente forma: “Por tanto, la pretendida vulneración del derecho a acceder al expediente no puede ser analizada desde la perspectiva de la aplicación de los principios generales del ordenamiento jurídico-administrativo que la recurrente invoca, sino partiendo de la regulación concreta de la publicidad de la información que se contiene en el régimen de la contratación del Sector Público, y que se concreta en la verificación del cumplimiento de la obligación de información impuesta por el artículo 151.4 del TRLCSP”. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202013/Recurso%200006-2013%20\(Res%2047\)%2030-01-13.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202013/Recurso%200006-2013%20(Res%2047)%2030-01-13.pdf) consultada el 20 de octubre de 2018. En esa misma línea de razonamiento ver: 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. Disponible en: <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/R12014.pdf> consultada el 20 de mayo de 2017

procedimientos licitatorios, y por último, a partir de lo anterior, para que pueda seguir contribuyendo al crecimiento sostenible de la economía nacional y Europa.

En definitiva, se reitera que resulta sumamente importante garantizarle a las pymes su derecho a la información en las compras públicas, derivado de los principios de publicidad, libre acceso y transparencia, como principios generales del derecho contractual. Sin embargo, para que la garantía se considere plenamente cumplida, la información que se le permita visualizar o aquella se le transmita debe ser de calidad, esto es, la información debe ser suficiente, absolutamente comprensible y utilizable. La información tendrá estas características, cuando le permita al operador económico conocer con claridad y exactitud el objeto del contrato, objeto que deberá estar conectado con las necesidades del poder adjudicador, además que le permita tener certeza sobre el trámite procedimental que se va a seguir, y cuáles son los requisitos que se deberán cumplir para participar válidamente en el procedimiento. Todo esto, para que el operador económico tenga la posibilidad cierta de poder formular una oferta adecuadamente, en tiempo y objeto.

En el cumplimiento de la garantía de este derecho de acceso a la información de los operadores económicos, y de las pymes en particular, jugará un papel preponderante el empleo de los medios electrónicos y su constante mejoramiento y evolución. Lo anterior es reconocido en las Directivas Europeas, en las que se reforzaron las medidas de acceso a la información dentro de las compras públicas, por las que se clamaban desde la doctrina y desde los pequeños y medianos empresarios. En ese sentido, se observa en los considerandos 52 y 55 de la Directiva 24/2014/UE, cómo se apuesta por los medios de información y comunicación electrónicos para simplificar la publicidad de los contratos, aumentándose la eficiencia y la transparencia, y con ello se busca elevar las posibilidades de los operadores económicos para participar en el mercado interior de los procedimientos de contratación, siempre y cuando se estandarice y se haga obligatorio el uso de los formatos electrónicos, poniendo a disposición del público, por medios electrónicos los pliegos de contratación, generando una comunicación totalmente electrónica en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación electrónica de las ofertas. Por otra parte, en el considerando 126 de la misma Directiva, se determina que la trazabilidad y la transparencia en la toma de decisiones en los procedimientos de contratación pública son fundamentales para garantizar unos procedimientos adecuados

e íntegros, por lo que deben mejorarse los sistemas electrónicos gestionados por la Comisión para la publicación de los anuncios.

Y precisamente en materia de anuncios, la Directiva 24/2014/UE insiste en la necesidad de que los poderes adjudicadores den a conocer sus intenciones de contratación a través de los anuncios de información previa; informen sus convocatorias a licitaciones por medio de los anuncios de licitación; e informen los resultados de los procedimientos de contrataciones a través de los anuncios de adjudicación de contratos. En términos generales, los citados anuncios deberán ser enviados a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y publicados por el poder adjudicador en su perfil de comprador o perfil de contratante (en los términos de la legislación española)⁴²⁹. Con los anteriores ejemplos dejamos constancia que para el legislador europeo el tema del acceso a la información, la publicidad y el principio de la transparencia, es un asunto transversal y por lo tanto fundamental, característicos de las compras públicas en la actualidad, con lo que pretende asegurar además el principio de la libre competencia.

Posteriormente, y en la misma línea de razonamiento, se encuentra la LCSP, que en el citado artículo 28.2, al regular la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, y luego de reiterar el exhorto a las entidades del sector público para velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecer la agilización de trámites, valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación y promover la participación de la pequeña y mediana empresa; destaca con mucha fuerza la importancia de garantizar el acceso sin coste de los operadores económicos a la información vinculada a las compras públicas, ya que sin información resulta cuesta arriba lograr la concurrencia, además que esa obligación de transparencia que poseen los poderes adjudicadores se transforma al mismo tiempo en un útil mecanismo para controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación⁴³⁰.

A partir de esta disposición, la LCSP, dispone de una serie de acciones que deben implementar los poderes adjudicadores para garantizar el acceso a la información de los operadores económicos en las compras públicas, dentro del contexto de los

⁴²⁹ Sobre la obligación de los anuncios y la forma de publicación se puede consultar los artículos 48 al 55, y los Anexos V y VIII de la Directiva 24/2014/UE.

⁴³⁰ Véase sentencia del TJUE del 06 de abril de 2006, asunto: C-410/04, caso: ANAV vs *Comune di Bari*, especialmente el apartado 21.

principios de publicidad y transparencia. Teniendo como única excepción a estos principios, las razones de confidencialidad, de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 133 de la LCSP⁴³¹.

1.1. La nueva regulación del perfil de contratante

Uno de los instrumentos principales para asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los distintos actos y fases de la tramitación de los procedimientos vinculados a los contratos públicos, y por lo tanto para la garantía del derecho de acceso a la información de los operadores económicos, y principalmente a las pymes, está constituido por la figura del perfil de contratante⁴³², que no se trata de una novel creación de la vigente LCSP, debido a que ya aparecía en el régimen legal anterior⁴³³, sin embargo aparece ajustado en la nueva ley que se comenta⁴³⁴.

El perfil de contratante es el elemento electrónico que agrupa la información y los documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación, el cual deberá alojarse en los portales de internet de los poderes adjudicadores (Art. 63

⁴³¹ El Artículo 133.1 de la LCSP, señala lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.” (...)

⁴³² “...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 el portal de transparencia. Así mismo el perfil está dirigido a los licitadores y está dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (como puede ser el sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que esté participando) mientras que el portal de transparencia se refiere a la información de contratos ya adjudicados y en un repositorio histórico de dicha información.” 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. Disponible en: <https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Documentos/R12014.pdf> consultada el 20 de mayo de 2017

⁴³³ Se encontraba previsto en el artículo 53 del derogado TRLCSP

⁴³⁴ “...el perfil del contratante es, sin lugar a dudas, el instrumento central de la publicidad general de los órganos de contratación y del que puede decirse que ya tiene un cierto “arraigo” en el ámbito de la contratación administrativa” (PALOMAR OLMEDA, A., (2018) “Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa,” en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona, p.179).

LCSP)⁴³⁵. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos u otros documentos contentivos de condiciones de contratación, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará para la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así lo establezcan las normas. Siempre con el objeto de asegurar la transparencia, el ahorro y el acceso público a la información necesaria⁴³⁶.

En la regulación del perfil de contratante, también se establece que el acceso a la información contenida en el perfil de contratante será libre, no requiriendo identificación previa, con lo que se garantiza aquel acceso a la información, libre y sin coste para las pymes, que ordena el artículo 28.2 de la LCSP. No obstante, en determinados casos se podrá requerir la identificación previa para el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil de contratante, tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, boletines, entre otras. Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante al menos un periodo de tiempo de 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes específicas de información⁴³⁷.

Según se interpreta de la normativa vigente, la información que deberá ser incorporada en el perfil de contratante, se clasifica en: a. La información general sobre la contratación administrativa (Art. 63.2), y b. Los documentos propiamente contractuales (Art. 63.3).

⁴³⁵ Véase Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 72/08, de 31 de marzo de 2009, donde se expresó: “El perfil del contratante es 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 del comprador” que se regula 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 número de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica.”

⁴³⁶ Se recomienda consultar: RASTROLLO SUAREZ, J.J. y GARCÍA JIMENEZ, A. (2015) “Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, en *Observatorio de los Contratos Públicos. Número Monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de la contratación pública (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Pamplona, p. 373; para quienes: *No cabe duda alguna de que el perfil de contratante se ha convertido en un instrumento muy útil en los últimos años, dando buena muestra de los beneficios de la contratación pública electrónica en términos de ahorro y transparencia.*”

⁴³⁷ Con relación a este punto se puede observar lo establecido en la LCSP, específicamente en su artículo 63.1.

La información general que deberá estar a disposición de todos los interesados en el perfil de contratante estará referida a la información de tipo general que puede utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación como puntos de contacto, números de teléfono, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación y modelos de documentos. Esta obligación de información general, no sólo se desprende del artículo 63.2 de la LCSP, además se infiere del contenido de los artículos 6 y 8 de LTAIBG⁴³⁸, a través de los cuales se determina la información general que deben suministrar las Administraciones Públicas para cumplir con la garantía del principio de transparencia, y de lo que no escapa la contratación pública en particular⁴³⁹.

Por su parte, en cuanto a los documentos propiamente contractuales, y siguiendo el orden normativo de la LCSP, se puede resumir la información relativa a los contratos que deberá incorporarse en el perfil de contratante, según la siguiente relación⁴⁴⁰:

a. La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que

⁴³⁸ Así lo señala PALOMAR OLMEDA: "...la documentación general se sitúa en el plano de la transparencia y las obligaciones generales que establece la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno." (PALOMAR OLMEDA, A., (2018) "Marco general de la utilización de medios tecnológicos..." op. cit. p. 180.). En el mismo sentido se pronuncia SUBIRANA DE LA CRUZ, S., (2018) "Instituciones específicas", en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona, p.269).

⁴³⁹ Según el artículo 6 de la LTAIBG, en cuanto a la información institucional, organizativa y de planificación, se debe publicar lo siguiente: "1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional. 2. Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente." (...) Mientras que en el artículo 8, al regularse la información económica, presupuestaria y estadística, se obliga a publicar lo siguiente: "1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente." (...)

⁴⁴⁰ Vid. Artículo 63.3 De la LCSP

hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente⁴⁴¹.

b. El objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

c. Los anuncios de información previa⁴⁴², de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, los anuncios de modificación y su justificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, con las excepciones establecidas en las normas de los negociados sin publicidad⁴⁴³. Igualmente se deberá publicar las comunicaciones a los licitadores para subsanar errores de las declaraciones responsables⁴⁴⁴.

d. Los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

e. El número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento, así como todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, la información a los interesados, invitación a participar y aclaratoria de pliegos, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4 y, en todo caso, la resolución de adjudicación del contrato⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Se recomienda consultar adicionalmente el artículo 116 de la LCSP que guarda relación con este apartado al referirse al expediente de contratación y su publicidad.

⁴⁴² El contenido de la información debe ser el previsto en el Anexo III A Sección 1 de la LCSP

⁴⁴³ Se recomienda consultar adicionalmente los artículos 116 134, 135, 151, 154, 156, 159,161, 178, 207, 220 y 224 de la LCSP que guarda relación con este apartado.

⁴⁴⁴ Véase Informe 5/2013, de 16 de diciembre, sobre comunicación a los licitadores del trámite de subsanación de defectos. Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el que estableció: "...dada las características de la plataforma de contratación como instrumento de información sobre los contratos públicos se recomienda que esta se utilice como único medio con efectos legales para la comunicación de subsanación de defectos, sin perjuicio de la utilización de otros medios adicionales para su difusión. 2.- La mesa de contratación debe fijar el lugar donde se ha de hacer entrega de la documentación objeto de subsanación, sin que en este trámite sea de aplicación la opción de licitador de hacerlo mediante correo con anuncio al órgano de contratación previsto en el artículo 80.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/informe-5-2013.pdf consultada el 17 de octubre de 2018.

⁴⁴⁵ Los artículos 138, 149, 151 y 326 de la LCSP guardan relación con lo señalado en este apartado. La obligación de publicación en el perfil de contratantes, no exime al órgano de contratación de su

f. Igualmente serán objeto de publicación en el perfil de contratante la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, el desistimiento del procedimiento de adjudicación, la declaración de desierto, así como la interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.

g. La publicación de la información relativa a los contratos menores, que deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (Art. 118.3, 154.4 LCSP y Art. 8.1.a LTAIBG).

h. Deberán ser objeto de publicación en el perfil de contratante, asimismo, los procedimientos anulados⁴⁴⁶, la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios. En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose 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 (Art. 63.5 LCSP)⁴⁴⁷.

i. La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, serán objeto, asimismo, de publicación en el perfil de contratante; adicionalmente deberá publicarse la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros. Similar a lo planteado para los contratos menores, la información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto,

obligación de comunicar directamente a los licitadores de los asuntos que le conciernen dentro del procedimiento de contratación pública, como lo señala el artículo 155 de la LCSP.

⁴⁴⁶ Como lo afirma PALOMAR OLMEDA, “*Se trata de una prescripción de información de notable importancia en aras de la transparencia de la actuación administrativa en materia de contratos que se asocia, adicionalmente, a uno de los objetivos centrales de la LCSP como es la lucha contra la corrupción.*” OLMEDA PALOMAR, A., (2018) “Marco general de la utilización de medios tecnológicos...” op. cit., p.188

⁴⁴⁷ Vid. Artículo 326 de la LCSP

duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

k. Se deberán publicar en el perfil de contratante, las consultas preliminares del mercado; antes de iniciarse, donde se identifique el objeto de la consulta preliminar, cuando se iniciara ésta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en ella. Asimismo se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados⁴⁴⁸.

Ahora bien, frente a la obligación de publicación de los actos vinculados a los contratos públicos, para garantizar la transparencia y la concurrencia en estos procedimientos, también se plantean excepciones legítimas que eximen al poder adjudicador de esa obligación en determinadas circunstancias. Efectivamente el órgano de contratación puede decidir no publicar determinados datos relativos a la celebración de contratos, previa justificación razonada en el expediente de contratación, en los siguientes casos: a) Cuando la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma; b) Cuando la información resulta contraria al interés público; c) En el caso que pueda perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas; d) 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; y e) Cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 (Art. 154.7 LCSP).

Antes de proceder a dejar de publicar los determinados datos relativos a la celebración del contrato, según la enumeración anterior, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de un informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la LTAIBG, 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 obstante lo anterior, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente, según lo comentado antes.

⁴⁴⁸ Vid. Artículo 115 de la LCSP

Por otra parte, según GIMENO FELIÚ, la previsión de los perfiles de contratantes como medios informáticos de publicidad se alejaron del objetivo pretendido por la Comisión Europea, “...pues se permitió que todo ente contratante pudiera crear su propio perfil de contratante (miles de ellos), lo que supuso una clara fragmentación del mercado,...”⁴⁴⁹. La solución a tal situación disuasiva de la competencia, partiendo de la importancia de la unidad de mercado prevista en el artículo 129 de la CE, fue la propuesta de modificación de la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del TRLCSP, por la Plataforma de Contratación del Sector Público, formulada en la Ley 20/2013⁴⁵⁰, no obstante, en dicha propuesta se proponía la obligatoriedad de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del mismo TRLCSP, para la publicación de las convocatorias de licitaciones y sus resultados, independientemente que ya muchas comunidades autónomas se habían adelantado en la creación de sus propias plataformas autonómicas, lo que no fue considerado en esa reforma, por lo que la fórmula planteada atentaba en contra de “...la arquitectura institucional de un Estado descentralizado...”⁴⁵¹.

El perfil de contratante no se puede desvincular de la plataforma de contratación del sector público, se trata de un sistema integrado que pretende, no sólo garantizar la publicidad y la transparencia en la contratación pública, sino al mismo tiempo la seguridad jurídica. Al punto de que los efectos jurídicos de las publicaciones en el perfil de contratante, no se activarán si no se encuentran alojadas en la plataforma de contratación del sector público, como lo señala expresamente el artículo 347.4 de la LCSP, al que volveremos en el siguiente apartado.

⁴⁴⁹ GIMENO FELIÚ, J.M., (2013), *Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante*, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica del 18/03/2013. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.93/recategoria.121/reلمenu.3/chk.0fe789768ad34784c3d04cd3f37f7a9f> consultado el 16 de febrero de 2016.

⁴⁵⁰ Vid. Disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12888> consultada el 20 de mayo de 2018

⁴⁵¹ GIMENO FELIÚ, J.M., (2013), *Unidad de mercado...op. cit.*

1.2. La plataforma de contratación del sector público.

A través del artículo 347 de la LCSP se establece una nueva regulación sobre la Plataforma de Contratación del Sector Público⁴⁵², asimilando las sugerencias de la doctrina, advertidas antes y conciliando las competencias autonómicas ya asumidas por las distintas CCAA; con las que se busca eliminar el riesgo de dispersión para asegurar la concentración de la información, sin violar las respectivas autonomías. En tal sentido, en la citada disposición, se obliga a la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, poner a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos, a través de un portal único, cuya información se publicará en estándares abiertos y reutilizables⁴⁵³. En consecuencia la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, deberá establecer las pautas y directrices para poder utilizar y acceder a la valiosa información contenida en la plataforma.

En ese sentido la norma regla tres supuestos distintos para concebir la publicación de los perfiles de contratantes e función de la autoridad: i. Si se trata de órganos del sector público estatal, ii. Para las CCAA y Ciudades Autónomas, y iii. El caso de las entidades locales.

Para todos los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal, resulta absolutamente obligatorio alojar los perfiles de contratantes en la Plataforma de Contratación del Sector Público, para su gestión y difusión exclusivamente por dicha plataforma, pudiendo incluirse un enlace a su perfil de

⁴⁵² La disposición de la ley es producto de la influencia del considerando 52 y del artículo 22 de la Directiva 24/2014/UE que se refieren al empleo de los medios de información y comunicación electrónicos como instrumentos para simplificar la publicidad de los contratos, elevar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación.

⁴⁵³ A la plataforma de contratación del sector público se le puede ingresar por el siguiente link: <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>. En dicho portal se señala la finalidad de la plataforma de la siguiente forma: “La Plataforma de Contratación del Sector Público permite consultar las licitaciones publicadas en los Perfiles del contratante alojados en la misma, y también las de otros organismos públicos que utilizan otras plataformas de contratación pero que publican las convocatorias de licitaciones y sus resultados mediante mecanismos de agregación.”

contratante ubicado en las páginas web institucionales de los respectivos órganos, desde la Plataforma de Contratación del Sector Público, para garantizar la interconectividad⁴⁵⁴.

En segundo lugar, las CCAA y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer sus propios 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 de 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 respectiva Comunidad Autónoma. No obstante, las CCAA 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 plenamente en su gestión (Art. 347.3 LCSP).

Sin embargo, en cualquier caso, siempre será obligatorio, tanto para los órganos del sector público estatal como para las CCAA o las Ciudades Autónomas, 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. En el caso que se presente una discrepancia entre la información alojada en el servicio de información de la Comunidad Autónoma y la de la Plataforma de Contratación del Sector Público, prevalecerá la primera, por efecto de la autonomía característica

Por último, los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y

⁴⁵⁴ Esta obligación ya había sido asimilada como criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), mediante Informe 31/11, de 23 de mayo de 2011, en el que se estableció cuáles eran los órganos y entidades que debían entenderse sujetas a la obligación de integración de su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Estado y la información que han de publicar obligatoriamente en la misma, concluyendo con la recomendación de: “...e los órganos de contratación den publicidad a través de su perfil de contratante a toda aquella información que, relativa al procedimiento de licitación, y con carácter previo, coetáneo o posterior a la sustanciación del mismo, pueda contribuir a dar mayor transparencia a sus actuaciones, publicando el perfil del contratante respectivo en la Plataforma de Contratación del Estado...”. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2011/31-11%2023-5%20FIN%20Plataforma.pdf> consultada el 23 de abril de 2016

exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Con esta regulación se elimina la posibilidad de que los órganos de contratación de las Administraciones locales, cuenten con su propia plataforma electrónica de contratos, ya que su perfil de contratante deberán alojarlo o en la plataforma de la Comunidad Autónoma que pertenezcan o a la plataforma de contratación pública del estado servida por la Administración General del Estado⁴⁵⁵.

Partiendo de la importancia que implica el buen funcionamiento de la plataforma electrónica para el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, libre acceso y eficiencia en la contratación pública, debe contar con elementos de seguridad necesarios que garanticen efectivamente ese cumplimiento. En ese sentido, el sistema informático que soporte los perfiles de contratantes deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo, para todos los efectos legales derivados del cumplimiento del principio de publicidad (Art.63.7)⁴⁵⁶. Entre ellos, a los fines de computar el lapso de interposición del recurso correspondiente para impugnar los actos que los interesados consideren que violan el ordenamiento jurídico, según lo preceptuado en los artículos 50 y 51 de la LCSP⁴⁵⁷.

En virtud de ello, se establece que la Plataforma de Contratación del Sector Público contará con un sistema de sellado del tiempo (*Time stamping*) que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la

⁴⁵⁵ Véase Informe de la JCCA 72/08, de 31 de marzo de 2009, en el que manifestó: “la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la organización interna de la difusión de información sobre los contratos establecida en la Ley de Contratos del Sector Público en las Corporaciones locales ha de ser decidida por cada una de ellas ya sea adhiriéndose a una plataforma concreta de ámbito territorial superior o estableciendo una propia en la que tendrán cabida los diferentes perfiles de cada uno de los diferentes órganos de contratación de la misma.” Disponible: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2008/Informe%2072-08.pdf> consultada el 24 de abril de 2016

⁴⁵⁶ Efectivamente la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la ley sólo a partir de que los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las CCAA o las respectivas Ciudades Autónomas (Art. 63.7 y 347.4 LCSP).

⁴⁵⁷ En el mismo sentido lo establece la disposición adicional decimoquinta 1 de la LCSP, que señala: “*Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.*”

misma⁴⁵⁸. Esta condición es absolutamente esencial para generar seguridad jurídica, toda vez que la publicación de información en los perfiles de contratante y en las distintas plataformas produce, no sólo efectos técnico, sino también efectos jurídicos de relevancia.

En tal sentido, el servicio del sellado del tiempo (*Time stamping*) debe ser realizado por autoridades especiales que tengan como función certificar la existencia de determinados datos electrónicos en una fecha y hora concretos, como soporte esencial al funcionamiento de las respectivas plataformas electrónicas. Se pueden enumerar a las siguientes autoridades que prestan tal servicio: La Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM), la *Agència Catalana de Certificació* (CATCert), la *Autoritat de Certificació de la Comunitat Valenciana* (ACCV), la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT).

En conclusión, como lo señala SUBIRANA DE LA CRUZ, “...un sello de tiempo o sello de fecha y hora, es precisamente el documento que nos indica la fecha y hora en que se ha producido un acto. El sello, informáticamente vinculado al documento sellado, se produce utilizando una fuente de tiempo fiable de fecha y hora”⁴⁵⁹. En fin, todo lo que suponga amplitud en el acceso a la información, claridad y transparencia, pero con seguridad, contribuye a la concurrencia y especialmente a la participación de las pymes en las compras públicas, aunado a contribuir en la lucha contra la corrupción.

Resulta importante dejar constancia que se consideran nulos de pleno derecho los contratos celebrados en ocasión de un procedimiento de contratación en el que haya faltado la 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 DOUE o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, según lo establecido en el artículo 39.2.c de la LCSP. En los demás casos de falta de publicación de otros actos en las plataformas correspondientes, la

⁴⁵⁸ Véase Informe 05/2008, de 3 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, en el que manifestó: “En la medida en que la publicación en el Perfil de Contratante produce efectos jurídicos, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de salvaguardar las garantías de cada procedimiento, el sistema técnico debe permitir acreditar fehacientemente el momento de inicio la difusión pública de la información que se incluya en el perfil (artículo 42.3 LCSP), por lo que debe de incorporarse a la firma electrónica del documento electrónico la fecha electrónica,...”. Disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/15/docs/Areas/InformeActuacionesJuntaConsultiva/Informes/2008/INFORME5_2008.pdf consultada el 12 de abril de 2016

⁴⁵⁹ Véase SUBIRANA DE LA CRUZ, S., (2018) “Instituciones específicas”...op. cit., p. 274

norma no señala la consecuencia; sin embargo, se debe considerar una causal de anulabilidad, sólo en el supuesto que la infracción de las normas tenga trascendencia invalidante, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015.

1.3. El Registro de contratos del sector público.

Otro medio de información de significativa importancia lo constituye el Registro de Contratos del Sector Público⁴⁶⁰, que aun cuando tampoco sea una novedad de la nueva LCSP, representa un instrumento para garantizar el cumplimiento del principio de transparencia y en definitiva para brindarle la posibilidad de acceso a la información pública a las personas interesadas, entre ellas las pymes, en los términos que establece la norma.

El Registro de Contratos del Sector Público, constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España, y estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública⁴⁶¹. En dicho registro se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público, entre los que deben figurar obligatoriamente: la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación y el desglose del IVA, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de los contratos. La información sobre la contratación pública deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional (Art. 346.3). En consecuencia, el registro se va a nutrir principalmente de la información que le suministre los poderes adjudicadores.

En consecuencia, constituye una obligación para los poderes adjudicadores comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos por ellos adjudicados, a los que hemos hecho referencia antes. Las comunicaciones de datos de contratos al registro se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en la forma que determine, por vía

⁴⁶⁰ El Registro de Contratos del Sector Público se encuentra previsto en el artículo 346 de la LCSP, anteriormente regulado en el artículo 333 del TRLCSP.

⁴⁶¹ Se puede consultar su portal web en el siguiente enlace: <http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/Registro%20publico%20de%20contratos.aspx> consultada el 6 de junio de 2018

reglamentaria, el Ministro de Hacienda y Función Pública. En los casos de Administraciones Públicas que dispongan de Registros de Contratos análogos en su ámbito de competencias, la comunicación de datos podrá ser sustituida por comunicaciones entre los respectivos Registros de Contratos (Art. 346.3LCSP).

Con el objeto de generar seguridad jurídica y uniformar la información contenida en los respectivos registros, para facilitarle la comprensión a quienes deseen consultarlos. Las Administraciones y entidades comunicantes asignarán a cada uno de los contratos un código identificador que será único y preciso en el ámbito de su competencia. Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Función Pública determinará las reglas de asignación de dichos identificadores únicos que resulten necesarios para asegurar la identificación unívoca de cada contrato dentro del Registro de Contratos del Sector Público, así como para su coordinación con los demás Registros de Contratos (Art. 346.7).

Se exceptuarán de la comunicación, y por lo tanto de su inscripción en el registro, los contratos cuyo precio fuera inferior a 5.000 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 5.000 euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final (Art. 346.3 último aparte).

Está claro que el Registro de Contratos del Sector Público resulta un espacio de concentración de información de utilidad, principalmente para los órganos de las Administraciones Públicas, en ejercicio de sus propias atribuciones vinculadas con el interés general; pero al mismo tiempo sirve para brindarle a los operadores económicos y a las personas en general, el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet, atendiendo a lo dispuesto en la LTAIBG, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal (Art. 346.5).

La información contenida en el Registro de Contratos del Sector Público, servirá para la formación del informe general sobre la contratación pública en España, que deberá elevar el Gobierno a las Cortes Generales anualmente. Así mismo para que el

Ministerio de Hacienda y Función Pública lo ponga adicionalmente en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tras su elevación por el Gobierno a las Cortes Generales. Todo esto en garantía absoluta del principio de transparencia, lo cual permitirá desplegar toda la actividad de control público sobre la gestión de los poderes adjudicadores, e incluso, sobre el cumplimiento de los operadores económicos (Art. 346.8).

En conclusión la importancia del registro de contratos para las pymes es fundamental, porque a través de este instrumento de publicidad no sólo se garantizan los principios que informan a los contratos públicos, sino que vas allá; como bien lo señala PALOMAR OLMEDA: *“tiene un contenido que trasciende del puramente procedimental para situarse en el plano general de la transparencia administrativa y de la capacidad de control de la actuación de los Poderes Públicos por la vía del conocimiento, en este caso, de la actividad contractual”*⁴⁶².

1.4. La obligatoriedad de la utilización del vocabulario común de contratos públicos (Código CPV)

Es estrecha relación, tanto con el perfil de contratante como con el Registro de Contratos del Sector Público, en cuanto a su utilidad para la garantía de la transparencia y específicamente para facilitar el acceso a la información de los operadores económicos, se presenta el “vocabulario común de contratos públicos” (en lo sucesivo CPV), aprobado originalmente por el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002⁴⁶³; con el cual se unifica la identificación de servicios, obras y suministros a través de una nomenclatura codificada, jerárquicamente estructurada, separada en divisiones, grupos, clases, categorías y

⁴⁶² PALOMAR OLMEDO, A., (2018) “Marco general de la utilización...op. cit., p. 194

⁴⁶³ El citado Reglamento resultó modificado por medio del Reglamento (CE) n° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y la Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, y fue publicado en el DOUE núm. 74, de 15 de marzo de 2008. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-80475>, consultada el 12 de diciembre de 2015. Por haber sido aprobado a través de un Reglamento resultaba obligatorio para todos los Estados miembros, luego de vencido un año que se otorgó para su adaptación; sin embargo su aplicación por cada uno de ellos fue progresiva.

subcategorías; a través de la creación de un sistema de clasificación aplicable a todos los contratos públicos a escala comunitaria europea⁴⁶⁴.

Vemos que la creación de esta fórmula codificadora de información tampoco representa una novedad de la nueva LCSP, ni siquiera de las Directivas de 2014⁴⁶⁵; sin embargo lo importante en esta oportunidad es que estas recientes normativas insisten en la figura y aportan instrucciones para uso general y obligatorio como nomenclatura unificada en todos los contratos públicos, al margen del importe. Lo anterior se pone de manifiesto cuando, en el artículo 23.1 de la Directiva 24/2014/UE se establece de forma contundente, que *“Toda referencia a nomenclaturas en el marco de la contratación pública se hará utilizando el «Vocabulario común de contratos públicos (CPV)» aprobado por el Reglamento (CE) n° 2195/2002”*⁴⁶⁶. Y en general la referida Directiva utiliza el código CPV a lo largo de sus disposiciones, para identificar a los elementos integrantes del objeto del contrato. Lo mismo ocurre con la LCSP, al emplear el CPV como sistema de identificación e información de los servicios, obras, y suministros⁴⁶⁷.

El CPV consiste en un sistema de clasificación único de los contratos públicos, con el objeto de unificar o estandarizar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y los poderes adjudicadores para describir el objeto de sus contratos. El CPV se compone de un vocabulario principal y un vocabulario suplementario. El vocabulario principal forma el núcleo del código, al definir el objeto del contrato, y se desglosa en una estructura jerárquica de cinco niveles; mientras que el vocabulario suplementario permite introducir datos o elementos cualitativos adicionales, y está integrado por dos niveles. A cada código le corresponde un enunciado identificador que describe los suministros, las obras o servicios, en todas las lenguas Europeas.

⁴⁶⁴ Ver el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV)", aprobado por el Comité Económico y Social por unanimidad en su sesión Pleno del día 28 de noviembre de 2001, publicado en el *Diario Oficial n° C 048 de 21/02/2002 p. 0009 – 0011* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001AE1470> consultada el 15 de enero de 2018.

⁴⁶⁵ El CPV es una adaptación de la nomenclatura CPA destinada a describir el objeto de los contratos públicos, que se utiliza desde el año 1996, de forma sistemática en todos los anuncios que se publican en el Suplemento al Diario Oficial de Unión Europea con arreglo a las Directivas, tanto para identificar el objeto de los contratos como para la traducción automática en todas las demás lenguas oficiales comunitarias, convirtiéndose así en el criterio esencial de búsqueda en la selección e identificación de oportunidades de contratos por los posibles licitadores.

⁴⁶⁶ En ese mismo sentido se recomienda consultar los considerandos 28, 119 y 129 de la Directiva 24/2014/UE.

⁴⁶⁷ En este punto se recomienda consultar los artículos 2.4, 8, 11.5, 14, 24, 77, 89, 90 y 92, Anexo III A, Secc.1.4, Secc.2.5, Secc.3.2, Secc.3.2, Secc.4.5, Secc.5.3, de la LCSP.

Es evidente que por medio de este sistema se han generado condiciones de fácil acceso a la lectura y comprensión de las informaciones y los datos en materia de contratos públicos en Europa, debido a que el CPV le permite a cualquier operador económico, y con especial énfasis a las pymes, con independencia de su procedencia, poder conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés lo que le ofrece el mercado; con ello se derrumban las barreras del idioma y de la distancia. El sistema no introduce nuevas obligaciones, requisitos o restricciones, sólo pone a disposición de los operadores económicos una referencia común, unificada y plurilingüe que les facilita el acceso a los anuncios de la contratación.

La doctrina⁴⁶⁸, con acierto, valora muy positivamente el establecimiento de un sistema único de clasificación para todos los contratos públicos de la Unión Europea basado en el vocabulario común, ya que, junto con la utilización de formularios normalizados, consideran que se contribuye decididamente a garantizar una mayor información, una mayor transparencia en los procesos de licitación pública, y por lo tanto mayor concurrencia, de lo que se benefician particularmente las pymes.

Prueba de la apertura y facilidad que brindan los CPV en el mundo de la información sobre contratación pública, es la existencia y posibilidad de consulta del TED (*Tenders electronic daily*), que representa la sistematización de la información abierta de la UE en materia de contratación pública, esto es, el equivalente electrónico del Boletín Oficial de la UE, pero en materia de contratos públicos⁴⁶⁹. El TED es un portal web que ofrece acceso a todos los contratos públicos en el espacio europeo, y la forma de ubicar y saber la información que se necesita es a través de los códigos numéricos CPV. Allí se pueden ubicar oportunidades comerciales en la comunidad europea con un lenguaje común y unificado.

⁴⁶⁸ JINESTA LOBO, E., MORENO MOLINA, J.A., NAVARRO NEDAL, K. y RODRIGUEZ ARANA, J., (2011) *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas, (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, Ediciones Guayacán, Konrad Adenauer Stiftung, San José, p. 147

⁴⁶⁹ Se puede consultar en el siguiente link: <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

2. Simplificación y reducción de las cargas administrativas para promover la participación de las pymes en las compras públicas

Otro de los grandes problemas que enfrentaban las pymes en los procedimientos de compras públicas eran las pesadas cargas burocráticas que debían sobrellevar para cumplir con las exigencias de la norma y de los poderes adjudicadores, a los fines de acceder con algún margen de oportunidad en los procedimientos de contratación pública. Situaciones que inhibían la participación de entidades representantes de este sector de la economía en ese cometido, debido a que no poseían, ni el personal adecuado, ni los medios económicos suficientes para tal fin. Convirtiéndose en un gran reto para el Estado, como promotor de las grandes políticas públicas y, en concreto, para los poderes adjudicadores, quienes son los llamados a aplicar las normas y ejecutarlas, lograr simplificar y mejorar la forma de acceso de las pequeñas y medidas empresas en el contexto de las compras públicas estratégicas.

En su mayoría los excesivos requisitos se encuentran relacionados con los plazos para cumplir con los objetivos, y en gran medida, con la acreditación de solvencias o certificaciones para demostrar capacidades técnicas o profesionales, o aptitudes sobre sus situaciones personales, o para ejercer determinadas actividades profesionales. Quedando a la discreción del órgano de contratación, a partir de la interpretación de la norma, establecer las particularidades de los requisitos que se deben cumplir en función del objeto del contrato.

Frente al panorama descrito, surgen las técnicas de descarga burocrática, simplificación de trámites o reducción de cargas administrativas⁴⁷⁰, -precisamente para facilitar la relación administración-ciudadano-, a los fines de reducir y/o facilitar el

⁴⁷⁰ Como referencia ilustrativa para este trabajo se puede señalar que en el Derecho venezolano, la simplificación de trámites administrativos es considerada un principio del Derecho Administrativo, que se encuentra expresamente señalado en el artículo 10 del Decreto con Rango Valor Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, cuando establece los principios que rige a la actividad de la Administración Pública, manifestando que la simplificación debe ser una “...*tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.*” Siendo la ley correspondiente a la que refiere la norma, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la G.O. núm. extr. 6.149, de 18 de noviembre de 2014. Así mismo, en materia de contratación pública el DLCP lo ratifica, cuando en su artículo 2 señala: “*Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.*”

cumplimiento de trámites, a través de un modelo de administración el cual viene a modificar el modelo tradicional inmerso en un sistema lento, ineficiente y con muchos obstáculos, además de ello, busca flexibilizar los trámites, favorecer el ahorro de tiempo de las personas y los actores públicos y ayuda a disminuir los costes que se generan al iniciar un trámite y/o procedimiento para satisfacer un requerimiento y, por último contribuir con ello a la inclusión de las pymes en su relación con la Administración, y específicamente, en el ámbito de la contratación pública, como es el caso que ocupa el presente estudio. Si bien es cierto tal y como lo señala SANCHEZ SANCHEZ: “*La simplificación procedimental y la reducción de cargas no debería ser un tema novedoso sino el reflejo de principios rectores de las administraciones públicas como el de la eficacia, eficiencia, calidad y seguridad jurídica. Todos estos principios equivalen a lo que tradicionalmente se llama buena administración y deben considerarse como un imperativo a seguir para lograr una mayor efectividad*”⁴⁷¹. La noción integral de buena administración debe estar siempre presente cuando se habla de eficiencia en el ejercicio de las actividades administrativas, y principalmente cuando se ven involucrados los derechos de las personas⁴⁷².

La situación de sobrecarga administrativa en la contratación pública, fue advertida por la Directiva 24/2014/UE como diagnóstico de un problema que evidentemente posee varias opciones para lograr su solución, parcial o definitiva. Por ejemplo, en su considerando 80 la citada Directiva destaca la necesidad de mantener tan breves como sea posible los plazos para la participación en procedimientos, sin crear obstáculos indebidos al acceso de los operadores económicos de todo el mercado interior, y en particular de las pymes, a los fines de hacer más rápidos y eficientes los procedimientos de contratación pública⁴⁷³, se trata de establecer plazos razonables, ni

⁴⁷¹ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., (2014), “Reformas en Materia de Administración Electrónica Aplicada a Reducción de Cargas Administrativas para la mejora del rendimiento de las PYME: Necesidad del tratamiento global de la descarga burocrática y la administración electrónica.” p.54.

⁴⁷² El Consejo de Ministros aprobó adoptar el Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado, el 19 de septiembre de 2014; se puede consultar en el siguiente enlace:

http://www.hacienda.gob.es/AreasTematicas/Gobernanza/simplifica/14_Manual_Simplificacion_Administrativa_y_reduccion_de_cargas_AGE.pdf página visitada el 6 de abril de 2018.

⁴⁷³ En cuanto a la reducción de plazos, véase el IV aparte del preámbulo de la LCSP, que señala: “*En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. Sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional;*

muy largos, que haga interminable por exceso el procedimiento; ni muy cortos, que inhiban por defecto la participación de los licitadores al causar imposibilidad de cumplir con las exigencias establecidas⁴⁷⁴. Conjuntamente con la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, y en particular la puesta a disposición de los candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones, lleva a una mayor transparencia y ahorro de tiempo.

Por otra parte, en el considerando 84, es más clara la apuesta de la Directiva por la necesaria simplificación y la descarga administrativa, cuando reafirma la problemática que presentan los operadores económicos, y en especial las pymes, con relación a las cargas administrativas para participar en la contratación pública, “...*que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección....*”. Sugiriendo el uso de un documento europeo único de contratación que consista en una declaración actualizada del propio licitador, con el compromiso de presentar las pruebas pertinentes luego de haber recibido la adjudicación o cuando el poder adjudicador lo requiera, y con ello ayudará a simplificar considerablemente los trámites, en favor de los operadores económicos y de los propios poderes adjudicadores.

En ese mismo sentido, en el considerando 133, la Directiva sugiere la adopción del formulario normalizado para las declaraciones de los interesados, debido a que pueden “...*desempeñar una papel esencial en la simplificación de los requisitos documentales en procedimientos de contratación.*”. Y en el considerando 134, se exhorta a la Comisión a analizar los efectos en el mercado interior resultantes de los umbrales e informar al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa, para que se puedan adoptar medidas estratégicas.

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”

⁴⁷⁴ Véase: GIMENO FELIU, J.M., (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*, Editorial Aranzadi, Madrid, p. 96: “Uno de los aspectos más resaltantes en cuanto a la simplificación de trámites en el ámbito de la contratación pública española, es la también denominada “*caja de herramientas*”, [mediante la cual] *se habilitan dos tipos básicos de procedimiento ya conocidos: abierto y restringido pero se han acertado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional*”.

Luego, en la exposición de motivos de la LCSP, se encuentra la misma preocupación anterior, sobre la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes, indicando de forma concreta y sincera que “...*el proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación.*” Por lo que no cabe dudas de que existe un problema de sobrecarga administrativa y que por lo tanto los Estados están dispuestos a adoptar medidas para mitigar esa situación.

Una de las principales medidas que propone el legislador español para lograr el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas, es la ratificación del uso de la declaración responsable; sin embargo, ampliando su espectro de casos en los que se utiliza y regulando pormenorizadamente su contenido, según lo establecido en la Directiva 24/2014/UE, y de forma coherente, con el formulario del Documento europeo único de contratación aprobado por la Comisión Europea. Con este tipo de formulario, se pone de manifiesto, la existencia de una nueva plataforma administrativa soportada en el uso de medios electrónicos, que en su integración a las estrategias de simplificación de trámites, representará una gestión ágil y accesible de los contratos públicos. Dentro de esta perspectiva, observamos que la simplificación viene a disminuir “...*tres consecuencias perniciosas: la demora en la obtención de resultados, la imagen negativa que se genera en los ciudadanos sobre el funcionamiento de los servicios públicos y la disolución de responsabilidades*”⁴⁷⁵.

2.1. La declaración responsable como forma simplificada de acreditar los requisitos de contratación

En términos generales se entiende por declaración responsable⁴⁷⁶ el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple

⁴⁷⁵ TORNOS MAS, J. (2000) “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 151, Enero-abril, p. 46 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17491.pdf> página consultada el 1 de abril de 2018.

⁴⁷⁶ Sobre el tema de la declaración responsable se recomienda consultar: NÚÑEZ LOZANO, M. (2011) “La Trasposición de la Directiva de servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*,

con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad, o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio⁴⁷⁷. En dicho instrumento deberá estar detallado de manera expresa, clara y precisa los requisitos con que cuenta la persona para hacer valer su derecho.

Por su parte, las Administraciones estarán obligadas a aceptar las declaraciones responsables de las personas, ya que éstas permiten el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. En ese sentido, en cualquier momento las Administraciones podrán requerir que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

Evidentemente que el planteamiento filosófico de las declaraciones responsables se encuentra sustentado en el principio de buena fe y confianza, esto quiere decir, que la Administración recibe y acepta las declaraciones que le formulan las personas, confiando en que lo manifestado es cierto, y por lo tanto, con base en esa confianza inicia el trámite correspondiente. Ahora bien, si la persona vulnera esa confianza,

Ed. Nro. 79/2011, enero-abril, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla; y LÓPEZ MENUDO, F., (2010) “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: El régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14. ed. julio-diciembre.

<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/28828/La%20transposici%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%20de%20Servicios.pdf?sequence=1&isAllowed=y> página consultada el 8 de abril de 2018.

⁴⁷⁷ En la actualidad encontramos la definición de declaración responsable en el artículo 69.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo Ley 39/2015), que aun cuando la misma señala que se trata de un concepto establecido “*A los efectos de esta ley*”, resulta una definición con alcance ilustrativo de referencia para toda las administraciones públicas, salvo que exista alguna definición particular en leyes especiales. Cabe destacar que el origen de la declaración responsable se puede ubicar en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, sin embargo su concepción actual aparece a partir de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, y fundamentalmente, en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicada en el Boletín Oficial de Estado «BOE» núm. 308, de 23 de diciembre de 2009, mediante la cual se modificó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establecía el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el BOE, núm. 285, de fecha 27 de noviembre de 1992, incluyendo un artículo denominado 71 bis, mediante el cual eran definidas las figuras jurídicas declaración responsable y comunicación previa. Posteriormente la Ley 3/1992, fue derogada por la entrada en vigor de citada Ley 39/2015 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

presentando una declaración inexacta, falsa u omisiva, esa conducta acarreará consecuencias negativas para ella.

Con base en la legislación general de procedimientos administrativos, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, o la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar (Art. 69.4 Ley 39/2015).

Esta figura que en la actualidad nos parece muy común y lógica, ha sido empleada con otro nombre⁴⁷⁸ en otros tiempos y en otros espacios. Por ello se afirma que la declaración responsable resulta ser la heredera de la declaración jurada⁴⁷⁹, la cual resulta familiar, debido a que fue utilizada con mucha frecuencia, y aún se recoge en algunos textos jurídicos. Esta consistía en la declaración efectuada por una persona bajo fe de juramento libre de total apremio, ante las autoridades administrativas o judiciales competentes. En tal sentido, como lo afirma LOPEZ MENUDO, la declaración responsable, *“...es una fórmula bastante reciente como expresión, pero como técnica jurídica su origen es tan remoto como el Derecho o la sociedad misma, que siempre ha requerido de quien declara que pronuncie el juramento o la promesa de que dice la verdad, o que cumplirá la obligación asumida o que acatará la decisión que se arbitre por quien corresponda”*⁴⁸⁰. Luego de la entrada en vigor de la constitución de 1978, las *“...declaraciones “juradas” decaen y son paulatinamente relevadas por la fórmula “declaración responsable”, carente de la connotación religiosa de aquéllas, aunque la legislación surgida tras la Constitución todavía sigue ofreciendo muestras de*

⁴⁷⁸ Se le ha conocido como declaración jurada, declaración solemne, declaración de veracidad, entre otros.

⁴⁷⁹ “Las declaraciones juradas son manifestaciones hechas bajo juramento, y generalmente por escrito, acerca de diversos puntos que han de surtir efectos ante las autoridades administrativas o judiciales”, véase: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., (2008). “Diccionario Jurídico Elemental “. Editorial Eliasta. 19ª. Ed. Buenos Aires. p. 111.

⁴⁸⁰ LÓPEZ MENUDO, F., (2010) “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: El régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14. Ed. Julio-diciembre. pp. 118-122.

<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/28828/La%20transposici%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%20de%20Servicios.pdf?sequence=1&isAllowed=y> página consultada el 8 de abril de 2018.

declaraciones juradas...”⁴⁸¹. Sin embargo, el punto determinante para el inicio del verdadero desarrollo de la institución en general fue la vigencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, a través de la cual se traspuso la Directiva 123/2006/CE (*Directiva Bolkestein*), la cual influyó en una serie de normas legales y autonómicas en la apuesta por la figura de la declaración responsable⁴⁸². Y especialmente, en lo que respecta al impulso de la declaración responsable en las compras públicas, para favorecer a las pymes u otras entidades de reducida dimensión, se le debe la consideración a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando en su preámbulo estableció “...en los procedimientos de contratación administrativa, se prevé que los licitadores puedan aportar una declaración responsable indicando que cumplen 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”⁴⁸³.

En conclusión, estas declaraciones, independientemente del nombre que se le haya otorgado, y sus particularidades históricas y circunstanciales, han servido tradicionalmente para facilitarles a los ciudadanos sus trámites o relaciones con los órganos de las Administraciones Públicas, liberados de recabar pruebas o documentos para acreditar hechos. Es por ello que se puede afirmar con propiedad que el soporte fundamental que se encuentra detrás de esta figura jurídica es realmente el principio de buena fe y confianza, que deben observar los órganos de las Administraciones Públicas en sus trámites administrativos y sobre todo en sus relaciones con las personas; este principio encuentra como inspiración el valor de la confianza en la actuación y la manifestación de los ciudadanos, a quienes sirve precisamente la administración, a través del interés general.

⁴⁸¹ *Ídem*

⁴⁸² Ejemplo de ello fue “*El Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece, en lo que aquí nos interesa, una serie de medidas encaminadas a la simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas. En este contexto, aborda la regulación de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, si bien limitada a las que conciernen a la puesta en marcha de una actividad empresarial o profesional, reproduciendo para ello parcialmente el art. 71.bis de la Ley 30/1992 (LRJAP)*”: NÚÑEZ LOZANO, M. (2011). “La Trasposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración”. En *Revista Andaluza de Administración Pública*, Ed. Nro. 79/2011, Enero-Abril, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, p. 52.

⁴⁸³ La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, fue publicada en el BOE, núm. 233, de 28 de septiembre de 2013

En ese sentido es considerado como uno de los principios con mayor relevancia en el ámbito de la simplificación de trámites, toda vez que la administración presume y confía en los datos, información y/o documentos suministrados por los particulares, por lo que debe existir por parte de la administración, la convicción preliminar de que tales documentos son verdaderos y que la información suministrada en ellas es cierta, siendo así, todas las actuaciones que los particulares realicen ante la administración se tomarán como cierta con la simple declaración responsable de los interesados. La presunción de buena fe se pone de manifiesto cuando la administración debe aceptar y confiar en las declaraciones responsables en sustitución de alguna documentación⁴⁸⁴. Aunque resulta conveniente destacar que para los actores públicos no ha sido fácil asimilar a lo largo del tiempo, la posibilidad de confiar en las personas, sobre todo cuando se trata de solicitar requisitos y acreditaciones.

Si se hace una recopilación de las consideraciones doctrinarias o jurídicas que se tienen sobre la declaración responsable, observamos que la misma, es pieza clave dentro de las medidas de simplificación de trámites, además de evidenciarse que el tema fundamental que se maneja en torno a esta declaración, es la manifestación efectuada por parte del interesado, en donde afirma a la administración que se encuentra plenamente facultado para cumplir con los requisitos legales y administrativos previamente establecidos, a los fines de proceder a ejercer una actividad y, que además de ello, se encuentra en la plena disposición de suministrar los soportes que corroboren la información afirmada a través de la referida declaración. Provocando inmediatamente la simplificación o eliminación de recaudos, documentos, certificaciones y solvencias que otro momento hubiera tenido que recabar y presenta⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ En la legislación española el principio de buena fe se encuentra previsto en el artículo 3.1.e de la Ley 40/2015.

⁴⁸⁵ Véase Recomendación nº 2/2016, de 21 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde manifestó la bondad de la declaración responsable: “La introducción de la declaración responsable en las licitaciones ha supuesto un avance y una importante ventaja en la tramitación de todos los procedimientos, con independencia de la cuantía. A su vez, constituye una garantía no sólo para el licitador sino para el órgano de contratación, que en todo caso, debe asegurar que el contratista está cualificado para la ejecución de la prestación contratada”. Disponible en:

http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/22016B.pdf consultada el 24 de noviembre de 2017.

2.1.1. La declaración responsable en las compras públicas

Ahora, específicamente en el plano de las compras públicas, consecuente con la regla general de la institución de la declaración responsable, vista antes, también se reconoce de manera firme la utilización de la declaración responsable, y se establecen algunas pequeñas particularidades para ajustarla a la materia sectorial de las contrataciones públicas. Efectivamente, en el artículo 59 de la Directiva 24/2014/UE se prevé la obligación de aceptar declaraciones actualizadas o responsables de los licitadores como prueba adecuada y suficiente, a los efectos de la participación en los procedimientos de licitación, a través de la presentación del documento europeo único de contratación, para luego exigir la acreditación de los requisitos indispensables, posteriormente y sólo a aquellos licitadores que obtuvieran la adjudicación⁴⁸⁶, con lo que se amplía inicialmente la concurrencia y la posibilidad de acceso de las pymes en los referidos procedimientos. GIMENO FELIÚ lo destacaba, al afirmar:

“...en un contexto de simplificación parece lógico posponer a un trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no sólo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (adviértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos)...”⁴⁸⁷.

Mientras que en los artículos 140 y 141 de la LCSP, expresamente se regula la forma de empleo de la declaración responsable en la tramitación de los procedimientos de contratación pública⁴⁸⁸. En materia de contratación pública la declaración responsable resulta ser la manifestación voluntaria del operador económico sobre el cumplimiento de los requisitos que se requieren para la participación válida en los

⁴⁸⁶ En la Directiva 123/2006/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, se preveía la aceptación de declaraciones responsables por parte de las Administraciones Públicas.

⁴⁸⁷ GIMENO FELIÚ, J.M., (2015) “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. una visión desde la perspectiva de la integridad, En Las nuevas directivas de contratación pública, Observatorio de contratos públicos, Número monográfico especial 2015, Thomson-reuters, Cizur-Menor Navarra, p. 72

⁴⁸⁸ Anteriormente se encontraba prevista en el TRLCSP pero su aceptación no aparecía como una obligación, sino que se le dejaba a la discrecionalidad el poder adjudicador solicitarla e los respectivos pliegos.

procedimientos de compras públicas; y específicamente, según el artículo 140 de la LCSP, antes citado, en dicha manifestación se debe dejar constancia de lo siguiente:

“(…) 1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

2.º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

3.º Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley.

4.º La designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser «habilitada» de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

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

c) En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure

la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente. La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo.

d) En todos los supuestos en que en el procedimiento se exija la constitución de garantía provisional, se aportará el documento acreditativo de haberla constituido.

e) En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente. Adicionalmente a la declaración o declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se aportará el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el apartado 3 del artículo 69 de esta Ley.

f) Además de la declaración responsable a que se refiere la letra a) anterior, las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, deberán aportar una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.”(...) (Art. 140 de la LCSP)

En las citadas normas se determina la obligación para los órganos de contratación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la exigencia de presentación de la declaración responsable, y determinará el modelo al que deberá ajustarse la misma, el cual deberá estar conforme al formulario de documento europeo único de contratación (en lo sucesivo DEUC), aprobado en el seno de la Unión Europea, al que nos referiremos posteriormente⁴⁸⁹. En estos casos el licitador deberá

⁴⁸⁹ Excepcionalmente, en el caso de la tramitación del procedimiento abierto simplificado la presentación de las ofertas exigirá la declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta; a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en

declarar sobre hechos, situaciones o circunstancias que posee efectivamente, no sobre eventos futuros o eventuales, debido a que en cualquier momento el órgano de contratación le podrá requerir que exhiba algún medio con el que debe demostrar sus afirmaciones.

Por otra parte, como el formato designado por las directivas y por la propia LCSP para formular la declaración es el DEUC, cuando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo de condiciones de la contratación, se exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del DEUC, deberá indicarse expresamente en los pliegos, la forma de la acreditación de aquellas circunstancias extraordinarias.

Cuando el pliego prevea la división en lotes del objeto del contrato a los fines de su adjudicación simultánea, si los requisitos de solvencia económica y financiera o técnica y profesional exigidos variaran de un lote a otro, se aportará una declaración responsable por cada lote o grupo de lotes al que se apliquen los mismos requisitos de solvencia, a los que el licitador pretenda presentar oferta individual o integradora. A todo evento, las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar exigidas en los pliegos y las normas para participar en las compras públicas, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir por lo menos hasta el momento de perfección del contrato.

Concluye el citado artículo 141 de la LCSP, que en los casos donde intervenga una mesa de contratación para la administración y sustanciación del procedimiento de compras públicas particular, este órgano será el encargado de calificar la declaración responsable y la documentación acreditativa de la misma. Por tal motivo, cuando se aprecien defectos subsanables, se le dará un plazo de tres días⁴⁹⁰ al operador económico para que los corrija o subsane. En el caso de que el licitador no subsane el defecto advertido o que el órgano de contratación considere que no se subsanó adecuadamente,

su caso, la clasificación correspondiente; a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad; a no estar incurso en prohibición alguna de contratar; y se pronunciará sobre la existencia del compromiso de otras entidades al suministro de los recursos que sean necesarios para la garantía del cumplimiento del contrato. A tales efectos, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego recogerá esa declaración responsable. Adicionalmente, en el caso de que la empresa fuera extranjera, la declaración responsable incluirá el sometimiento voluntario al fuero español (Art. 159.4.c LCSP).

⁴⁹⁰ Este plazo pasó de siete días a tres en esta nueva normativa, lo que representa una política de simplificación de trámites en favor del procedimiento; sin embargo pensamos que en determinadas circunstancias pudiera ser un lapso muy corto para ubicar algún documento o requisito, a tales fines la mesa de contratación deberá ponderar las circunstancias del caso.

lo excluirá del procedimiento de contratación, o de su participación en el lote respectivo, si se había dividido el objeto de contratos en lotes para su adjudicación⁴⁹¹.

2.1.2. El carácter obligatorio de la declaración responsable en las compras públicas estratégicas.

La gran novedad que aportan las vigentes normas sobre contratación pública en torno a la figura de la declaración responsable es precisamente el carácter obligatorio de la misma; que implica los siguientes aspectos: a) La utilización obligatoria de la figura de la declaración responsable en los procedimientos de contratación pública, y por lo tanto su incorporación y regulación en los pliegos o documentos de contratación respectivos; b) La aceptación obligatoria por parte de los órganos de contratación en sustitución de las solvencias, autorizaciones y otros, en los términos de la ley y de los pliegos o documentos de contratación respectivos; y c) La obligatoriedad de utilización del formulario del DEUC como vehículo para presentar la declaración responsable, salvo determinadas excepciones.

Pues con la aceptación de declaraciones responsables que presenten los operadores económicos se daría cumplimiento al mandato contenido en las Directivas comunitarias de simplificación de los trámites, de descarga administrativa y de facilitarle a los licitadores o candidatos su participación efectiva y en igualdad de condiciones a los procedimientos de contratación pública, y muy especialmente a las pymes, quienes muchas veces se veían imposibilitadas para acudir por la cantidad de documentos, solvencias, autorizaciones y demás requisitos que debían cumplimentar.

⁴⁹¹ Mediante Resolución nº 943/2016, de 18 de noviembre de 2016, el TACRC, resolviendo el Recurso nº 929/2016, declaró que no era posible doble subsanación por la vía de una nueva declaración presentada en un recurso, de la siguiente forma: “Tampoco cabe, como apunta el licitador en su recurso, admitir la nueva declaración que se presenta con ocasión del recurso interpuesto, ya que su admisión supondría permitir una doble subsanación (la primera para remediar el defecto advertido y la segunda para corregir un segundo defecto cometido con ocasión de la propia subsanación) pues ello conllevaría admitir en los licitadores la posibilidad ilimitada de subsanaciones encadenadas, contrario a la seguridad jurídica y al espíritu del trámite de subsanación, a practicar siempre en un plazo inferior al fijado para la apertura de los sobres que contienen los criterios de adjudicación, de modo que en dicho momento pueda valorarse qué licitadores cumplen con los requisitos necesarios para contratar y cuáles no.”

[http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200929-2016%20\(Res%20943\)%2018-11-2016.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200929-2016%20(Res%20943)%2018-11-2016.pdf) consultada el 12 de agosto de 218

Observamos el cambio de criterio en cuanto a la obligatoriedad de la aceptación de la declaración responsable, con respecto a las disposiciones del derogado TRLCSP, donde la obligatoriedad se encontraba restringida a algunos aspectos, en contraposición a las disposiciones de la nueva ley y la Directiva 24/2014/UE, que amplía su aceptación obligatoria general y, con base en un formato estandarizado⁴⁹².

En consecuencia, se afianza lo establecido en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, antes comentada, sobre la obligatoriedad de la aceptación por parte de los órganos de contratación “...como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos previos para participar en un procedimiento de licitación el denominado “documento europeo único de contratación”, consistente en una declaración formal y actualizada de la empresa interesada, en sustitución de la documentación acreditativa de estos requisitos, que confirme que la empresa cumple los mismos, y más concretamente: que cuenta con las condiciones de aptitud exigidas, incluida la de no estar incurso en prohibición de contratar, que cumple los requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional, así como los demás criterios de selección y requisitos de participación que establezcan los pliegos de la contratación”⁴⁹³.

Cabe destacar que en desarrollo del artículo 59 de la Directiva 24/2014/UE, la Comisión Europea aprobó el Reglamento (UE) n.º 2016/7, de 5 de enero, por el que se estableció el formulario normalizado del documento europeo único de contratación

⁴⁹² Estando en vigor el TRLCSP la JCCA emitió la Recomendación n.º 32, sobre la interpretación de determinados aspectos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, tras su modificación por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, donde estableció: “...declaración responsable a que se refiere este precepto sustituirá únicamente la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 de este artículo en los siguientes términos: • En todo caso en los procedimientos de licitación de contratos de las Administraciones Públicas de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 Euros y de suministro y servicios con valor estimado inferior a 90.000 Euros. • En todos los demás contratos de las Administraciones Públicas, y no solo en obras, suministros y servicios, los órganos de contratación tienen discrecionalidad para optar por la declaración responsable.”

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Recom_JCCAE_Ley_emprendedores_14_2013_8dc83084%232E%23pdf/chk.14e75773b5ed77ea82e9bc762521884f página consultada el 1 de mayo de 2018

⁴⁹³ Véase como referencia la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, mediante la cual se había establecido que aun cuando no se había traspuesto la Directiva europea sobre contratación pública a ordenamiento nacional en España, el artículo 59 de la misma, debía tener efecto directo y por lo tanto era aplicable a partir del 18 de abril de 2016. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-3392> consultada el 20 de marzo de 2017.

(DEUC)⁴⁹⁴, y en el artículo 2 de ese Reglamento se reafirma el carácter obligatorio de la declaración responsable de forma indirecta, al establecer que el DEUC será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro⁴⁹⁵.

2.1.3. El control ejercido por los órganos de contratación sobre la declaración responsable.

La declaración responsable representa una figura de gran relevancia para el tema de la simplificación de trámites en las Administraciones Públicas en general, y en particular para la sustanciación de los procedimientos de compras públicas; en donde se pretende aliviar y aligerar los procesos para mejorar y hacer más eficientes las relaciones entre el poder adjudicador y los operadores económicos, a propósito de un cambio de paradigma en función de las autorizaciones administrativas o las solvencias, que antes reinaban en este tipo de trámites. Resulta conveniente destacar, que la figura de la declaración responsable, a su vez, permite el fortalecimiento del sector empresarial, especialmente para aquellas empresas incluidas en la categoría de pymes, a partir de su facilitación para acceder al mercado de las compras públicas, reduciéndose los controles y cargas que antes debían soportar.

Sin embargo, es menester indicar, que la facultad de control y fiscalización sobre la gestión contractual ejercido por el poder adjudicador no desaparece con la institución jurídica *in commento*, sólo que se redirecciona para hacerla más eficiente. Debido a que el poder adjudicador sólo constatará al inicio del procedimiento que se haya presentado formalmente la declaración responsable con la oferta, sin verificar su contenido, pero luego tendrá la posibilidad de solicitarle a los interesados que demuestren con pruebas la información que señalaron en la declaración responsable, en dos supuestos específicos. Ordinariamente, luego de la adjudicación del contrato a quien resultó favorecido para verificar la veracidad de la información, y, excepcionalmente, en

⁴⁹⁴ Publicado en el BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016

⁴⁹⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-3392> consultado el 23 de enero de 2017

cualquier momento, cuando existieren dudas razonables sobre la declaración, como veremos seguidamente⁴⁹⁶.

En el primer supuesto, ordinariamente, una vez aceptada la propuesta de la mesa, los órganos de contratación le exigirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiere recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias que acreditó por la vía de la declaración responsable, dentro de los que se encuentran: i. El documento constitutivo y estatutario de la sociedad, para demostrar que se encuentra válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella, o que el mandatario fue debidamente autorizado por la persona que representa a la sociedad; ii. La certificación de la clasificación correspondiente, en su caso, o el instrumento que acredite que el adjudicatario cumple con los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Art. 140.1.a); iii. Las certificaciones, documentos y demás requisitos señalados en la declaración responsable, de la persona o empresa que aportó su solvencia como medio externo, si hubiere sido el caso (Arts. 75 y 140.1.c); iv. Acreditar que disponen efectivamente de los medios personales o materiales suficientes, que se hubieren comprometidos a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato con el carácter de obligaciones esenciales (Art. 76.2); y v. Constancia de haber constituido la garantía definitiva que hubiere sido exigida.

El señalado requerimiento deberá ser cumplido en los términos como le es formulado, con carácter obligatorio, dentro del plazo señalado, y a través de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos que posea, salvo que los pliegos determinen otra modalidad de presentación o acreditación. Ahora bien, señala la norma que si el

⁴⁹⁶ Sobre la naturaleza de la declaración previa y la facultad de fiscalización se pronunció el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo JUR/2013/102862, a través de su sentencia número 175/2012, de fecha 7 de junio, en la que manifestó que la declaración responsable, “...no se caracterizan por intimar a la Administración a autorizar apriorísticamente algo, sino que su esencia consiste en poder ejercer, sin necesidad de autorización previa, la actividad de que se trate, bastando según los casos la presentación con carácter previo a su inicio, eso sí, de una u otra, declaración responsable o comunicación previa, siendo las únicas decisiones consistoriales posibles las de reacción a posteriori, cuando la actividad en su desarrollo no se ajusta a la legalidad, impidiendo el desarrollo de la misma en el porvenir, a través de las actividades de vigilancia y control que a la Administración compete.”

licitador no cumple adecuadamente con el requerimiento formulado, en el plazo establecido, se entenderá tácitamente que ha retirado su oferta y, por lo tanto, se procederá a efectuarle el mismo requerimiento al siguiente licitador, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, a los fines de otorgarle la adjudicación.

Para el caso que no se cumpla exactamente con el requerimiento, la norma no indica si es posible otorgar prórrogas o la apertura de un plazo de subsanación de errores. No obstante, se considera que efectivamente debe existir la posibilidad de subsanar errores materiales o algunas deficiencias observadas que pudieran corregirse y aclararse sin mayores trámites, para así evitar tener que sustanciar procedimientos adicionales, lo que chocaría con la instrucción de simplificación administrativa. Eso sí siempre manteniendo el cumplimiento de los principios de igualdad, publicidad y transparencia⁴⁹⁷. En este caso se sugiere aplicar analógicamente la posibilidad de corregir errores subsanables y otorgarle el plazo de tres días, establecido en el artículo 141.2 último apartado.

Esta facultad la ejecutaría el órgano de contratación, si el licitador o aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurrió, no hubieran aportado con anterioridad los documentos de pruebas necesarios (Art. 145 y 150.2).

En el segundo supuesto, de forma excepcional, el órgano de contratación o la mesa de contratación, tienen la potestad para pedirle a los candidatos o licitadores que

1.1.⁴⁹⁷ Véase Resolución nº 747/2018, de 31 de julio, de TACRC, Recursos nº 604/2018 C.A. Illes Balears 35/2018, donde se indicó que debe darse trámite de subsanación respecto de las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento del artículo 150.2 LCSP, realizada en plazo, de la siguiente forma: “Las Leyes de Contratos siempre han establecido la subsanabilidad de la documentación administrativa presentada en el sobre número 1. En la actualidad, una vez establecida la obligatoriedad del DEUC (artículo 140.1.a) de la LCSP) esta documentación ya no se presenta en dicho sobre, sino sólo por el licitador propuesto como adjudicatario. Por tanto, también ahora debe permitirse la subsanación”.

http://www.obcp.es/admin.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Recurso-0604-2108-IB-35-2018-%28Res_747%29_d8211945%232E%23pdf/chk.37b0bd8851fc53219d66fd2b236e2963

presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos que fueren necesarios, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración responsable, o cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento (Art. 140.3). Evidentemente que esta solicitud debe formularse antes de la adjudicación del contrato, para que el órgano de contratación tenga la oportunidad de poder formarse un criterio justo sobre la base de documentación cierta y fidedigna, en cuanto a una eventual adjudicación; así mismo para no tener que generar conflictos innecesarios con licitadores que no tienen la opción de resultar favorecidos.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el ROLECE o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la UE, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los órganos de contratación, los operadores económicos no estarán obligados a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares (Art. 140.3 LCSP).

A todo evento, el Estado como garante del principio de seguridad jurídica y en observancia de las técnicas de simplificación de trámites, deberá velar porque los órganos de contratación no se excedan en esa función de control, generando cargas adicionales para los licitadores, a través de la exigencia de documentación y/o información que no se encuentre contemplada en los respectivos formularios, ni en los pliegos de contratación, y desvirtuando la idea original que justificó el uso de la declaración responsable⁴⁹⁸.

2.1.4. El falseamiento de la información contenida en la declaración

⁴⁹⁸ Véase Recomendación nº 2/2016, de 21 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde manifestó la bondad de la declaración responsable: *“El fundamento de la declaración responsable es agilizar los trámites administrativos propios de la licitación, y esto beneficia tanto a los licitadores como a los propios poderes adjudicadores. No parece oportuno generalizar el requerimiento de certificados y justificación de los requisitos previos antes de clasificar ofertas. Es necesario recordar que el órgano de contratación puede optar en los pliegos por solicitar a las empresas una declaración global del cumplimiento de todos los requisitos de solvencia o bien una declaración específica sobre cada criterio de solvencia (Parte IV DEUC) lo que permite tener una visión más certera de la situación del licitador”*. Disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/22016B.pdf consultada el 24 de noviembre de 2017.

responsable y sus consecuencias.

Cuando el órgano de contratación determine que el licitador ha falseado el contenido de la declaración responsable u otro dato relativo a su capacidad y solvencia, previa sustanciación del procedimiento correspondiente, declarará por resolución su prohibición para contratar (Art. 71.1.e y 72.3 LCSP). La prohibición de contratar afectará también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas (Art. 71.3)⁴⁹⁹. El plazo de duración de la prohibición se determinará en la resolución que la acuerde, pero no podrá exceder de tres años, contados a partir de la fecha de la inscripción de la referida sanción en el registro correspondiente (72.6 y 73.3 LCSP).

El procedimiento para declarar la prohibición de contratar se deberá iniciar dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, si no se hubiera iniciado antes de esa fecha, ya no se podrá intentar (Art. 72.7.b).

Con respecto al alcance espacial de los efectos de la prohibición de contratar, esta afectará principalmente al ámbito del órgano de contratación que declaró la prohibición, Aunque dicha prohibición se podrá extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación respectivo. En el caso del sector público estatal, la extensión de efectos será competencia del Ministro de Hacienda y

⁴⁹⁹ Sobre la extensión de la prohibición de contratar a terceros relacionados, véase Resolución nº 25/2017 del Tribunal Administrativo De Contratación Pública De La Comunidad De Madrid, de 1 de febrero de 2017, con motivo del Recurso nº 281/2016, en la que expresó: *“La extensión de efectos de las prohibiciones de contratar ha sido objeto de informe de diversos órganos consultivos, así el informe 25/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los informes 13/2009, de 30 de septiembre y 7/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, el informe 7/2009, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, el informe 5/2012, de 27 de julio, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia o el informe 10/2016, de 18 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, y las consideraciones contenidas en los mismos pueden servir de criterio para resolver el recurso planteado. De los mencionados informes se desprende que la extensión de la prohibición de contratar en la que está incurso una empresa a otra no es un proceso automático, sino que debe ser consecuencia del análisis las circunstancias concretas que concurren en cada caso, a la vista de las cuales puede llegar a presumirse que una empresa es continuación o deriva de otra empresa afectada por una prohibición de contratar, sin que sea posible fijar un criterio de aplicación general para cualquier caso.”* Disponible en: <http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/resolucion-025-2017.pdf> consultada el 7 de junio de 2018.

Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y a solicitud de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente en los casos en que la prohibición de contratar provenga de tales ámbitos (Art.73.1 LCSP).

La declaratoria de prohibición de contratar, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicará sin dilación para su inscripción al ROLECE o el equivalente en el ámbito de las CCAA, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado. Los órganos de contratación del ámbito de las CCAA, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o de las entidades locales situadas en su territorio, notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las CCAA correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público administrador por la Administración General del Estado (73.2 LCSP).

No cabe ninguna duda que si el falseamiento se detecta y sanciona, antes de la adjudicación definitiva del contrato, incluso después de clasificada las ofertas, la prohibición de contratar implica la exclusión del licitador por entender que ha retirado su oferta, aun cuando resulte la que ofrezca la mejor relación calidad precio, tal y como se ha reconocido a través de distintos pronunciamientos de los órganos administrativos de contratos⁵⁰⁰. Igualmente se puede dar el caso, que el falseamiento se determine en la fase de evaluación para la adjudicación, una vez aceptada la propuesta de la mesa, y en el momento que los órganos de contratación le exijan al licitador que haya presentado la mejor oferta para que presente los documentos que demuestren las afirmaciones

⁵⁰⁰ Véase Recomendación 2/2014, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en la que afirma que: *“la presentación de una declaración responsable correctamente formulada en sustitución de la documentación establecida en el apartado 1 del artículo 146 del TRLCSP, en los casos en que resulte procedente, supone la aceptación de la oferta como válida, pudiendo, en consecuencia, procederse a la apertura de la proposición económica. Si, posteriormente, se comprueba que lo declarado no se corresponde con la realidad, la oferta no será considerada inválida sino que se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 d) del TRLCSP, por lo que no sería preciso, en su caso, volver a calcular qué ofertas poseen valores anormales o desproporcionados”*. Este mismo criterio lo sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Recomendación 14/2013, de 27 de septiembre, así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en el Informe 6/2013, de 20 de diciembre, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 12/2015, de 12 de noviembre, y la Recomendación 2/2016, de 21 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que afirmó: *“...si el licitador no presenta los documentos acreditativos o no subsana las deficiencias detectadas en la documentación, o si se comprueba la falsedad de lo declarado, se entenderá que ha retirado la oferta de acuerdo con el artículo 151.2 TRLCSP, y por tanto quedará excluido de la licitación, con incautación de garantía provisional en su caso, requiriéndose la documentación al siguiente clasificado”*.

declaradas, en cuyo caso también se entenderá que el licitador a retirado su oferta y se procederá a convocar al segundo mejor clasificado.

Por último, si la situación irregular se detecta luego de la adjudicación definitiva, una vez formalizado el contrato o incluso en fase de ejecución del mismo, se declarará la prohibición para contratar del contratista que haya falseado la respectiva declaración, lo que traerá como consecuencia la apertura de un procedimiento de revisión de oficio en sede administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la LCSP y del Capítulo I del Título A de la Ley 39/2015, a los fines de la declaratoria de nulidad de pleno derecho de la adjudicación o del mismo contrato, si se hubiere formalizado, según lo previsto en el artículo 39.2.a de la LCSP⁵⁰¹.

Ahora bien, la declaratoria de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación definitiva, llevará consigo la nulidad del contrato, sólo cuando la causa que originó la declaratoria de prohibición para contratar ya existiera antes de la adjudicación y en consecuencia vigente en el momento de la adjudicación⁵⁰². En estos casos el respectivo contrato entrará en fase de liquidación, la que se llevará a cabo con

⁵⁰¹ Para El Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con base en el derogado TRLCSP, la prohibición de contratar sobrevenida, esto es, declarada con posterioridad a la formalización del contrato no debe producir la invalidez del mismo, sino que tendrá efectos hacia el futuro, aplicable al licitador para licitaciones posteriores al registro de la resolución sancionatoria en el ROLECE, en los siguientes términos: *“Los efectos de la declaración de una prohibición de contratar son que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos, al carecer de aptitud para contratar. Si la prohibición de contratar se produce con posterioridad a la adjudicación de un contrato no puede operar como causa de nulidad del mismo, pues la invalidez del contrato es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su adjudicación. La prohibición de contratar sobrevenida sólo puede ser causa de resolución del contrato en el caso de que se establezca expresamente en los documentos contractuales”*. (JCCPE Expediente 22/16, de 10 de octubre de 2018) Disponible en: http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/0022-16.%20Eficacia_prohibiciones_contratar.pdf consultada el 13 de noviembre de 2018. No compartimos el referido criterio expuesto por la JCCPE en virtud de que consideramos que uno de los objetivos de la LCSP es preservar el principio de integridad, y precisamente lo que se persigue con estas regulaciones es evitar que se obre en contra de ese principio operando en situación irregular, no es posible que un licitador sabiendo que estaba incurso en un supuesto de prohibición para contratar lo oculte en su declaración responsable, y en virtud de que ese hecho no se detectó en el momento de sus recibir el contrato, los efectos de ese acto que nació ilegítimo se deban mantener en el tiempo.

⁵⁰² Este criterio lo sostiene la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, según Informe 11/2016, de 1 de febrero de 2017, sobre la actuación de la Mesa de contratación ante la existencia de indicios de prácticas colusorias en los procedimientos de contratación, (III.2), en la que manifestó: La constatación de la existencia de la prohibición de contratar del artículo 60.1 b) del TRLCSP con posterioridad a la adjudicación del contrato produce la nulidad del acto de adjudicación del mismo sólo cuando esta causa de prohibición de contratar ya existiera antes de dicha adjudicación y en consecuencia en el momento de la adjudicación. Procede la resolución del contrato por la constatación de prácticas colusorias entre los licitadores si se hubiera establecido como tal causa de resolución en el mismo, por lo que sería recomendable que los órganos de contratación la incluyeran en los pliegos de cláusulas administrativas particulares correspondientes. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informes_comision_consultiva/17/04/Informe_11-2016.pdf consultada el 4 de abril de 2018

criterios de racionalidad y tomando en cuenta el interés general involucrado en la prestación respectiva; en todo caso se deberán restituir recíprocamente a cada parte las cosas que hubiesen recibido y que sea posible⁵⁰³. Y la parte que resulte culpable del hecho deberá indemnizar a la contraria por los daños y perjuicios que haya sufrido (42.1 LCSP).

Por último, y en atención al interés general, si el efecto de la declaratoria de nulidad de un contrato, que lleve consigo la interrupción de las prestaciones objeto del referido contrato, produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse la continuación de la ejecución del contrato en los mismos términos pactados originalmente, mientras se adoptan las medidas urgentes para evitar el perjuicio a la colectividad (Art. 42.3 LCSP). Recordemos que normalmente en estos tipos de contrato se encuentra en juego el interés general, que no se puede ver perjudicado por una situación técnica procedimental, las personas deben seguir recibiendo sus servicios públicos, de forma continua, ininterrumpida y universal, mientras el poder adjudicador busca la forma de corregir la irregularidad detectada sin afectar el servicio.

2.2. El empleo del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC)

En el punto anterior se hizo referencia incidentalmente al documento europeo único de contratación (DEUC) como un vehículo donde va contenida la declaración responsable que debe presentar el licitador, convirtiéndose en un medio de prueba estandarizado y calificado por la legislación, que podrá estar sujeto a una comprobación posterior, y que permite acreditar de forma preliminar determinados hechos exigidos por las instrucciones de la contratación, y con el que se busca aliviar las cargas

⁵⁰³ Véase Dictamen nº 237/2011, de 19 de octubre, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha: *“...como de la documentación obrante en el expediente se infiere que las obras de acondicionamiento y accesibilidad adjudicadas están ya ejecutadas -con alguna discrepancia o desviación menor-, la aplicación del precepto antedicho impone necesariamente su abono al adjudicatario. Es decir, el resultado de la anulación del controvertido acuerdo de adjudicación no diferiría, a priori, de los efectos ordinarios derivados de la ejecución del contrato -sin anular-, contingencia ante la que cabe considerar improcedente la citada declaración de nulidad, pues cabría entender que concurren “circunstancias” singulares que harían inviable la anulación del acuerdo cuestionado, merced a las previsiones del artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, donde se señala que “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”* Disponible en: <http://consultivo.jccm.es/documentos/dictamenes/237-2011.pdf> consultada el 4 de abril de 2018.

administrativas, garantizar la transparencia y asegurar la concurrencia de los licitadores en los procedimientos de compras públicas en condiciones de igualdad⁵⁰⁴.

Como hemos podido observar, el DEUC no representa una novedad dentro del ordenamiento jurídico español, toda vez, que él mismo ya había sido concebido en el artículo 146 del TRLCSP (actualmente derogado), referido a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, -en los términos como fue presentado en ese texto-, sin embargo aparecía previsto con características un tanto distintas a la regulación actual.⁵⁰⁵

Según, el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE, el DEUC constituye una declaración formal por la que el operador económico certifica que no se encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido del procedimiento de contratación pública; que cumple con los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, con las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar. Como lo afirma MEDINA ARAIZ⁵⁰⁶, “...no se trata de un supuesto de exoneración de los requisitos exigidos para contratar, sino de exceptuar a los licitadores y candidatos de la formalidad de presentar las certificaciones y la documentación que así lo acreditan” preliminarmente. Constituyendo su objetivo fundamental reducir las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección, tanto en favor de los operadores económicos, como en favor del propio órgano de contratación. Adiciona la norma que en este documento deberá indicarse cuál es la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos

⁵⁰⁴ En palabras acertadas del profesor MORENO MOLINA: “Entre las medidas de simplificación procedimental y de reducción de caras administrativas para el impulso de la participación de las PYME en la contratación pública destaca por encima de todas las demás: el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), que libera a las empresas que concurren a las licitaciones públicas de la presentación de los documentos que acrediten su capacidad y solvencia”. (MORENO MOLINA, J.A., (2018), *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Editorial Bomarzo, Albacete, p. 46)

⁵⁰⁵ El marco jurídico regulador de este documento se sitúa en normas ya mencionadas antes, como lo son cronológicamente: a) el Reglamento de Ejecución N° 2016/7 de la Comisión de fecha 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación; b) la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 en el artículo 59, apartados 1, 2, 4 y 5; y c) la LCSP, principalmente en sus artículos 140 y 141.

⁵⁰⁶ MEDINA ARAIZ, T., (2016) “Hacia una contratación pública electrónica: el uso del documento europeo único de contratación”, en Revista Gabilex, núm. 8, 4to. trimestre de 2016, p. 16 http://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/articulo_individual_teresa_medina.pdf

justificativos, y deberá incluir un compromiso del operador económico, a través de una declaración formal, para que, previa petición y sin demora, facilite los documentos justificativos de los hechos que está declarando.

Este formulario contenido del documento europeo único de contratación, representa uno de los principales reductores de las cargas administrativas en los procedimientos de compras públicas, toda vez, que su sola presentación constituye un medio de prueba que demuestra preliminarmente el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para formar parte de un procedimiento licitatorio, debido a que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen los hechos declarados. Siendo precisamente a través del carácter “único” que le fue otorgado, que posee la fuerza para suprimir la presencia de algún otro formulario distinto.

No obstante, su regulación detallada se encuentra en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, el cual contempla dentro de sus considerandos las bases y motivos por el cual se hace necesaria la implementación del DEUC en los procedimientos de compras públicas.

Siendo así, nos encontramos que en el considerando 1 estableció que *“Uno de los principales objetivos de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE es reducir las cargas administrativas de los poderes y entidades adjudicadores y de los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas. Un elemento clave de este esfuerzo es el documento europeo único de contratación (en lo sucesivo «el DEUC»). El formulario normalizado del DEUC debe elaborarse, por tanto, de manera que no sea necesario presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. De cara a este mismo objetivo, dicho formulario también debe ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el operador económico, de modo que la verificación de esa información pueda llevarse a cabo simultáneamente a la verificación relativa al principal operador económico y en las mismas condiciones.”*

Dentro de ese mismo orden de ideas, podemos mencionar además, el contenido del considerando 4 del referido Reglamento, que a tales fines señala: *“El DEUC debe*

también contribuir a una mayor simplificación, en beneficio tanto de los operadores económicos como de los poderes y las entidades adjudicadores, mediante la sustitución de diversas y divergentes declaraciones nacionales de los interesados por un formulario normalizado establecido a nivel europeo. Esto, a su vez, se considera que reducirá los problemas relacionados con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y las declaraciones de consentimiento, así como los problemas lingüísticos, ya que el formulario normalizado estará disponible en las lenguas oficiales. De este modo, el DEUC favorecerá un aumento de la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública.”

Las disposiciones anteriores nos llevan a una primera conclusión, y es que aun cuando la declaración responsable y el DEUC se regulan separadamente como instituciones distintas, en ocasiones parecen confundirse en una sola figura, debido a que ambas se identifican como una declaración o manifestación de certeza o voluntad. Sin embargo, cabe destacar que realmente se complementan; siendo el DEUC el instrumento donde constará la declaración responsable o la manifestación del licitador en la que afirmará que posee las acreditaciones correspondientes y por lo tanto cumple con todas las exigencias para participar válidamente en el proceso de contratación, en fin, uno es el elemento integrador del otro, en esa materia. No obstante, la declaración responsable pudiera tener un alcance mayor de acuerdo con el sector donde se desenvuelva⁵⁰⁷.

La implementación del DEUC, se hizo con la finalidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para ser partícipes en un procedimiento de compras públicas- tal y como se mencionó anteriormente-; ya que su objetivo radica en reducir la documentación o requisitos que eran solicitados para el otorgamiento de las acreditaciones de capacidad, solvencias y otros; contribuyendo de forma indirecta al uso razonable y eficiente del gasto público; y en definitiva, a facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, y a favorecer la participación transfronteriza⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Se recomienda consultar la *Separata del Boletín Oficial de los Ministerios de Hacienda y Función Pública y de Economía, Industria y Competitividad N° 11*. “Contratos del Sector Público” (2017) en España.

⁵⁰⁸ Sobre este punto relativo a la la finalidad del DUEC resulta ilustrativa citar la Resolución n° 200/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 06 de octubre de 2016, en la cual señaló que: “*Con este documento la Comisión Europea pretende sustituir las diversas*

Adicionalmente, y en vista del doble objetivo que posee el DEUC en las compras públicas, por una parte, ayudar a los órganos de contratación en la simplificación de los trámites administrativos, en el uso eficiente de los recursos públicos y en fin, en la sustanciación de procedimientos bajo los estándares de una buena administración, aplicando las disposiciones de la Directiva 24/2014/UE y el Reglamento (UE) nº 2166/7; y por la otra parte, facilitarle a los operadores económicos su acceso a los procedimientos de contratación pública sin imposición de cargas administrativas o formalidades no esenciales; se puede llegar a la conclusión que el DEUC se constituye en un derecho para los operadores económicos, dentro de los que se incluyen particularmente las pymes; convirtiéndose en una obligación para los poderes adjudicadores, quienes están llamados a implementarlo y aceptarlo en los términos de la norma. Este criterio parte de la interpretación de la propia Resolución del 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública⁵⁰⁹; donde se afirma que la utilización del DEUC representa un derecho para la persona licitadora y no un deber⁵¹⁰.

Por último, aun cuando la utilización del DEUC se constituye en un derecho para los licitadores, su utilización debe ser realizada adecuada y responsablemente, bajo el criterio de la honestidad, esto quiere decir, que si la información contenida en el DEUC se ha falseado gravemente, se ha ocultado u omitido información, o no puede completarse con documentos justificativos, los licitadores podrán ser excluidos del procedimiento de contratación o ser objeto de sanciones, de acuerdo con la gravedad del caso⁵¹¹.

declaraciones nacionales de las personas interesadas en las licitaciones, con la intención de reducir los problemas relacionados con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y los problemas lingüísticos, al estar disponible el formulario en las lenguas oficiales y, especialmente, persigue favorecer un aumento de la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública. <https://www.acobur.es/recursos-especiales/detalle/resolucion-n-2002016-del-tribunal-administrativo-de-contratacion-publica-de-la-comunidad-de-madrid-de-06-de-octubre-de-2016/10116> consultada el 26 de abril de 2018.

⁵⁰⁹ Publicado en el BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016, referencia BOE-A-2016-3392

⁵¹⁰ *Ídem.*

⁵¹¹ Sobre las consecuencias jurídicas para el licitador por falseamiento u ocultamiento en la utilización del DEUC remitimos al lector a nuestros comentarios formulados en el apartado 2.1.4. de este trabajo referido a la responsabilidad por falseamiento de la información contenida en la declaración responsable.

De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 24/2014/UE y que fue analizado en los apartados anteriores, el DEUC deberá ser presentado de manera exclusiva en formato digital -a través de medios electrónicos-, lo que permite que los interesados puedan suministrar esta información de una manera más fácil, reduciendo nuevamente las cargas administrativas y afectación medio ambiental que suponen, las impresiones, los costes y tiempos que producía el cumplimiento de los requisitos físicos, simplificando en gran mayoría los trámites a seguir. Todo esto implica facilitar el acceso a las pequeñas y medianas empresas y a las licitaciones transfronterizas, por la unificación del vocabulario técnico y la estandarización de los documentos para cumplir con los requisitos, sin importar el idioma.

El mismo artículo 59.2 de la citada Directiva 24/2014/UE, señala que el DEUC se redactará sobre la base de un formulario uniforme, que establecerá la Comisión, mediante actos de ejecución, conforme al procedimiento de examen que se prevé el apartado 3 del artículo 89 de la propia Directiva. Acatando ese mandato legislativo europeo, la Comisión dictó el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7, de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, y en cuyo Anexo 1 se establecen las instrucciones precisas para su implementación⁵¹².

En ese sentido el DEUC se dividirá en cinco partes y secciones, de la siguiente forma: a) Parte I. Información sobre el procedimiento de contratación y el poder adjudicador o la entidad adjudicadora; b) Parte II. Información sobre el operador económico; c) Parte III. Criterios de exclusión⁵¹³; d) Parte IV. Criterios de selección⁵¹⁴:

⁵¹² En su Anexo 2 se incorpora el modelo del formulario normalizado del DEUC <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf> consultado el 23 de enero de 2017

⁵¹³ En cuanto a los criterios de exclusión, observamos que los mismos pueden ser desglosados de la siguiente manera: A: Motivos referidos a condenas penales. Su aplicación es obligatoria en virtud del artículo 57, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE. Su aplicación es también obligatoria para los poderes adjudicadores en virtud del artículo 80, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/25/UE, en tanto que las entidades adjudicadoras distintas de los poderes adjudicadores pueden optar por aplicar estos criterios de exclusión; B: Motivos referidos al pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social. Su aplicación es obligatoria en virtud del artículo 57, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE en caso de resolución firme y vinculante. En las mismas condiciones, su aplicación es también obligatoria para los poderes adjudicadores en virtud del artículo 80, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/25/UE, en tanto que las entidades adjudicadoras distintas de los poderes adjudicadores pueden optar por aplicar estos criterios de exclusión. Conviene tener en cuenta que la legislación nacional de algunos Estados miembros puede hacer que la exclusión sea obligatoria incluso en el caso de que la resolución no sea firme y vinculante; C: Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional, según lo previsto en el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE. En estos supuestos los operadores económicos pueden ser excluidos; los Estados miembros pueden obligar a los poderes adjudicadores a aplicar estos motivos de exclusión. De conformidad con el artículo 80, apartado 1, de la

e) Parte V. Reducción del número de candidatos cualificados; f) Parte V. Reducción del número de candidatos cualificados; y g) Parte VI. Declaraciones finales.

Por último, se destaca que la Comisión Europea ofrece un servicio electrónico gratuito para los licitadores y las demás personas interesadas en cumplimentar el DUEC de forma electrónica, a través de un formulario en línea que puede rellenarse, imprimirse y luego enviarse al poder adjudicador junto con la respectiva oferta. Si el procedimiento se realiza de forma electrónica, el DEUC podrá exportarse, almacenarse y transmitirse de esa misma forma. El DEU presentado en el marco de un procedimiento de contratación pública anterior puede reutilizarse siempre que la información siga siendo correcta⁵¹⁵.

3. Los medios electrónicos como garantía de acceso de las pymes en las compras públicas

En la actualidad, una gestión pública eficaz debe estar necesariamente asociada con el empleo de los medios tecnológicos en procura del interés general, y de ello no escapa las compras públicas. La intensa evolución de la tecnología de la información y de la comunicación, principalmente del Internet, en los últimos años ha ocasionado la generalización de su empleo en todos los ámbitos de la sociedad. La sociedad actual se ha habituado a la utilización de las nuevas tecnologías en sus actividades cotidianas, convirtiéndose en herramientas indispensables para realizar casi cualquier actividad ordinaria, desde escuchar la música de su preferencia, pasando por reservar el asiento en el cine, hasta ordenar la compra del supermercado.

En virtud de ello, las Administraciones públicas se han visto obligadas a adaptar su forma de relacionarse con los ciudadanos, y progresivamente han ido implementando un

Directiva 2014/25/UE, todas las entidades adjudicadoras, sean o no poderes adjudicadores, pueden optar por aplicar estos motivos de exclusión o estar obligadas a hacerlo por imposición de su Estado miembro; D: Otros motivos de exclusión que pueden estar previstos en la legislación nacional del Estado miembro del poder adjudicador o de la entidad adjudicadora.

⁵¹⁴ Los criterios de selección se presentan de conformidad con la siguiente clasificación: α : Indicación global relativa a todos los criterios de selección: A: Idoneidad; B: Solvencia económica y financiera; C: Capacidad técnica y profesional; D: Sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.

⁵¹⁵ El servicio que ofrece la comisión puede consultarse en el siguiente link: <https://ec.europa.eu/tools/esp/filter?lang=es>

modelo alternativo para cumplir sus fines, que se conoce como Administración pública electrónica, que de a poco ha ido copando la escena. Esta concepción de nuevo modelo de administración electrónica ha supuesto el nacimiento de un nuevo derecho instrumental para las personas, el Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas⁵¹⁶, precisamente a partir del análisis jurídico de los principios rectores de la Administración electrónica y de los instrumentos necesarios para poder articular el nuevo modelo de administrar, pero siempre en función del respeto por la dignidad humana, dentro del marco de la noción de Buena Administración⁵¹⁷.

Hoy no existe discusión alguna sobre la necesidad de contar con medios electrónicos para gestionar los procedimientos administrativos y especialmente las contrataciones públicas, en un contexto estratégico de eficiencia. El impulso de los organismos de la UE han jugado un papel preponderante en la concienciación y en la implementación de medidas concretas desde el siglo pasado hasta nuestros días. Así lo destacaba el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos⁵¹⁸, al reconocer que la contratación pública electrónica (*e-procurement*) favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio; resulta especialmente ventajosa para las pymes, debido a que les permite una comunicación fácil, rápida y sin coste; y en ese sentido, le brinda la posibilidad de acceder a la información sobre oportunidades de

⁵¹⁶ El reconocimiento de ese derecho lo podemos ubicar en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico”, aprobada en el marco de la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Pucón, Chile, durante los días 31 de mayo y 1 de junio de 2007, que se puede consultar en el siguiente link: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf> consultada el 13 de enero de 2014. En la legislación española aparece expresamente el comentado derecho en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y hoy se encuentra expresamente previsto en el artículo 14 de la Ley 39/2015.

⁵¹⁷ CANONICO SARABIA, A., (2014) “El Derecho de los Ciudadanos a Relacionarse Electrónicamente con las Administraciones Públicas”, en Revista Galega de Administración Pública. REGAP Nro. 48. julio-diciembre 2014. Editada por la *Escola Galega* de Administración Pública EGAP. ISSN: 1132-8371. [http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/\[1441181134\]REGAP_48.pdf](http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/[1441181134]REGAP_48.pdf) consultada el 15 de noviembre de 2016

⁵¹⁸ “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos” (Comisión de las Comunidades Europeas 25.06.2008), donde se destacan las dificultades de las PYME para acceder a los contratos públicos. http://ec.europa.eu/geninfo/query/index.do?QueryText=C%C3%B3digo+europeo+de+buenas+pr%C3%A1cticas+para+facilitar+el+acceso+de+las+PYME+a+los+contratos+p%C3%BAblicos&op=B%C3%BAsqueda&swlang=es&form_build_id=form-QqfzWuDTNFITEn2dCD1nItZdAYBoWNAQICFEN7_9kw&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form (consultada el 19 de enero de 2016)

negocios por esa vía, descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío.

Otra muestra importante del impulso de gobierno electrónico y las compras públicas por parte de la Comisión Europea, lo constituyó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (2010)⁵¹⁹, que según la doctrina fue “...la primera aproximación de este esquema de integración regional para la reforma de normativas nacionales y modernización de los sistemas de compras públicas. El Plan de Acción de Administración Electrónica para Europa 2011-2015 pretende ampliar el uso del gobierno electrónico, entre ellos las compras públicas, en la región al 50% de la población y 80% de los empresarios para 2016, para lo cual se han implementado normativas regionales como la Directiva 2014/55 (2014) relativa a la facturación electrónica en la contratación pública”⁵²⁰. En este informe (Libro Verde) se determinaba con claridad la definición de contratación pública electrónica y se perfilaba con mucha visión de futuro lo que debía ser el sistema, a saber:

“El término contratación pública electrónica designa la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas. Sin embargo, este proceso tiene una trascendencia mucho mayor que la que supone el mero paso de un sistema basado en el soporte de papel a otro que se sirve de las comunicaciones electrónicas para la ejecución de los procedimientos de contratación pública. La contratación electrónica puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales”.

En sintonía con el anterior instrumento se producen las Directivas Europeas de 2004 sobre contrataciones públicas (2004/17/CE y 2004/18/CE), que prevén, entre otros

⁵¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0571> consultada el 24 de enero de 2016

⁵²⁰ Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe. Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA). Caracas-Venezuela, Septiembre de 2014 SP/Di No. 11-14. p. 20. Disponible en <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2014/14876.pdf> (página consultada el 28 de abril de 2018).

avances, la contratación electrónica como una forma de gestión de los contratos públicos; e inmediatamente la Comisión Europea dicta la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, contenido del Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica (SEC(2004) 1639), en Bruselas el 29 de diciembre de 2004⁵²¹.

La señalada comunicación propone un guion para la aplicación de -el que fuera- el nuevo marco jurídico de la contratación pública electrónica adoptado en abril de 2004 como parte del paquete legislativo de las Directivas sobre licitación de 2004, en las cuales se aportaba una regulación coherente para efectuar la contratación por medios electrónicos de manera abierta, transparente y no discriminatoria, en ese sentido se establecían normas para la licitación por vía electrónica y se estipulan las condiciones relativas a las técnicas de adquisición basadas en los medios de comunicación electrónicos; sin embargo, no era suficiente y la tecnología de la información avanzaba a pasos agigantados dejando a atrás esas aproximaciones a una verdadera *e-procurement*.

Luego llegó el nuevo paquete de Directivas Europeas en 2014 (Directivas 23, 24 y 25/2014/UE) que plantean una apuesta mucho más firme hacia la transformación de las compras públicas en un sistema electrónico total y definitivo⁵²², con miras a la optimización de los procedimientos, al uso racional de los fondos públicos y a garantizar, por esa vía, la participación de las pequeñas y medianas empresas, como eje fundamental de la economía sostenible en Europa. Observamos, por ejemplo, como desde los considerandos 53 al 57 de la Directiva 24/2014/UE, se establece un verdadero postulado para una decidida implementación de las compras públicas electrónicas, siempre y cuando se empleen en beneficio del interés general.

En estas disposiciones se determina con meridiana claridad la obligación para los poderes adjudicadores de utilizar, medios de comunicación electrónicos, no

⁵²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52004DC0841> consultado el 15 de agosto de 2018

⁵²² Véase: PINTOS SANTIAGO, J., (2018) “La contratación pública obligatoria ha llegado para quedarse”, en: *Las consecuencias electrónicas de la nueva ley de contratos del sector público: Código electrónico práctico de la ley 9/2017, de 8 de noviembre*, Punto rojo libros, Sevilla, p. 180, en esta obra se afirma que: “Uno de los principales aspectos comunes que podríamos destacar de este nuevo paquete legislativo es un impulso final y por fin definitivo a la contratación pública electrónica.”

discriminatorios, disponibles de forma general y ser interoperables con los productos de las TIC de uso general, para no restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación, pues lo que se busca es precisamente ampliar la participación de los actores económicos y así garantizar la concurrencia⁵²³. En el uso de los medios electrónicos se deben tener particularmente en cuenta la accesibilidad de las personas con discapacidad, las empresas sociales y las pymes. Y se aclara que la obligación de utilizar medios electrónicos en todas las fases del procedimiento de contratación pública no estaría justificada cuando la utilización de dichos medios requiriera instrumentos especializados o formatos de ficheros que no estuvieran disponibles de forma general o cuando la comunicación en cuestión solo pudiera manejarse utilizando equipos especializados.

En este contexto, donde se deben incluir los aportes al tema de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y luego la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas; como lo afirma MARTINEZ GUTIERREZ, la normativa sobre contratación pública, tanto europea como de los Estados miembros, es una de las que más ha avanzado y “...evolucionado en materia de aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en la actuación administrativa que se desarrolla en este sector con el objetivo de potenciar la transparencia y la publicidad activa de la información y documentación pública”⁵²⁴.

Se debe reconocer que la puesta en vigor de la Ley 39/2015, potenció aún más el uso obligatorio de los medios electrónicos en las Administraciones Públicas en general, y particularmente en los procedimientos de compras públicas que deben adelantar los poderes adjudicadores; debido a que era necesario contar con una Ley que reuniera

⁵²³ La plataforma de gestión gubernamental de las compras de estado basada en los sistemas electrónicos debe cumplir con los siguientes requerimientos para garantizar su buen funcionamiento: a) Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizados deberán ser no discriminatorios, compatibles o interoperables y estar a disposición del público en general; b) Los medios deberán permitir el acceso libre y con igualdad de oportunidades a la información relativa al proceso de licitación pública; c) Los medios deberán garantizar la integridad de los datos transmitidos y que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos; d) Los medios deberán garantizar niveles óptimos de seguridad frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos Véase la Guía sobre contratación pública electrónica. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). Observatorio de la Seguridad de la Información Gobierno de España, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. España, Octubre 2011. p.18. Disponible en <http://www.av-asesores.com/upload/592.PDF> (página consultada el 6 de junio de 2018).

⁵²⁴ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. (2015) “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014”. Valencia, España. pp. 38 y 39.

sistemáticamente la regulación dispersa en materia de procedimientos administrativos y profundizara en la implementación de la administración electrónica⁵²⁵; ya que, según su exposición de motivos: “...la regulación de esta materia venía adoleciendo de un problema de dispersión normativa y superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí, de lo que es muestra la sucesiva aprobación de normas con incidencia en la materia, entre las que cabe citar: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.” Se regula en términos generales el sistema de identificación y la firma electrónica, y se desarrolla a profundidad el derecho de los ciudadanos a relacionarse por vía electrónica con los órganos de las Administraciones Públicas⁵²⁶.

Observamos entonces, que el ordenamiento jurídico revisado es coherente con la tendencia general de implementar los medios electrónicos en la contratación pública, para convertirla firmemente en una contratación pública electrónica. Y precisamente en las normas de la LCSP se determina como uno de los objetivos estratégicos la generalización del uso de contratación electrónica⁵²⁷; por lo tanto en esa ley se

⁵²⁵ De conformidad con lo establecido en la Disposición Final Cuarta de la LCSP, la Ley 39/2015 y sus normas complementarias, serán de aplicación subsidiaria a la LCSP. Estando en vigor el TRLCSP, el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía 6/2016, de 19 de junio, se había pronunciado por el efecto supletorio de las normas de procedimiento administrativo común en la contratación pública: “...esta Comisión entiende que, sin perjuicio del carácter básico de la LPAC, y aunque el procedimiento de contratación no se cita en esta Ley como procedimiento especial, el TRLCSP declara expresamente el carácter subsidiario de la LPAC con respecto a los procedimientos de contratación. De forma que este carácter subsidiario viene a significar que la LPAC será de aplicación a los procedimientos de contratación en aquellos aspectos en los que exista ausencia de regulación de aspectos contenidos en el TRLCSP, sin perjuicio de aquellas remisiones expresas a la LPAC, contenidas en éste...”; criterio éste que puede ser aplicado perfectamente en la actualidad debido a que la nueva legislación no cambio en nada en ese aspecto.

⁵²⁶ A los fines de verificar la trascendencia del empleo de los medios electrónicos, consideramos importante citar un fragmento del punto III de la exposición de motivos de la referida Ley 39/2015: “en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados.(...) “...resulta clave contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo ...y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico. Todo ello revertirá en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas.”

⁵²⁷ Véase artículo 334.2.d de la LCSP.

encontrará regulado el sistema electrónico de compras públicas, que se manifiesta a través de diferentes elementos y características. A continuación, trataremos de levantar un inventario ejemplificante de algunas normas donde se manifiestan medios o trámites electrónicos dentro de la LCSP.

a. Se debe partir de la disposición contenida en el artículo 329 de la LCSP, donde se prevé la creación del Comité de Cooperación en materia de contratación pública dentro del seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que será el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia; como muestra de la decidida intención de avanzar hacia la profundización del uso de los medios electrónicos.

b. El artículo 63 de la LCSP donde aparece regulado el perfil de contratante, como un medio de difusión electrónico de la información de los contratos, en el que se debe agrupar toda la información relativa a su actividad contractual, en virtud de facilitar el acceso público a la información y garantizar la transparencia. En este portal será publicada toda la información referente a los contratos, es decir, la memoria justificativa del contrato, objeto del contrato, su duración, presupuesto base, importe de adjudicación, anuncios de información previa y de convocatoria de las licitaciones, de adjudicación y de formalización de los contratos, número e identidad de los licitadores participantes, entre otras; y al que ya se hizo referencia antes.

c. El artículo 135, que se encuentra referido al anuncio de licitación, el cual tal y como se mencionó anteriormente, deberá ser publicado por vía electrónica, *en el perfil de contratantes para garantizar la transparencia y la concurrencia, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante*

d. Seguidamente nos encontramos con la obligación contenida en el artículo 138, y que tiene el órgano contratante de ofrecer toda la información necesaria sobre los procedimientos de licitación cuando la misma sea requerida por los interesados, siendo ésta, suministrada a través del perfil contratante. Garantizando una información de libre acceso, además de directa, completa y gratuita.

e. En el artículo 143, se regula la subasta electrónica, que según MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, se trata de: “...un sistema de adjudicación electrónica que tiene como

finalidad realizar una única adjudicación, siguiendo la sistemática y metodología de clasificación automática de las ofertas...”⁵²⁸. Esta modalidad podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los procedimientos restringidos y en las licitaciones con negociación (143.1 y 143.2 de la LCSP). El artículo 35.1 de la Directiva 24/2014/UE indica que no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos públicos de servicios y de obras que, al tener por objeto prestaciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados.

f. En los artículos 151 y 154 de la LCSP, se contempla la necesaria publicación en el perfil contratante, de la notificación de la resolución de la adjudicación y el anuncio de la formalización del contrato, para garantizar la transparencia y la seguridad jurídica.

g. Otro de los artículos a mencionar, es precisamente el artículo 157 de la LCSP, que en este caso hace referencia al examen de proposiciones y a los archivos electrónicos, como se ha manejado en el ordenamiento jurídico español, que se encontrará a cargo de la mesa de contratación que será el órgano que estudiará y calificará la documentación que con anterioridad fue suministrada por los licitadores a través de dos sobres o archivos electrónicos de manera separada, y de manera independiente de aquel que contenga la proposición.

h. En el artículo 163.2 se prevé que en las invitaciones a presentar ofertas se deberá determinar la posibilidad y forma de presentación de las ofertas por vía electrónica.

i. Otro aspecto fundamental de la contratación pública electrónica lo encontramos en el artículo 347 de la LCSP, donde se regula la Plataforma Electrónica de Contratación del Sector Público, que debe poner a disposición de los órganos de contratación del sector público, para la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante. Si se analiza con detenimiento el contenido de este artículo, se deduce que es precisamente la base que sustenta la plataforma digital en los procedimientos de

⁵²⁸ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. (2015) “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014”. Valencia, España. p. 226. Sobre el tema de la subasta electrónica se recomienda consultar adicionalmente SUBIRANA DE LA CRUZ, S., (2018) “Instituciones específicas”,...op. cit., p. 252; y GALLEGO CORCOLES, I., (2016) “La subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales”, en Revista contratación administrativa práctica, núm. 144, Sección Informe de Jurisprudencia, julio 2016, Editorial la Ley, Madrid.

compras públicas, por medio de la cual se unifica el procedimiento como un todo homogéneo.

j. En la Disposición Adicional Décimo Quinta en su punto 2, resulta muy gráfica en cuanto a la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de compras públicas, al determinar claramente que las notificaciones a las que se refiere la LCSP se realizarán por medios exclusivamente electrónicos, mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Mientras que los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la notificación o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. Esta disposición se sincroniza con la Ley 39/2015, con respecto a la regulación sobre de las notificaciones generales en los procedimientos administrativos.

k. Mientras que en la Disposición Adicional Décimo Quinta en su punto 3, se determina expresamente que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la ley⁵²⁹.

Al analizar los ejemplos señalados antes, relativos a la utilización de medios electrónicos en la contratación pública, se observa su íntima vinculación al acceso a la información en las compras públicas y a la simplificación o descarga administrativa, en esta materia, como escenarios propicios para fomentar la participación de las pymes en el mercado de las compras públicas. Y es que efectivamente se encuentran estrecha e indisolublemente conectados. Tal como lo sostiene MARTINEZ GUTIERREZ: *“La implantación de técnicas de Administración electrónica como puede ser la contratación pública electrónica es una oportunidad espléndida para abordar la pretendida tarea de*

⁵²⁹ Cabe destacar que en la reciente Resolución 632/2018, de 29 de junio, TARC, en la que se resolvió el Recurso nº 516/2018 C.A. Región de Murcia 46/2018, se acordó anular un pliego por permitir proposiciones por medio no electrónicos, entiendo que con ello se viola la Disposición Adicional décima Quinta de la LCSP, además manifestó: *“Debe observarse, además, que los licitadores que actúen como personas físicas también estarían obligados a la presentación de las ofertas por medios electrónicos, pues la Disposición adicional decimoquinta les obliga a ello, que está en vigor y prevalece como Ley especial sobre la Ley 39/2015, por lo que carecen de la facultad de elección que les otorga el apartado primero del artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que señala expresamente “salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas”.* [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200516-2018%20MU%2046-2018%20\(Res%20632\)%2029-06-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200516-2018%20MU%2046-2018%20(Res%20632)%2029-06-2018.pdf) consultada el 16 de octubre de 2018. Este criterio es compartido por Informe 1/2017, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya y Resolución nº 750/2017.

la simplificación administrativa, ya que el tránsito del procedimiento administrativo en papel al electrónico debe verse por las administraciones públicas como una oportunidad para ajustar los trámites administrativos a las necesidades reales y a las potencialidades que permiten las TIC”⁵³⁰.

En virtud de ello, en la actualidad no es posible garantizar plenamente el acceso a la información en los procedimientos de contratación pública, ni reducir las cargas administrativas, simplificando sus trámites y procesos, prescindiendo de los medios electrónicos, ni desde el punto de vista material, ni por supuesto, desde el punto de vista legal, ya que se ha constituido en un mandato obligatorio para todos los poderes adjudicadores. Es a través de los medios electrónicos (llamase sistemas, plataformas, documentos electrónicos, depósitos, instrumentos tecnológicos) que se puede lograr la optimización de los sistemas administrativos en general, y el sistema de contrataciones públicas en particular, para poder hablar con propiedad de las compras públicas estratégicas. Lo que implica cumplir con los principios fundamentales de esta materia (objetividad, accesibilidad, libre concurrencia y no discriminación, competencia, transparencia y proporcionalidad)⁵³¹ y fomentar la participación de las pymes.

3.1. El sistema electrónico de comunicación e información (e-Certis)

Asimismo, dentro de las medidas de simplificación de trámites que han sido implementadas en el seno de la Unión Europea, vinculadas a las bondades que ofrecen los medios electrónicos, se encuentra además, la implementación de un sistema de comunicación e información denominado e-CERTIS⁵³², que se traduce en documentos y/o certificados electrónicos, que sirven para la concentrar información útil para la contratación internacional. Este tipo de sistema cuya implementación en la administración pública electrónica, específicamente en el ámbito de la contratación

⁵³⁰ MARTÍNEZ GUTIERREZ, R. (2014) La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014, Valencia, pp. 44-45.

⁵³¹ Sobre la observancia de los principios de la contratación pública se recomienda consultar con provecho: MORENO MOLINA, J.A. (2015). “El Nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0”. Chartridge Books Oxford. p.15: “Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias”.

⁵³² Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do> consultada el 17 de febrero de 2017.

pública electrónica, surge con la puesta en funcionamiento de las llamadas técnicas de comunicación e información (TIC), las cuales son empleadas para garantizar los principios de eficacia, eficiencia y transparencia de las Administraciones y, a través de ello, evitar el cúmulo de barreras administrativas existentes para el desarrollo de diversos procesos.

En virtud de la reducción de cargas administrativas y/o simplificación de los trámites que deben ser llevados a cabo por los operadores económicos, ha sido implementado este sistema con el objeto de recopilar la información relativa a documentos y/o certificados que -en su mayoría- son requeridos en los procedimientos de contrataciones públicas, tal y como fue señalado en el considerando 87 de la Directiva 2014/24/UE, al establecer que la Comisión debe facilitar y administrar un sistema electrónico o plataforma denominado *e-Certis*, el cual debe ser actualizado y verificado de forma voluntaria por las autoridades nacionales, es por ello que: *“El objetivo de e-Certis es facilitar el intercambio de certificados y demás pruebas documentales a menudo solicitadas por los poderes adjudicadores. De la experiencia adquirida hasta la fecha se infiere que la actualización y la verificación voluntaria son insuficientes para que e-Certis desarrolle todo su potencial de simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio de las PYME en particular. Por lo tanto, como primer paso, el mantenimiento del sistema debe ser obligatorio. En una etapa posterior será obligatorio el uso de e-Certis”*.

La anterior disposición es comentada por PINTO SANTIAGO, quien afirma que la Directiva centró sus esfuerzos en el ámbito de la contratación pública, apostando por el depósito de certificados en línea (e-CERTIS), que se encuentra regulado en el artículo 61, y que actualmente la Comisión ofrece y gestiona el sistema electrónico e-CERTIS, con la colaboración voluntaria de las autoridades nacionales en cuanto a la actualización y verificación y que por lo tanto sirve para facilitar el intercambio de certificados y otras pruebas documentales que exigen con frecuencia los poderes adjudicadores; sin embargo, considera que *“... voluntariedad que se muestra insuficiente para que e-CERTIS desarrolle todo un potencial de simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio, por ejemplo de las PYME o de las*

licitaciones transfronterizas”⁵³³. Entendemos igualmente que es necesario asumir la obligatoriedad del mantenimiento actualización del sistema para que logre los objetivos propuestos que son el suministro e intercambio de información actualizada sobre la contratación pública europea.

La anterior voluntariedad debería quedar eliminada para entender la obligación del Estado de contribuir al fortalecimiento de la citada plataforma tecnológica en su propio provecho, a partir de la Disposición adicional trigésima quinta de la LCSP referida a la publicación de datos en *e-Certis* e informe sobre la dirección del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. En la citada disposición se ordena a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a través de sus órganos de apoyo técnico, publicar y mantener actualizado en el depósito de certificados en línea *e-Certis*, la relación de bases de datos que contengan información relevante para la acreditación de las condiciones de solvencia y aptitud de los operadores económicos, a efectos de la contratación pública. Constituyendo el ROLECE, la base de datos primaria de esa información. Así mismo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, deberá informar a la Comisión Europea y a los demás estados miembros de la dirección electrónica y física del citado registro, al que deberán remitirse las solicitudes de consulta por los poderes adjudicadores de los demás estados miembros, así como de cualquier otra información que juzguen pertinente⁵³⁴.

Por tal motivo, se concluye que el *e-Certis* se convertirá en una guía de fácil acceso para las empresas licitadoras, beneficiando con ello, la participación de las pymes, así como las licitaciones transfronterizas; a partir del mantenimiento de un sistema electrónico que invita al suministro e intercambio de la información relacionada con los procedimientos de contratación pública, soportada en la base de datos que maneja cada

⁵³³ PINTO SANTIAGO, J., (2017) *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Colección Monografías, Madrid.

⁵³⁴ La anterior obligación también se encontraba prevista en el Artículo 59.6. de la Directiva 24/2014/UE, al señalar: “Cada Estado miembro publicará en el depósito de certificados en línea *e-Certis* la lista completa y actualizada de las bases de datos que contengan información de interés sobre los operadores económicos y que puedan ser consultadas por los poderes adjudicadores de los demás Estados miembros. Cada Estado miembro comunicará a los demás Estados miembros que lo soliciten cualquier información relativa a las bases de datos mencionadas en el presente artículo.”

Estado miembro, lo que se traduce en una herramienta muy útil para fomentar las compras públicas estratégicas⁵³⁵.

Según la información oficial disponible sobre el sistema en la web, los e-Certis desempeñan un papel crucial en la transformación digital de la contratación pública. Debido a que contribuyen a la transición de los países de la Unión Europea a la verdadera compra pública electrónica (*e-procurement*), reduciendo significativamente la carga administrativa y simplificando el acceso a las oportunidades de licitación transfronterizas. Alcanzándose la plenitud del sistema cuando los licitadores interactúen y proporcionen enlaces a los repositorios, que contienen datos que demuestran el cumplimiento de los criterios de exclusión y selección⁵³⁶.

En términos concretos y prácticos el sistema de depósito de certificados en línea *e-Certis*, ofrecerá una gran ayuda para la simplificación administrativa, para facilitar el acceso a los operadores económicos transfronterizos y para las pymes en las compras públicas, y servirá concretamente para lo siguiente:

- a) Familiarizar rápida y fácilmente a los nuevos licitadores que no tengan experiencia con los procedimientos de contratación pública, debido a que el *e-Certis* ofrece un útil sistema de referencia sobre los tipos de documentos que con más frecuencia deberá presentarse, su forma y su contenido.
- b) Contribuye a la licitación transfronteriza, debido a que ilustra a los licitadores sobre los diferentes certificados que se exigen en los países miembros cuando celebran procedimientos de contratación, y así conocer los diferentes formatos.
- c) Ayuda a los poderes adjudicadores, quienes deben asegurarse de que los documentos que reciban, a veces de varios países, cumplan los requisitos del pliego de condiciones en cuanto a su contenido y la administración que los expide.

⁵³⁵ Sobre la finalidad e importancia del *e-Certis* conviene consultar el trabajo de: BARRIO GARCIA, G. (2013) “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública”, en PERNAS GARCÍA, J., (Dr.) *Contratación Pública Estratégica*, Editorial Aranzadi, Madrid; quien sostiene: “...*facilitar las licitaciones transfronterizas queda establecida la obligación para los Estados miembros de mantener actualizada la información sobre certificaciones y otras pruebas documentales; e igualmente, y como una medida con mayor horizonte temporal, se prevé que los poderes adjudicadores estarán obligados a exigir solo los tipos de certificados o pruebas documentales que estén disponibles e- certis*”.

⁵³⁶ <http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/e-procurement/espdl/>

d) Ofrece la información de los certificados más frecuentes en cada Estado miembro organizándolos en apartados uniformes basados en las clases de justificantes que sugieren las Directivas Europeas sobre contratación pública (documento constitutivo o documento de identidad del licitador, certificados, solvencias y capacidades económica, financiera, técnica y profesional, entre otros). Cada grupo de datos nacionales en cada apartado contiene un registro dividido en una serie de campos estándar. El sistema describe en detalle y de manera coherente entre los grupos de datos nacionales los certificados que en cada Estado se expiden para cada clase de justificante. Así mismo, la plataforma electrónica establece correspondencias entre documentos equivalentes de los distintos grupos de datos nacionales. Esta estructura unificada y coherente permite analizar con exhaustividad los diferentes tipos de documentos. Por último, las funciones de búsqueda por categoría, agrupación lógica de sectores y comparación permiten a cuantos intervienen en los procedimientos de licitación reconocer los documentos enviados por las empresas, así como, evaluar su contenido y forma⁵³⁷.

3.2. La factura electrónica en la contratación pública como medio para facilitar la participación de las pymes.

La LCSP se ha colocado dentro de un sistema electrónico de contratación que pretende ser integral e interconectado, en donde el uso de los datos y la información de los procedimientos de contratación se muestra de manera unificada a los fines de optimizar y mejorar la gestión de los contratos públicos. Partiendo de la interpretación del artículo 28.2 de la LCSP, antes citado, observamos que las entidades del sector público deben velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, así como deben favorecer la agilización de los trámites, valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y, fundamentalmente, deben promover la participación de las pymes y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en ella. Pues bien, dentro de la simplificación y agilización de los trámites, y en el esquema de la

⁵³⁷ Este apartado fue desarrollado a partir de la información consultada en la página web Tu Europa UE: https://europa.eu/youreurope/business/selling-in-eu/public-contracts/e-procurement/index_es.htm el 14 de julio de 2018.

contratación pública electrónica, el empleo de la factura resulta un elemento fundamental.

A raíz de la puesta en vigor 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 Público⁵³⁸, todas las facturas remitidas a las Administraciones Públicas deben ser obligatoriamente presentadas en formato electrónico, siendo considerada una medida que colabora con la simplificación de los trámites ante las Administraciones Públicas, y a su vez, como una medida de inclusión para las pymes. Así mismo se reconoce en el considerando 21 de la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (en lo sucesivo Directiva 55/2014/UE)⁵³⁹, donde se señala que:

“Para garantizar que las pequeñas y medianas empresas puedan gozar también de la facturación electrónica en la contratación pública, la norma europea sobre facturación electrónica debe posibilitar el establecimiento de sistemas de facturación electrónica sencillos, en concreto, sistemas que sean fáciles de entender y de utilizar. A este respecto debe asimismo tenerse en cuenta que las pequeñas y medianas empresas, en particular, así como los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras de pequeñas dimensiones, disponen solo de personal y recursos financieros limitados.”⁵⁴⁰

A tenor de lo establecido en el artículo 2.1 de la citada Directiva 55/2014/UE, la factura electrónica se puede definir como aquel documento o *“factura emitida, transmitida y recibida en un formato electrónico estructurado⁵⁴¹ que permita su tratamiento automatizado y electrónico”*. Por otra parte, de conformidad con lo

⁵³⁸ Publicada en el BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-13722> consultada el 25 de abril de 2018

⁵³⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0055> consultada el 25 de abril de 2018

⁵⁴⁰ En ese mismo orden de ideas se pronuncian los considerandos 40, 41 y 42 de la Directiva 2014/55/UE

⁵⁴¹ Resulta importante distinguir lo tipos de facturas electrónicas: estructuradas y no estructuradas. *“Las facturas en formato estructurado contienen datos y pueden ser generadas automáticamente por los sistemas informáticos de facturación del emisor y ser tramitadas de forma igualmente automatizadas por los sistemas informáticos de pago y contabilidad del receptor.”* (...) *“Las facturas en formato no estructurado consisten esencialmente en una imagen, lo que implica que su procesamiento para poder ser introducidas en los sistemas informáticos del receptor requiere una intervención manual o un proceso costoso que no suele estar completamente automatizado...”* (VASQUEZ GARRANZO, J., (2018) *“La factura electrónica”*, en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona, p. 413 y 414

establecido en el artículo 1.1 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, la factura electrónica se trata de “...un documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que impide el repudio de la factura por su emisor.” Y por documento electrónico se entiende: “...la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”⁵⁴².

En consecuencia se puede resumir que la factura electrónica es el documento electrónico que cumple con los requisitos legales y reglamentarios, donde se encuentran contenidas las cuentas detalladas de los bienes, servicios y obras, con su cantidad y su importe y que se emite en formato electrónico estructurado para ser entregado a quien debe pagar su contenido⁵⁴³.

En ese sentido, dentro del marco de la contratación electrónica y de las iniciativas, que en función de la normativa, rigen en el ordenamiento jurídico español, las facturas electrónicas van dirigidas a la implementación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, con soporte en la Ley 25/2013 de fecha 27 de diciembre de 2013, mediante la cual se dio impulso al uso de la factura electrónica con el objeto de agilizar los procedimientos de pago a los proveedores en los procedimientos de contratación, cuya finalidad es: “...generar importantes beneficios en términos de ahorro, impacto ambiental y reducción de las cargas administrativas”⁵⁴⁴. Con lo que se pretende ahorrarle costes y facilitarles a los operadores económicos sus transacciones mercantiles.

⁵⁴² Definición de documento electrónico contenido en el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

⁵⁴³ En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, los sujetos que están obligados al uso de la factura electrónica y a su presentación a través del punto general de entrada que corresponda, son: a) Sociedades anónimas; b) Sociedades de responsabilidad limitada; c) Personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española; d) Establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria; e) Uniones temporales de empresas; f) Agrupación de interés económico, Agrupación de interés económico europea, Fondo de Pensiones, Fondo de capital riesgo, Fondo de inversiones, Fondo de utilización de activos, Fondo de regularización del mercado hipotecario, Fondo de titulación hipotecaria o Fondo de garantía de inversiones. Así mismo, cualquier proveedor que haya entregado bienes o prestado servicios a la Administración Pública podrá expedir y remitir de forma voluntaria una factura electrónica. (Art. 4 Ley 25/2013)

⁵⁴⁴ Vid. Considerando 6 de la Directiva 2014/55/UE.

En cuanto a los elementos de forma, al igual que la factura emitida en formato tradicional, la factura electrónica debe cumplir con una serie de requisitos para su formalización, aunque más aliviados. Según lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley 25/2013, las facturas electrónicas que se remitan a las Administraciones Públicas deberán tener un formato estructurado y estar firmadas con firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, o autenticadas mediante el sello electrónico.

Por otra parte, y de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 55/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. El contenido formal de las facturas electrónicas debe reunir los siguientes requisitos: a) Los identificadores del tratamiento y de la factura; b) El periodo que abarca la factura; c) La información sobre el vendedor; d) La información sobre el comprador; e) La información sobre el beneficiario; f) La información sobre el representante fiscal del vendedor; g) La referencia del contrato; h) El detalles de la entrega del bien; i) Las instrucciones para el pago; j) La información sobre deducciones o cargos; k) La información sobre la partida de la factura; l) Los totales de la factura; y m) El desglose del Impuesto al Valor Añadido. Es evidente, que se trata de un contenido similar o igual al contenido de una factura tradicional. Debido a que como lo señala VAZQUEZ GARRANZO, *“Una factura electrónica es, ante todo, una factura, es decir, un justificante de la entrega de bienes o la prestación de servicios”*⁵⁴⁵.

3.2.1. Factura electrónica, simplificación e interoperabilidad.

Dentro del sistemático avance por la simplificación y la necesidad del empleo de los medios electrónicos para que las estructuras jurídico administrativas sean cada día más eficientes, y se le facilite la vida a las personas, se encuentra la factura electrónica, como uno de los mecanismos más importantes para lograr aquellos objetivos de simplificación y eficiencia, en virtud de que la misma permite agilizar todo lo referente a los procesos administrativos y fiscales de las relaciones entre el proveedor el cliente.

⁵⁴⁵ VAZQUEZ GARRANZO, J., (2018) “La factura electrónica”,...op. cit., p. 344

Como es lógico los seres humanos nos resistimos a los cambios, nos aferramos a las prácticas tradicionales porque las conocemos y nos sentimos seguros con ellas, lo que hace que nos cueste abandonarlas y asumir nuevas experiencias, pero una vez probamos los nuevos elementos o experiencias y sus ventajas, nos apropiamos de ellas y comenzamos a olvidar aquellas prácticas anteriores. Esto ha ocurrido el producto de la tecnología, con los medios electrónicos, de los que factura electrónica es un claro ejemplo.

El uso de la factura electrónica definitivamente aporta beneficios y bondades, tanto para el emisor como para el receptor. El primer beneficio es que mejora la eficiencia en el empleo de los recursos materiales y humanos, lo que origina ahorro de costes producidos por la optimización del uso del personal y su tiempo, como por la disminución de gastos directos por la eliminación del papel y la utilización de medios electrónicos para su comunicación. Además ayuda a optimizar todos los procesos administrativos de tesorería, a agilizar los procedimientos de pago al proveedor y dar certeza de las facturas pendientes de pago existentes, obteniendo información en tiempo real, reduciendo los tiempos de gestión, ayudando a ser más eficientes en el cumplimiento de las obligaciones de la entidad y, en fin, mejora la relación comercial y la imagen de la empresa.

A hilo de lo anterior, resulta conveniente en este estado resaltar la motivación de la Ley 25/2013, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, donde se pone de manifiesto la idea de introducir un elemento novedoso para el beneficio de las personas, es por ello que se comienza afirmando puntualmente que el uso de la factura electrónica y el registro contable, ayudarán a reducir la morosidad de las Administraciones Públicas y permitirán agilizar los procedimientos de pago al proveedor y dar certeza de las facturas pendientes de pago existentes, al mismo tiempo que ayudarán a las Administraciones Públicas, a tener un mejor control del gasto público y del déficit, lo que generará una mayor confianza en las cuentas públicas.

Para lograr el anterior objetivo de eficiencia, se deberá implementar un *“control informatizado y sistematizado de las facturas [que] favorecerá un seguimiento riguroso de la morosidad a través de un indicador, el periodo medio de pagos, que visualizará el*

*volumen de deuda comercial de las Administraciones...*⁵⁴⁶. Lo anterior viene reforzado con otras medidas puntuales para garantizar el éxito del sistema, como son, el establecimiento de la obligación de presentación en un registro administrativo de las facturas expedidas por los servicios que presten o bienes que entreguen a una Administración Pública; el impulso del uso de la factura electrónica en el sector público, con carácter obligatorio; y la creación obligatoria para cada una de las Administraciones Públicas, de puntos generales de entrada de facturas electrónicas para que los proveedores puedan presentarlas y lleguen electrónicamente al órgano administrativo al que corresponda. Todo esto inserto dentro de la gran iniciativa surgida mediante la Estrategia Europa 2020, como parte del proyectado crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Ya que este tipo de mecanismos colocan a los Estados en un paso adelante para enfrentar problemas de productividad y de sostenibilidad.

Además de ello, y con la puesta en vigor de la Directiva 55/2014/UE, se afianza como medida de simplificación y eficiencia, el principio de interoperabilidad⁵⁴⁷, toda vez que el objeto que se persigue es ampliar los beneficios que puede ofrecer un mercado común digital e interconectado, no solo para las empresas sino también para los poderes adjudicadores, lo que permita que se garanticen los principios generales de la contratación pública, principalmente los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia. En virtud de ello, la implementación y uso de la factura electrónica y el registro contable, vienen a agilizar los procedimientos de compras públicas a través de la reducción de cargas administrativas, para generar mayor índice de competitividad, en vista de que las empresas y en particular las pymes, ven con mayor facilidad su participación en los referidos procedimientos, por lo que este tipo de documento trae una serie de ventajas para este sector productivo de la economía.

⁵⁴⁶ Véase la exposición de motivos de la Ley 25/2013

⁵⁴⁷ La interoperabilidad fue establecida mediante Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, publicado en el BOE núm. 25, de 29/1/2010, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-1331> consultado el 14 de febrero de 2016. Más tarde se dicta la Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para a Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico, publicado en el BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011; En este instrumento se regulan aspectos concretos de los elementos de la Administración electrónica, tales como el expediente y el documento electrónico, la digitalización de documentos, todos ellos de vital importancia para el desarrollo de una plataforma de contratación pública electrónica”. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-13169 consultada el 14 de febrero de 2016

Específicamente, la noción de interoperabilidad⁵⁴⁸ se encuentra descrita en las disposiciones de la Directiva 55/2014/UE, que desarrolla esa corriente simbiótica entre medios electrónicos, factura electrónica y compras públicas. En los considerandos 6 y 8 se destaca por una parte, la interoperabilidad semántica, al lado de la mejora de la seguridad jurídica, como pilares para sostener las acciones de fomento del uso de las facturas electrónicas en la contratación pública, “...*permitiendo así a los Estados miembros, los poderes adjudicadores, las entidades adjudicadoras y los operadores económicos generar importantes beneficios en términos de ahorro, impacto ambiental y reducción de las cargas administrativas*”⁵⁴⁹; y por otra parte, la interoperabilidad sintáctica, la cual implica que los elementos de una factura electrónica relativos a los datos se presenten en un formato que pueda intercambiarse directamente entre el emisor y el destinatario y tratarse automáticamente⁵⁵⁰. Se trata de elementos técnicos que se colocan al servicio de las gestiones públicas para hacerlas más eficientes y al mismo tiempo, garantizar la inclusión y la concurrencia.

La interoperabilidad puede a su vez ser traducida como la relación de interconexión entre las diversas plataformas existentes que mantienen los diferentes órganos y entes que conforman las Administraciones Públicas⁵⁵¹. En virtud de ello, la interoperabilidad resulta un mecanismo muy importante para la verdadera implementación de una contratación pública electrónica, y en consecuencia debe tener carácter de interés público por ser una herramienta estratégica que garantiza el desarrollo de servicios públicos integrados, complementarios y transparentes, así como, la simplificación de los trámites administrativos que las Administraciones Públicas

⁵⁴⁸ En la Guía sobre contratación pública electrónica, elaborada por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), se define interoperabilidad como: “...*la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos*”. Adicionalmente resulta interesante resaltar que se hace hincapié en que los sistemas de informática no debe suponer un obstáculo o un elemento discriminatorio para la participación de los diferentes actores en los procedimientos de compras públicas

(Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) (2011), Guía sobre contratación pública electrónica, Observatorio de la Seguridad de la Información Gobierno de España, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, España, Octubre 2011. p.46. Disponible en <http://www.av-asesores.com/upload/592.PDF>) consultada el 6 de junio de 2018.

⁵⁴⁹ Vid. Considerando 6 de la Directiva 2014/55/UE

⁵⁵⁰ Vid. Considerando 8 de la Directiva 2014/55/UE

⁵⁵¹ Otro ejemplo de interoperabilidad previsto en la LCSP es la interconexión entre el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado, los cuales estarán interconectados y los datos serán interoperables (Art. 337.4 LCSP)

ejecutan en atención a los requerimientos de los ciudadanos, en pro de la satisfacción de sus necesidades y mejora de las relaciones de éstos con el Estado.

Por ello, la interoperabilidad tiene como fin apoyar la función y gestión pública que desarrollan los poderes adjudicadores, garantizando la cooperación y colaboración requerida para intercambiar información, servicios y procesos públicos, complementarios y transparentes, sobre la base del principio de cooperación y complementariedad. En ese sentido los órganos de contratación se encuentran obligados a permitir entre sí, el acceso, intercambio y reutilización, por medios electrónicos, de los datos, información y documentos de acceso público que posean⁵⁵².

Todas estas incorporaciones de elementos tecnológicos son manifestaciones muy concretadas de aspectos que se traducen en beneficios para el servicio en general, y beneficios cuantificables para los operadores económicos dentro de los procesos de contratación pública y en particular para las pymes. El sólo hecho de que a través de la factura electrónica y el registro contable interconectado, se puedan reducir los plazos administrativos, así como reducir los costes, y que ese operador económico pueda recibir su pago a tiempo y sin retraso, produce una revolución importante en el sector y que irradia un mensaje positivo para todos aquellos que deseen intervenir con intención de aportar para el desarrollo.

3.2.2. Las ventajas que aporta la factura electrónica para las pymes en las compras públicas

⁵⁵² Como lo señala VAZQUEZ GARRANZO: *“En definitiva se pretende contribuir a la mejora del funcionamiento del mercado interior europeo mediante la reducción de los obstáculos a la entrada en el mercado, especialmente para las PYME, resolviendo el problema de la compatibilidad de los diferentes sistemas de facturación electrónica por los Estados miembros. Los procesos se harán más rápidos y menos costosos,..”* (VAZQUEZ GARRANZO, J., (2018) “La factura electrónica”,...op. cit., p. 352)

Así como quedó establecido en el punto anterior, el efecto práctico que produce la implementación de la factura electrónica y el registro contable, como una medida integral de simplificación y agilización de los procedimientos de contratación pública bajo una visión estratégica, se hace necesario determinar en qué proporción este instrumento en formato electrónico representa una ventaja para las pymes en las compras públicas. Se adelanta el hecho de que muchos de los aspectos que vamos a destacar no son exclusivos de las pequeñas y medianas empresas, ya que pueden ser perfectamente aplicables a grandes empresas y otras entidades, sin embargo, independientemente de ese factor y muchas normas se refieran expresamente a las pymes, resulta satisfactorio que a través de estos instrumentos se pretenda ampliar las opciones a las pymes para competir en condiciones de igualdad dentro de los procedimientos de contrataciones públicas.

Revisemos el vigente esquema normativo que pretende conjugar el uso de la factura electrónica dentro de las compras públicas para fomentar la participación de las pymes. En primer lugar, consideramos que la norma más importante en la actualidad que se refiere al tema es la Directiva 55/2014/UE, la cual en sus diferentes considerandos no esconde su inclinación por incluir y promover el uso de la factura electrónica en la contratación pública, y garantizar el cumplimiento del objetivo estratégico de fomentar la participación de las pymes en este sector.

Los considerandos 20 y 41 de la Directiva 55/2014/UE son muy gráficos al mostrar esa protección e importancia que se le otorga a las pymes, como factor de desarrollo nacional. La instrucción europea es para que los Estados tengan en cuenta las necesidades de las pymes y de los poderes adjudicadores y en ese sentido, deben ofrecer tanto a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras como a los proveedores el apoyo necesario para que se pueda hacer uso de la facturación electrónica. Debiendo preverse medidas de formación destinadas, en particular, a las pymes. Adicionalmente, y pensando en la posibilidad de que las pymes puedan gozar de la factura electrónica en la contratación pública, se debe simplificar al máximo los sistemas de facturación electrónica “...en concreto, sistemas que sean fáciles de

entender y de utilizar”⁵⁵³; en virtud de que estas entidades se encuentran limitadas en lo que respecta a sus recursos materiales y humanos.

Y continúa la Directiva 55/201/UE, en sus considerandos 40 y 42, al manifestar que la directiva no impone costes ni cargas adicionales a las empresas, incluidas las pymes, por cuanto los poderes adjudicadores podrán aceptar facturas electrónicas que cumplan normas distintas de la norma europea; y se exhorta nuevamente a los Estados reducir al mínimo los costes sobre facturación electrónica para las pymes, de modo que se facilite su uso en toda la UE. Y en fin, sugiere poner a disposición de los poderes adjudicadores y pymes, los fondos estructurales destinados a tal fin.

Se observa en consecuencia que existe una apuesta europea firme por la implementación de la factura electrónica, por una parte, y por la otra parte, desde el punto de vista estratégico, son coherentes con el fomento y protección de las pymes en las compras públicas, lo que se pone en evidencia con el contenido del cúmulo de directivas dictadas en el año 2014. Tanto aquellas destinadas a regular las contrataciones públicas (Directivas 23, 24 y 25/2014/UE), como está destinada a regular la factura electrónica, las cuales se integran dentro de una misma estrategia.

La concepción estratégica planteada anteriormente permeó a la LCSP, cuando se insiste en la puesta en marcha de la contratación electrónica, ahora desde una perspectiva estratégica, donde el uso de la factura electrónica en los procedimientos de licitación, resulta obligatorio para garantizar la eficiencia y coadyuvar a la eliminación de la morosidad en los pagos emitidos por los poderes adjudicadores. Efectivamente desde la Disposición final sexta de la ley se observa la intención declarada de avanzar en la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica⁵⁵⁴.

En materia de pagos a los proveedores se establecen normas para generar seguridad jurídica y para disminuir la morosidad. A tal fin, se asocia la presentación y

⁵⁵³ Véase considerando 21 de la Directiva 2014/55/UE.

⁵⁵⁴ Véase Disp. Final, 6º.3, que señala: “*El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.*”

registro de la factura electrónica, con los plazos establecidos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; para el pago del precio de la mercancía o el servicio prestado, o para que haya lugar al inicio del cómputo del plazo para el devengo de intereses (Art. 198.4 LCSP). Así como para el cumplimiento del pago en el caso de los contratos de obras (Art. 210 LCSP). Y, muy importante, para la consideración de las pymes cuando intervienen en el contrato como subcontratista, se deberán emplear obligatoriamente la factura electrónica en la relación contratista principal-subcontratista⁵⁵⁵, cuando el importe del contrato supere los 5.000 euros, mientras que en otros supuestos será facultativo para los subcontratistas el empleo de la factura electrónica (Art.216.5 LCSP)⁵⁵⁶.

Por último, en la Disposición Adicional Trigésima Segunda de la LCSP, se establece la obligación del contratista de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma, todo lo cual deberá constar en los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

Este registro permite otorgarle certeza a la fecha de presentación de la factura, y hacerle un seguimiento de su tramitación hasta su pago.

⁵⁵⁵ Factura electrónica obligatoria para pymes y subcontratistas
<https://infoautonomos.economista.es/blog/factura-electronica-obligatoria-subcontratista/>

⁵⁵⁶ LCSP. “Artículo 216. Pagos a subcontratistas y suministradores”. (...)

“5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 bis del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, sobre la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros, que deberán presentar al contratista principal a través del Registro a que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda, a partir de la fecha prevista en dicha disposición.

En supuestos distintos de los anteriores, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro referido en el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda.

La cuantía de 5.000 euros se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública”.

Ya se ha puesto a disposición de los operadores económicos y particulares un Registro Electrónico Único⁵⁵⁷ que, entre otras funcionalidades, permite acreditar la fecha en que se presenten las facturas por los subcontratistas al contratista principal y traslade dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignen en el directorio de empresas. Este hecho es sumamente importante para garantizar, no sólo el acceso a las pymes a las compras públicas, sino para que luego puede cobrar el producto de sus servicios.

No podemos olvidar el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación⁵⁵⁸, en este instrumento reglamentario se recoge lo establecido en la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta a las normas de facturación⁵⁵⁹; en el sentido de propender a la reducción de las cargas administrativas de los sujetos pasivos, garantizando la igualdad de trato, facilitando las transacciones económicas y contribuyendo a la seguridad jurídica de los agentes económicos. Asimismo, y específicamente en lo que respecta a las pymes, establece “Con la finalidad de establecer *un sistema armonizado de facturación, en el sentido marcado por la Directiva 2010/45/UE antes mencionada, y de promover y facilitar el funcionamiento de los pequeños y medianos empresarios, así como de los profesionales, se establece un sistema de facturación basado en dos tipos de facturas: la factura completa u ordinaria y la factura simplificada, que viene a sustituir a los denominados tickets*”⁵⁶⁰. Medidas que contribuyen a la simplificación de los trámites, y que abonan a la eficiencia.

En consecuencia, analizando las normas que desarrollan la utilización de la factura electrónica, conjuntamente con los principios de las contrataciones públicas relativos a la transparencia, la no discriminación, la concurrencia y la técnica de la simplificación administrativa, se concluye que este escenario tecnológico le aporta

⁵⁵⁷ Punto general de entrada de las facturas electrónicas de la Administración General del Estado (FACE) <https://face.gob.es/>; también la Comunidad de Madrid se unió a FACE: <https://sede.madrid.es/portal/site/tramites/menuitem.62876cb64654a55e2dbd7003a8a409a0/?vgnnextoid=7803fcd80b8ea410VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=d6e537c190180210VgnVCM100000c90da8c0RCRD&vgnnextfmt=default> consultado el 4 de noviembre de 2018

⁵⁵⁸ Publicado en el BOE núm. 289 de 01 de Diciembre de 2012

⁵⁵⁹ <https://www.boe.es/doue/2010/189/L00001-00008.pdf> consultada el 23 de agosto de 2018

⁵⁶⁰ Véase preámbulo del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación

ventajas a las pymes, en un escenario favorable de igualdad para desarrollar su potencial económico y contribuir con la economía nacional⁵⁶¹.

Vista la esencia no solo de la simplificación de trámites sino también de la factura electrónica, conviene destacar que la misma representa una reducción de los costes en las operaciones mercantiles de las empresas en cuestión, traduciéndose en un ahorro no solo de tiempo, sino de personal y de espacio, debido al gran cúmulo que representa el archivo y custodia de las facturas emitidas en formato tradicional; lo que para la pyme representa una reducción de su espacio operativo, en ese sentido la emisión de la factura electrónica, viene a eliminar esa problemática, toda vez, que el archivo y custodia de la factura electrónica se efectúa en carpetas digitales, o en físico, pero reducido, por lo que su almacenamiento es mucho más fácil.

Asimismo, la emisión de este modelo de factura garantiza un manejo seguro y eficiente en cuanto al manejo de los recursos financieros de la empresa, toda vez, que el acceso a la información digital se efectúa a través de un sistema de seguridad digitalizado, en el cual el usuario del mismo puede hacer uso de contraseñas u otro mecanismo que limite el acceso a terceros a la referida información, por lo que la seguridad que se presenta es tanto para el emisor de la factura como para el receptor de la misma.

En el caso que nos ocupa, específicamente dentro del marco de las compras públicas electrónicas, donde uno de los principios que se pone de manifiesto con mayor auge es el de la transparencia, la factura electrónica permitirá que se tenga una mayor transparencia con relación a las obligaciones fiscales de la operatividad de la empresa. Lo que además “... garantiza la contabilización automática de documentos”⁵⁶², y adicionalmente el cumplimiento con el principio de integridad.

Además de lo anterior, es importante tomar en consideración que la misma – factura electrónica-, disminuye el porcentaje de riesgos, ya que la información es

⁵⁶¹ Véase: VAZQUEZ GARRANZO, J., (2018) “La factura electrónica”,...op. cit., p. 348: “..la facturación electrónica supone importantes ventajas como ahorro de costes; mejora de la eficiencia; integración con las aplicaciones de gestión internas de la empresa; optimización de la tesorería; obtención de información en tiempo real; reducción de tiempos de gestión;...”

⁵⁶² CABALLERO RODRIGUEZ, J. (2015) “Digitalización de la pyme española” Fundación EOI, Madrid. p. 54.
<https://books.google.co.ve/books?id=iYZXDwAAQBAJ&pg=PA52&dq=pyme+y+factura+electronica&l=es&sa=X&ved=0ahUKEwjRiLHQjd eAhXDrFkKHQxlAkQQ6AEIJzAA#v=onepage&q=pyme%20y%20factura%20electronica&f=false>

manejada a través de sistemas operativos y de ordenadores por lo que el margen de error en comparación con el que se pueda evidenciar por parte del personal humano es casi nulo, lo que para una pyme representa una gran ventaja en virtud del escaso y específico personal con el que muchas veces cuentan para el desarrollo de sus operaciones.

CONCLUSIONES

Como hemos podido observar a lo largo del presente estudio, el contrato público y los procedimientos de contratación pública, insertos dentro de la concepción de Estado democrático, social y de derecho, ofrecen un vehículo eficiente del accionar público para cumplir con la finalidad social representada por una comunidad titular de intereses y recipiendaria de esa ejecutoria. El contrato público representa un magnífico instrumento para documentar relaciones y negocios jurídicos particulares, que en su interior se desarrollan, pero al mismo tiempo, para el beneficio de todos, se constituye en un poderoso y útil mecanismo de gestión pública del que se sirven los Poderes Públicos.

Esta poderosa herramienta jurídica de políticas públicas se encuentra impregnada de una serie de principios, que no le son extraños al resto del ordenamiento jurídico, pero que en el entorno de la contratación pública se potencian y se convierten en transversales. Como pudimos observar en el desarrollo de esta investigación, los principios generales de las contrataciones públicas en España reciben su energía de los principios fundamentales de la UE, los cuales son: La libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. Efectivamente los señalados postulados penetran e influyen en la interpretación global de los principios generales de la contratación pública. La igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la libre competencia, la eficiencia y la proporcionalidad, sin olvidar a la buena administración, que en la actualidad conjuga la doble vertiente de principio informador de la gestión pública, y al mismo tiempo se constituye en un derecho fundamental de las personas que pueden invocar y exigir en todo momento. Serán pues, a continuación, determinantes para comprender la dimensión ontológica del sistema de contratación pública.

Esa es la razón fundamental por la que este trabajo se inició evaluando los principios generales de la contratación pública, ya que sin su luminosa claridad resultaba imposible abordar con rigor científico el estudio de las instituciones propias de esta disciplina jurídica. Atrás quedaron la imposición de las clásicas teorías de las potestades y los privilegios de los actores públicos al revisar las particularidades de los

contratos del sector público, frente al protagonismo que han adquirido en estos días los principios generales de los contratos públicos. Son estos los que marcan el norte interpretativo de todas las normas sobre la materia, a partir de su hermenéutica jurisprudencial es que se ha construido una doctrina consolidada del TJUE, que ha permeado hasta la legislación, y que permite analizar con perspectiva universal el Derecho de los contratos públicos, para rubricar lo que denominó acertadamente el recordado profesor MEILAN GIL, un “*meeting point*” del ordenamiento jurídico de las contrataciones públicas⁵⁶³, cuando se refería al Derecho Comunitario europeo de los contratos públicos, que precisamente está construido sobre los cimientos de los mencionados principios.

A partir de lo anterior, y ya con la calma de la culminación de una etapa de investigación se puede afirmar, que el sistema de compras públicas en España, y así mismo en Europa, ha experimentado signos de evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria. En virtud de ello tuvimos la oportunidad de evaluar nociones vinculadas a los contratos públicos, que determinaron un momento, espacio o una perspectiva de desarrollo. Efectivamente nos percatamos que a la contratación pública se le ha ido añadiendo adjetivos particulares en el curso de su desarrollo; se le ha agregado los términos: sostenible, social, verde, ética, responsable, inteligente, innovadora, estratégica, entre otros, para identificar la modalidad aplicada, la visión de quien aborde el fenómeno, o como moda del momento, o para identificar una oportunidad importante en su evolución como instrumento de desarrollo. Pues bien, al final nos quedamos con la última opción, si creemos firmemente en que la gestión pública debe tener como eje concéntrico el ser humano, como condicionante fundamental para esa gestión, y de lo que no escapan los contratos públicos.

Es por ello que se nos presentó la necesidad de hablar de desarrollo sostenible como principio fundamental en la contratación pública, debido a que dentro de las actividades que realizan las Administraciones Públicas, y particularmente los poderes adjudicadores, tanto en la preparación, como en la adjudicación del contrato, deben tomarse en cuenta los nuevos paradigmas que propenden a la preservación y desarrollo del ser humano, dentro de los que destacan: los aspectos vinculados a la conservación del medio ambiente, los aspectos sociales o inclusivos, las variables económicas, las

⁵⁶³ MEILÁN GIL, J. L., (2011) *Categorías jurídicas...op. cit.*, p. 144

empresas responsables y el empleo de las tecnologías de la información y comunicación o la contratación electrónica, entre otras, para mejorar y facilitarle la forma de vida de las personas. Esto es lo que se denominó contratación pública sostenible, que consiste en la integración de aspectos o variables ambientales, sociales, económicas y éticas, en el diseño, tramitación y materialización del contenido de los contratos que celebren los poderes adjudicadores, pensando en el presente y en las generaciones futuras.

Lo anterior nos permitió analizar principalmente a la sostenibilidad social, y descubrir que se trata del término más íntegro que puede emplearse al referirse a la sostenibilidad como categoría jurídica, pues se trata de lograr objetivos permanentes tendientes a satisfacer necesidades humanas y colectivas, integrando aspectos ecológicos, económicos, y relacionados, por supuesto, con el ser humano y su calidad de vida, llegando a considerar con certeza la manifestación de una contratación pública socialmente responsable, la cual puede definirse como aquella que vincula al objeto principal de la contratación pública en particular, aspectos de índole social, primarios o secundarios, pero de importancia fundamental, inscritos en la concepción del Estado social de Derecho; además de vincular aspectos de contenido ético, y que no resulta contradictorio con otras formas de gestión pública. En ese sentido tuvimos la iniciativa de recopilar un catálogo de aspectos o criterios sociales que se pueden considerar en el diseño de procedimientos de contratación pública. En virtud de ello, concluimos que la consideración de políticas públicas sostenibles, ubica a la gestión pública en un nuevo sistema de gobernanza ambiental y social, donde se respete y garantice el derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios básicos de calidad, bajo estándares de eficiencia, en escenarios de paz y prosperidad, sobre todo, respetando la dignidad del ser humano.

Ahora bien, dentro de este importante contexto de principios que rodean a los contratos públicos y vistos sus diferentes calificativos, reafirmamos con la investigación que uno de los más importantes, y no por lo novedoso, sino por lo integral y significativo, fue el acertado término de estratégico, con el que se bautizó a la contratación pública, para pasar a convertirse en un sistema con rasgos distintos denominado compra pública estratégica.

Gracias al impulso de las políticas europea en este sentido, puestas de manifiesto a través de diversos documentos de trabajo, a los que nos referimos suficientemente en el

cuerpo de este trabajo, pero principalmente a la puesta en vigor del paquete de Directivas Europeas que sobre contratación pública dictara el Parlamento Europeo en 2014 (Directiva 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE)⁵⁶⁴, así como la Directiva 2014/55/UE, de impulso a la factura electrónica en la contratación pública, se comienza a sentir con intensidad la presencia de una modalidad distinta de compras públicas. Todo lo cual se vio refrendado por la entrada en vigor de la LCSP, cuyo texto normativo también ofrece muestras inequívocas de encontrarse dentro de las compras públicas estratégicas.

Efectivamente luego del desarrollo de la investigación propia de este tipo de trabajo, se pudieron identificar las características y cualidades que delinean esta nueva forma de abordar a las compras del estado con una visión estratégica. En primer lugar se evaluaron los principios específicos de esta modalidad, siendo estos, la planificación estratégica, el principio de eficiencia, el principio de desarrollo sostenible, la integridad y la transparencia, que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental a la buena administración. Visto lo anterior, nos llevó inmediatamente a determinar los objetivos de la contratación pública estratégica, dentro de los que se señalan: a) La promoción de la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y obras para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación; b) La utilización de las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales, éticas y de innovación; c) La promoción de la participación de las pymes, en el mercado de la contratación pública; d) La generalización del uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento; e) La profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación; y g) El combate contra la corrupción y las irregularidades en la ejecución de los procedimientos de contratación pública.

⁵⁶⁴ Considerando 2 “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.”

Principios y objetivos que seducen a cualquier persona decente que desee que la gestión pública cumpla con su cometido. Lo anterior nos condujo a la siguiente concusión parcial pero contundente, el planteamiento teórico de la contratación estratégica representa un nivel superior en la evolución del sistema de compras públicas. En ella se deben incorporar los elementos, ya analizados, referidos a los aspectos sociales, ambientales, innovadores y de inclusión social, pero con el detalle característico que esas variables, que antes eran colaterales o secundarias, pasan a ocupar un papel de primer orden, deben ser conciliadas con los principios de publicidad, concurrencia y libre competencia, y todos ello deben ir encaminados a garantizar la eficiencia en el uso de los recursos públicos. Sólo queda interiorizarla e implementarla adecuadamente, siguiendo el camino claro que han trazado las normas, sin descartar ir incorporando ideas que permitan su enriquecimiento.

Pues bien, dentro de aquellos objetivos estratégicos del nuevo esquema de compras públicas, identificamos con especial significación la promoción de la participación de las pymes en el mercado de las compras públicas, como el elemento central del objeto que decidimos abordar, para verificar algunas formas que previó el legislador europeo y posteriormente el español, a los fines de cumplir con este objetivo transcendental para la economía del país⁵⁶⁵. Tomando la anterior premisa como punto de partida se pudieron analizar diferentes instituciones jurídicas que llevaron a las interesantes y útiles conclusiones que se expresan en este apartado conclusivo.

En primer lugar descubrimos que el acrónimo pyme es empleado generalmente a nivel mundial para agrupar en un sólo bloque a las empresas de reducida dimensión (micro, pequeñas y medianas empresas), y que precisamente por su tamaño requieren normalmente de la asistencia del Estado para su sostenibilidad. Siendo imprescindible mantener y estimular este entramado empresarial, debido a que constituyen aproximadamente el 99,80 % del total del sector productivo de la economía española, y porque, en su conjunto, tienen una particular importancia en su contribución a la

⁵⁶⁵ En la exposición de motivos de la LCSP (apartado V), se expresa: “Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos, medida destacada en la Estrategia Europa 2020, en la que la contratación pública desempeña un papel esencial y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente texto legal”.

generación de empleos estables, ocupando cerca del 66,4 % del total de los trabajadores⁵⁶⁶. Esta realidad económica y social llamó la atención, desde hace algún tiempo, de los órganos de la UE, quienes intervinieron desde diferentes ángulos para proteger, estimular y auxiliar a estas empresas, a sabiendas de la importancia que representa su presencia en el mercado para la región.

En consecuencia pudimos detectar que en virtud de la descrita capacidad productiva de las pymes, enfocada en cubrir las necesidades de las demandas colectivas, como primer plano y, en un segundo lugar, pero no menos importante, en cuanto a su función como fuente productora y creadora de empleos en las diversas áreas que conforman, impulsando y diversificando la economía del país; sería sumamente productivo que lograra coherencia con el sistema de compras públicas. Debido a que al armonizar coherente y estratégicamente estos sectores productivos, económicos y sociales –pymes y contratación pública-, se garantiza el desarrollo sostenible de los Estados, al diversificar la economía y garantizar la generación de empleos, al mismo tiempo que se ejecuta una obra pública, se garantiza la adquisición de bienes y se prestan servicios necesarios.

Si bien es cierto que las pymes exhiben un gran potencial, por ser consideradas como una de las mayores fuentes generadoras de empleo y de desarrollo sostenible del país, no se puede desconocer que estas empresas de reducida dimensión, enfrentan una serie de dificultades que limitan su desarrollo y expansión. En virtud de su tamaño, se le dificulta contar con suficientes recursos materiales y humanos para diversificar el trabajo, planificar y organizarse a los fines de afrontar los actuales retos económicos. Además se le imposibilita cumplir con los trámites burocráticos referidos a la obtención de créditos y/o financiación, así como se ven afectadas por el pago de altos impuestos.

Particularmente en el mercado de las compras públicas, se observa que las pymes presentaban problemas para acceder a él, principalmente, por: carecer de la capacidad y solvencia exigida para concurrir a las licitaciones; limitaciones a la hora de su acceso al financiamiento formal; problemas para enfrentar las distintas cargas administrativas y burocráticas que deben superar en la tramitación de los expedientes de contratación; así

⁵⁶⁶ Vid. Retrato de las pyme 2017, estudio elaborado por la Subdirección General de Apoyo a las PYME de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo del Gobierno Español, disponible en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2017.pdf> (consultada el 03 de septiembre de 2018)

mismo presentan dificultades para llegar a la información sobre los contratos y su limitación de acceso a la tecnología; a lo que se adiciona el problema en el retraso en el cumplimiento de los pagos por parte de los poderes adjudicadores y de los contratistas, cuando aquellas intervienen con base en dicha relación jurídica, entre otros aspectos de conflicto.

Para todos los descritos inconvenientes las normas antes citadas ofrecen alternativas que deben ser interpretadas en favor del objetivo estratégico de estimularles y facilitarles a las pymes el acceso a las compras públicas. En ese sentido, la LCSP, establece una serie de normas que buscan mejorar el entorno de las pymes y que van encaminadas a impulsar su participación en la contratación pública con seguridad, garantizándoles lo siguiente: a) La simplificación de los procedimientos; b) La división en lotes de los contratos; c) El establecimiento del portal del contratante; d) La posibilidad de presentarse en los procedimientos bajo la figura de subcontratistas y tener asegurado el cobro de sus servicios; e) El refuerzo de la implementación del DEUC, f) La contratación electrónica como forma de agilizar los procesos y acercarlos a las pymes, entre otros aspectos que se inscriben dentro de las compras públicas estratégicas⁵⁶⁷. Al analizar con detenimiento las señaladas medidas, así como otras que surgieron de la investigación, se pudieron precisar las líneas conclusivas que se expresan a continuación.

Específicamente, en cuanto a las medidas establecidas por el legislador especialmente para favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, la división en lotes del objeto de los grandes contratos para su adjudicación simultánea, destacó por encima del resto, desde su planteamiento normativo teórico hasta las situaciones que se pueden presentar en su implementación. En consecuencia, se pudo precisar que la norma induce a la división en lotes de los contratos, para hacerlos más pequeños y así ampliar las oportunidades de participación de estos actores de la economía en las compras públicas, debido a que cuando se divide el contrato en lotes el monto de la solvencia económica y financiera exigida deberá ser proporcional al tamaño del lote al cual decida el candidato licita, con ello se le facilita a las pymes y las empresas de nueva creación participar en la licitación. Ahora bien, el detalle que

⁵⁶⁷ Véase el apartado V de la exposición de motivos de la LCSP, donde se destacan las principales medidas ratificadas e incorporadas en dicho ordenamiento para promover la participación de las pymes en las compras públicas.

convierte la medida en novedosa es que ahora la división en lotes pasa a ser la regla general, esto quiere decir que si el poder adjudicador decide no dividir el contrato deberá expresar los motivos válidos por los cuales decidió no hacerlo, y justificarlo en el expediente de contratación.

Adicionalmente para garantizar el éxito de la medida, dentro del mismo apartado, se determinó la posibilidad que posee el poder adjudicador para limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, dentro del PCAP, circunscribiéndose –en principio- a dos grandes grupos, a saber: i. La limitación de ofertar, referida a la posibilidad del licitador para presentar ofertas a un número restringido de lotes; y ii. La limitación para adjudicar, que obliga al órgano de contratación a determinar el número de lotes que puede adjudicar a cada licitador. Pudimos constatar que estas medidas se justifican para asegurar que la regla de la división en lotes no se vea ilusoria, con la intervención de grandes empresas en varios o todos los lotes, y de esa forma acaparar el mercado. Por tal motivo se concluyó que las señaladas limitaciones no vulneran el principio de competencia, ya que su interpretación privilegia el contenido del principio de la libre competencia y, por lo tanto, con ella se garantiza la ampliación de la posibilidad de acceso de más licitadores, grandes y pequeños, en los procesos de contratación pública, resultando una de las formas de asegurar la operatividad y eficacia de la división en lotes de los contratos.

Así mismo, se observó la posibilidad de aceptar ofertas integradoras, siempre y cuando el pliego lo permita, y cuidando el riesgo de la agregación de la demanda, con la salvedad que siempre se deberá tener como norte que la premisa fundamental es crear escenarios propicios para la participación efectiva de las pymes en las compras públicas.

Dentro del contexto de la distribución de los contratos en lotes resultó obligatorio referirse al asunto del fraccionamiento prohibido, situación que ha cambiado un poco, con la implementación de la división en lotes como regla general. Sin embargo se continúa manteniendo la tesis predominante referida a que se entiende que existe fraccionamiento prohibido cuando se configuran los siguientes elementos objetivos: i. Se fragmenta una unidad funcional, ii. Se disminuye el valor del contrato, y iii. Todo lo anterior se hace para evadir controles y escapar de la aplicación de las reglas de las Directivas.

En este punto, resultó interesante estudiar el caso del contrato menor, por su natural asimilación al achicamiento de la contratación para hacerla más eficiente, pero con el riesgo del uso abusivo de la citada figura contractual y que llegó a descalificarse su empleo. No obstante, observamos que para minimizar el riesgo de irregularidades en el empleo del contrato menor, la LCSP disminuyó los topes de valor estimado individual de los contratos para ser considerados menores: menos de 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o menos de 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios; además se reforzó la publicidad y la transparencia sobre ellos, al determinar que la información relativa al objeto del contrato menor, su duración, importe de adjudicación, incluyendo el IVA y la identidad del adjudicatario, deberá ser publicado, por lo menos trimestralmente, en el perfil de contratante; y por último, en materia de control fiscal, se obliga a los órganos de contratación a remitir al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma respectiva, una relación trimestral de los contratos formalizados por esos órganos, dentro de los cuales estarán los contratos menores. No obstante, consideramos que si se desarrolla con integridad, eficiencia, transparencia y publicidad, el contrato menor puede resultar muy útil para pequeñas Administraciones locales y otros poderes adjudicadores, así como para mantener ofertas en sectores determinados de la economía donde trabajan escasos operadores económicos por su cualificación material, científica, técnica o profesional.

Luego de hacer algunas críticas constructivas a la norma que regula las consultas preliminares del mercado, se observó que este mecanismo de investigación y análisis puede constituirse en una herramienta valiosa para diseñar y preparar unos procedimientos de contratación pública que generen seguridad jurídica y sean más eficientes, en el contexto de las compras públicas estratégicas. Siempre y cuando se garantice la publicidad y transparencia en su desarrollo y no se permita que se altere la competencia, por lo que el componente de integridad debe estar siempre presente.

Tuvimos la excelente oportunidad de referirnos a una institución poco explorada y así mismo escasamente estudiada por la doctrina como lo son las empresas de nueva creación en las compras públicas, y a las cuales se refiere la LCSP y las Directivas europeas. Observando que la ley les aportada soluciones de flexibilidad para su acceso a los contratos públicos, sobre todo en lo que respecta a la presentación de la solvencia técnica o profesional, donde se ven expresamente disminuidos los requisitos para acreditar, específicamente en los casos de los contratos de obras que no superen los

500.00 euros y, en los contratos de suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada. Para el caso de la solvencia económica y financiera, a discreción del poder adjudicador podrán acreditarla por otros medios distintos a los formal y nominalmente previstos en la LCSP. Sin embargo, concluimos que en este último punto su opción más clara es acudir directamente en los lotes en función de que su capacidad económica se lo permita o por la vía de las asociaciones, bien sea a una UTE u otro tipo de alianza estratégica que le permita la ley, o incluso, a participar en calidad de subcontratista.

Adicionalmente y dentro de las medidas que facilitan la participación de las pymes en la contratación pública referidas a la dimensión del contrato, analizamos la figura jurídica de la UTE, mediante la cual las pymes pudieran participar asociadas estratégicamente a otras entidades empresariales para acceder al mercado de las compras públicas con mayor solidez y certeza. Resultando pues una muy buena opción para la integración de las pequeñas y medianas empresas en procedimientos de compras públicas, en donde cada participante de las UTE pudiera aportar sus respectivas experiencias, capacidades y solvencias a los fines de lograr un objetivo coincidente para todos.

Así mismo estudiamos la institución contractual jurídico-privada de la subcontratación que había sido empleada con relativa frecuencia por las pymes, en vista de la dificultad para cumplir con los requisitos de capacidad y solvencia solicitados a los licitadores con base en la legislación anterior. Por tal motivo, al analizar profundamente las novedades que incorporó la nueva LCS, para reforzar las garantías de la ejecución parcial de las prestaciones contenidas en el contrato principal por parte del subcontratista y en definitiva, para preservar los derechos económicos de éstos en su relación con el contratista original; pudimos concluir que bajo estas nuevas condiciones de garantía resulta muy atractiva para las pequeñas y nuevas empresas celebrar subcontratos que le permitan estar activos en el negocio, realizar sus actividades productivas y al mismo tiempo adquirir experiencias que le permitan crecer cuantitativa y cualitativamente.

La posibilidad de la subcontratación parcial y sus condiciones deben estar previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El poder adjudicador debe velar porque el contratista cumpla con el pago hacía el subcontratista, incluso se podrá prever en el pliego, y seguidamente en el contrato principal, que en caso de morosidad el poder

adjudicador pueda pagar directamente al subcontratista, entendiéndose que está haciendo un pago por cuenta ajena a éste, pero en lo que respecta a la relación contenida en el contrato principal se considerará un abono a cuenta.

Las anteriores medidas se refuerzan, a su vez, con la incorporación como criterio de solvencia, que hace la LCSP, en el sentido de que el adjudicatario del contrato tendrá que justificar el haber cumplido con los plazos establecidos por la normativa vigente, sobre pago a proveedores y subcontratistas (en la Ley 3/2004). Con estas medidas se trata de asegurar que el subcontratista (pyme) reciba el producto de su esfuerzo y gestión en tiempo oportuno, y en definitiva se persigue incentivar al sector de las pymes a mantenerse activo dentro del mercado de las compras públicas, por los diferentes medios que la legislación le ofrece.

En lo que respecta al segundo grupo de medidas relativas al acceso a la información, a la simplificación administrativa y a la contratación electrónica, en virtud de que estos aspectos también representaban una debilidad para el sector empresarial de las pymes, y convencidos que mejorándolos se contribuye a consolidar los objetivos estratégicos de las compras públicas; este trabajo se dedicó a estudiar como mecanismos para promover la participación de las pymes en el contexto de la contratación pública, el acceso de las pymes a la información de calidad y sin coste en la contratación pública.

En primer lugar analizamos el remozado perfil de contratante, como uno de los principales instrumentos que regula la LCSP para asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los distintos actos y fases de la tramitación de los procedimientos vinculados a los contratos públicos, y por lo tanto para la garantía del derecho de acceso a la información de los operadores económicos, y principalmente de las pymes. Debido a que a través de este perfil se garantiza la obligación general de publicación de los actos vinculados a los contratos públicos, por lo tanto se materializan los principios de publicidad y transparencia, en obsequio de los operadores económicos en la contratación pública, y al mismo tiempo se garantiza el derecho fundamental de acceso a la información pública de todos los ciudadanos en cuanto a la información general que deben suministrar los poderes adjudicadores sobre los contratos públicos que celebren.

La garantía del cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, de la que hablamos antes, se ve complementada con el sistema central oficial de información sobre la contratación pública en España, organizado por la Administración General del Estado a través del registro de contratos del sector público (ROLECE) que se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Por último, sobre el tema del acceso a la información sencilla y fácil, muchas veces pasa inadvertido la utilización del vocabulario común de contratos públicos (Código CPV), para unificar el lenguaje contractual y permitir la participación de operadores económicos de distintas naciones, que pasa a ser obligatorio. Con este sistema se unifica la identificación de servicios, obras y suministros a través de una nomenclatura codificada, jerárquicamente estructurada, separada en divisiones, grupos, clases, categorías y subcategorías, aplicables a todos los contratos públicos a escala comunitaria europea. En virtud de ello es evidente que este sistema de codificación contribuye a elevar la garantía de la transparencia, la accesibilidad al mercado y la concurrencia, en especial de las pymes, con independencia de su procedencia, ya que podrán conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés lo que le ofrece el mercado; derrumbando con ello las barreras del idioma y de la distancia.

En cuanto a las medidas de simplificación y reducción de las cargas administrativas para promover la participación de las pymes en las compras públicas, se revisó la nueva concepción de la tradicional declaración responsable, como forma simplificada de acreditar los requisitos de capacidad, solvencia y otros requisitos en la contratación, que deberá ser presentada a través del Documento europeo único de contratación (DEUC); constituyendo éste, como lo señaló acertadamente el profesor MORENO MOLINA⁵⁶⁸, la principal *“medida de simplificación procedimental y de reducción de cargas administrativas para el impulso de las pymes en la contratación pública”* que asumió la LCSP.

La presentación obligatoria de la declaración responsable en los procedimientos de contratación pública, y por lo tanto su incorporación y regulación en los pliegos o documentos de contratación respectivos, conjuntamente con la obligatoriedad de utilización del formulario del DEUC como medio de prueba preliminar en el que se vierte aquella declaración, esto es, donde el operador económico certifica que no se

⁵⁶⁸ MORENO MOLINA, J.A., (2018) *Una nueva contratación...op. cit.*, p. 46

encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido del procedimiento de contratación pública, que cumple con los criterios de selección pertinentes, así como, cuando proceda, con las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con el fin de limitar el número de candidatos cualificados a los que se invite a participar; resulta de gran ayuda para los operadores económicos y especialmente para las pymes.

La simplificación y la revisión de los procesos administrativos deben constituirse en una actitud constante en el seno de los órganos públicos, y convertirse en filosofía de la gestión pública. Constituyéndose en un principio garantista para las pymes, preservándole un derecho fundamental; brindándole la posibilidad cierta de su participación en dichos procedimientos licitatorios, y por último, a partir de lo anterior, para que pueda seguir contribuyendo al crecimiento sostenible de la economía nacional y de Europa.

Por último, dentro de un sistema de compras públicas estratégicas que pretenda generar mecanismos para facilitar la participación de las pymes, era imprescindible referirse a la contratación electrónica. La contratación pública electrónica es *“la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de las instituciones gubernamentales y demás organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas” (...)* *“La contratación electrónica puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales”*⁵⁶⁹. La primera y más importante conclusión sobre este punto, es que la implementación de medios electrónicos y telemáticos en la actualidad tiene carácter obligatorio, esto quiere decir que no se puede seguir difiriendo su uso extendido, porque así lo determinó la Directiva 2014/24/UE , lo ratificó definitivamente la LCSP, y se complementa con la Ley 39/2015, entre otras.

Es por ello que en la actualidad se observa dentro de las disposiciones de la ley, una serie de normas que contienen menciones a elementos electrónicos y telemáticos

⁵⁶⁹ Según el Libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, de 18 de octubre de 2010 (COM/2010/0571 final). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ES:PDF> consultado el 20 de agosto de 2018

asociados a los procedimientos de contratación pública. Efectivamente se regulan las comunicaciones por vía electrónica (Arts. 135 y 138 LCSP), los anuncios de licitación y las notificaciones electrónicas (Arts. 151 y 154 LCSP), se habla de los archivos electrónicos (Art. 157 LCSP), se determina que las ofertas deben ser presentadas por vía electrónica (Art. 163 LCSP), aparecen las subastas electrónicas (Art. 143 LCSP), los sistemas dinámicos de adquisiciones (Art. 223 LCSP), las centrales de contratación (Art. 227 LCSP), el perfil de contratante (Art. 63 LCSP) y la Plataforma electrónica de contratación del sector público (Art. 347 LCSP), los e-certis (Disp. A. 35º LCSP), la interoperabilidad (Art. 337.4 LCSP); así como la factura electrónica para ayudar a agilizar los trámites administrativos y contribuir con la disminución de la morosidad (Ley 25/2013 y la Directiva 2014/55/UE), entre otros. Todo este cúmulo de componentes constituyen un gran sistema compuesto por elementos de la tecnología de la información y comunicación, que presionan estratégicamente para transformar a aquel tradicional esquema, y así convertirlo en un vehículo ágil, brillante y eficiente, en el que mejore su operatividad general, para brindar seguridad jurídica, mayores mecanismos de control y mejores estímulos a los sectores excluidos o que presentan cierta debilidad, para que participen con confianza y contribuyan en su perfeccionamiento.

Si el sistema opera de forma coordinada, interrelacionado y eficiente, se garantizará, sin dudas, el aumento progresivo y sostenible de las pymes en la contratación pública, lo que elevará la competencia, y en definitiva la calidad de los servicios, bienes y obras, que debe garantizar el poder adjudicador. En definitiva concluimos que todas las medidas analizadas, no constituyen un mero proteccionismo estatal, sino que se trata de la implementación de enormes políticas públicas estratégicas para desarrollar un sector de la economía que en definitiva ayudará al desarrollo sostenible de todo el Estado.

Aún falta mucho recorrido, porque todavía se cuenta con debilidades considerables, como la complejidad de la LCSP, el diseño de un sistema estratégico que no cuadra dentro de los esquemas tradicionales, la profundización de la profesionalización de los funcionarios dedicados a la contratación pública y la inversión estatal decidida en los medios electrónicos para consolidar el sistema de la contratación electrónica.

No obstante, puede haber más o menos regulación, podemos observar normas mejores que otras, pero lo más importante, la clave de bóveda atiende a la conducta que adopte el personal llamado a aplicar y ejecutar la norma, con absoluta conciencia y racionalidad, ya que en sus manos está la posibilidad de ser cada día mejores.

BIBLIOGRAFIA

1. ALBILLOS FERNANDEZ, MARIA LUISA, ALONSO PRADA, VICTOR, ALVAREZ HERRANZ, BEATRIZ, y otros (2018), *Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público*, Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.), Thomson Reuters, Pamplona.
2. ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE (2003), *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
3. ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep. (2012). “LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS” en *el impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: Aspectos Generales y Sectoriales*. Colección: Atelier Administrativo. Barcelona-España. p.149.
4. ALONSO-ALEGRE, GERMAN (2009), *Manual de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad*, Barclays, Madrid.
5. ALONSO PRADA, VICTOR E., (2018) Comentario Artículo 101, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) *Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público*, AAVV, Thomson Reuters, Navarra.
6. ALVAREZ CHAMOSA, María Lidia (2016), “El Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos (INGETYP): Centralización sancionatoria de funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales por irregularidades en trámites administrativos”, publicado en el Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. (BEDA) N° 1, Caracas, ISSN: 2477-9520, disponible en:[http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/BEDA/Numero%201%20\(2016\)/BEDA%201%20003%20-%20El%20Instituto%20Nacional...%20MLA%20\(1\).pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/BEDA/Numero%201%20(2016)/BEDA%201%20003%20-%20El%20Instituto%20Nacional...%20MLA%20(1).pdf) página consultada el 6 de abril de 2018.

7. AMAYA NAVAS, OSCAR (2012), *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá
8. ARAUJO JUAREZ, JOSE (1991), “El Procedimiento Administrativo y Los Contratos de la Administración”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas.
9. _____ (2008), “Derecho Administrativo”, Parte General, 1º edición, 1º reimpresión, Ediciones Paredes, Caracas.
10. _____ (2011), *Derecho Administrativo general. Acto y contrato Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas.
11. _____, “Derecho administrativo venezolano. Aproximación a su construcción científica” p. 22, disponible en: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derechoadmin/1_boletin/JOSE_ARAUJO_JUAREZ.pdf (página consultada el 7 de abril de 2018).
12. AYMERICH CANO, CARLOS (2015), *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*. Aranzadi, Cizur Menor.
13. _____ (2013), “Crisis económica y contratación pública”. en J. José Pernas García (Dir.) *Contratación Pública Estratégica*, Editorial Aranzadi, Madrid.
14. _____ (2000), “Condições sociais e cotratación pública”, en *Anuario da Facultade de Dereito Da Universidade da Coruña*, Nro. 4, A Coruña.
15. _____ (2000), “Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares”, en Fernando Sosa Wagner (Dir.), *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Madrid.

16. BADELL MADRID, RAFAEL (2002), *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*, Editorial Torino, Caracas.
17. _____ (2006), “Régimen general de las concesiones administrativas en Venezuela”, en *El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI*, Colección de estudios jurídicos Universidad Monteavila 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
18. BARBERO NAVARRO, JOSE LUIS Y SÁNCHEZ, LUIS (2006), *PYMES en España*, Fundación EOI Empresas. Madrid.
19. BARBERO NAVARRO, JOSE LUIS (2006), “Factores de crecimiento de las Pymes españolas”. Fundación EOI.
20. BARNES JAVIER (2011), “Hacia Procedimientos Administrativos de Tercera Generación”, en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos. III Congreso de Derecho Administrativo*, Primera edición, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas
21. _____ (2013), “¿Hacia un supraconcepto o régimen de contratación administrativa como categoría comprensiva de la contratación pública y privada? principios y valores jurídico-administrativos en tránsito”, *En Contratación pública. Doctrina nacional e internacional*, Volumen II, Adrus editores, Arequipa.
22. BARRIO GARCIA, GONZALO (2013), “Contratación pública y pymes. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública”, en J. José Pernas García (Dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Editorial Aranzadi, Madrid.
23. BATET JIMÉNEZ, MARIA PILAR (2015), “Reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos”, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 31/08/2015, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.204/relcategoria.208/reلمenu.3/chk.b7974fb7df44f87104b46ceed0094915>, página consultada el 23 de enero de 2017.

24. _____ (2016), *Guía de contratación pública para pymes*, Editorial jurídica Sepín, Madrid.
25. _____ (2017), “La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes”, en *Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 23, Wolters Kluwer, Madrid, disponible en: <http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTC3NLI7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDQyOwQGZapUtkhlQaptWmJOcSoAp2kl7jUAAAA=WKE>, consultada el 17 de marzo de 2018
26. BENAVIDES, JOSÉ LUIS (2008), “Principios generales de la contratación estatal”, en *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Colección Estudios, Junta de Castilla y León, Valladolid y Salamanca.
27. _____ (2014), en Marcos Morales Tobar (Coord.), “La contratación pública en los TLC de América, en Análisis y actualidad del Derecho Administrativo”, Universidad Andina Simón Bolívar e Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social, Quito.
28. BERMEJO VERA, JOSE (2010), “El principio de seguridad jurídica”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid.
29. BERNAL BLAY, MIGUEL ANGEL (2008), “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico núm. 10, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza.
30. BLANCO LÓPEZ, FRANCISCO (2013), División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 13/05/2013, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.101/recategoria.12>

[1/relmenu.3/chk.f6a576c821f2042c29566cb780cd9c25](http://relmenu.3/chk.f6a576c821f2042c29566cb780cd9c25), consultada el 15 de noviembre de 2015.

31. BREWER CARIAS, ALLAN (1992), *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
32. _____ (2003), *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis, Bogotá.
33. BUITRAGO RODRIGUEZ, MARIANA (2016), “Las Pyme y su vinculación con la Constitución de la República y el derecho mercantil venezolano”, en *Revista Saber, Visión Gerencial*, Núm. 02, Universidad de los Andes, Mérida, disponible en: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/visiongerencial/article/view/77488>, consultada el 10 de enero de 2018.
34. BURILLO SANCHEZ, FRANCISCO JAVIER (2017), “Las entidades de economía social como principales beneficiarias de la innovación social en la contratación pública”, en Belén García Romero y María Pardo López (Dir.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
35. CABALLERO RODRIGUEZ, JORGE (2015), “Digitalización de la pyme española” Fundación EOI, Madrid.
36. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (2008), *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Eliasta. 19ª. Ed. Buenos Aires.
37. CAMPOS, CONCEPCION (2018), “5 Medidas para fomentar la contratación pública con PYMES”, disponible en: <http://concepcioncampos.org/5-medidas-para-fomentar-la-contratacion-publica-con-pymes/>, consultada el 10 de enero de 2018.
38. CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2015), “A las puertas de la administración digital. Una guía detallada para la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015”, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), ISBN: 978-84-7351-561-0, disponible en:

(https://books.google.co.ve/books?id=FTsGDgAAQBAJ&pg=PT248&dq=la+simplificacion+administrativa&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi_hpzKnaAhUDj1kKHRfXBVI4ChDoAQhVMAk#v=onepage&q=la%20simplificacion%20administrativa&f=false), consultada 6 de abril de 2018.

39. COLLADO CUETO, LUIS ANGEL (2014), “Bases estructurales de la economía española: población, recursos naturales y capital”, en *Economía Española. Estructura y regulación*, Ediciones Paraninfo, S.A., 2da edición, Madrid.
40. CANONICO SARABIA, ALEJANDRO (2014), “La contratación pública por medios electrónicos”, en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *Temas relevantes sobre los Contratos, Servicios y Bienes Públicos*, Editorial Jurídica Venezolana y CAJO, Caracas.
41. _____ (2014), “El Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas”, en *Revista Galega de Administración Pública, REGAP Nro. 48*, Escola Galega de Administración Pública EGAP, disponible en: [http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/\[1441181134\]REGAP_48.pdf](http://egap.xunta.es/Documentos/Publicacions/[1441181134]REGAP_48.pdf), consultada el 10 de enero de 2018.
42. _____ (2015), “El compromiso de responsabilidad social en el Decreto Ley de Contrataciones públicas”, *Revista de Derecho Público Nro. 140*, Editorial jurídica venezolana, Caracas.
43. _____ (2016), “Marcha atrás en la contratación pública venezolana: de cómo se pretenden violentar los principios de transparencia, honestidad, competencia y publicidad”, en *Contratación Administrativa Práctica, N° 144*, Sección Reflexiones, El Consultor Contratación Administrativa, Editorial La Ley, disponible en: <http://consultorcontratacionadministrativa.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjUwtjC7Wy1KLizPw8WyMDQzMDcwMzkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAOBCyss1AAAAWKE>, página consultada el 13 de mayo de 2017.

44. _____ (2016), “El problema del fraccionamiento prohibido en la contratación pública venezolana”, En el *Libro de Actas 2016 de las IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Universidad de la Coruña-España, _____ disponible en: https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2016/03/alejandro_canonico_sarabia.pdf , página consultada el 16 de junio de 2017.
45. _____ (2016), “Aproximación al estudio del control no jurisdiccional en la contratación pública venezolana”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Caracas, disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/7/rvlj_2016_7_533-566.pdf, página consultada el 16 de junio de 2017.
46. CARDONA LABARGA, JOSE MARIA (1988), *Crear y Sobrevivir, Cómo evolucionan y prosperan las empresas*, Ediciones Díaz de Santos. S.A., Madrid.
47. CARLON RUIZ, MATILDE (2010), “El principio de proporcionalidad”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid.
48. CASTRO MARQUINA, GONZALO (2017), “La división en lotes: Panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas directivas sobre contratación pública”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 49-50, Zaragoza.
49. CHINCHILLA MARÍN, CARMEN (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I)”, en Miguel Sánchez Morón (Dir.), *Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas, en el Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid.
50. COMADIRA, Julio (2005), “La licitación pública en los contratos administrativos”, AA.VV, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, Tomo I, Funeda, Caracas.
51. CULSHAW, FABIANA (2012), Pymes venezolanas con potencial de «punta de lanza», en *DEBATES IESA*, Volumen XVII, Número 4, disponible en:

<http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/04-12culshaw.pdf>, página consultada el 10 de julio de 2018.

52. DELPIAZZO, CARLOS (2013), “De los tres tránsitos de la contratación pública”, *Revista de Derecho Público*, Año 22, Número 44, disponible en: http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/44/archivos/03_Delpiazzo.pdf, página consultada el 10 de agosto de 2018.
53. DE PEDRO ROBLES, PEDRO (2004): “Los valores superiores en el marco de la Constitución de 1999”. *Ensayos de Derecho Administrativo*. Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.
54. DIEZ ALGUACIL, IVAN y SUBIRAMA DE LA CRUZ, SILVIA (2018), *Ley de contratos del sector público: preguntas y respuestas*, Aranzadi, Navarra.
55. DIEZ SASTRE, SILVIA (2018), “Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable, en *La nueva ley de contratos del sector público*, Editorial Iuris Utilitas, A Coruña.
56. DURÃO, PEDRO (2016), *Licitación Pública. Parámetro y Supranacionalidad de conformidad con las normas vigentes en: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, España, Francia, Inglaterra, Italia y Portugal*. Editorial Juruá. Lisboa.
57. ESCRHUELA MORALES, FRANCISCO JAVIER (2014), *Guía práctica de la contratación del sector público*, La Ley, 3era. edición, Madrid.
58. FAIRFLIE REINOSO, ALAN y BACA QUIROZ, LUCY (2002), “Las pequeñas y medianas empresas en Perú”, En *pequeñas y medianas empresas industriales en América latina y el Caribe*, Primera edición, Siglo veintiuno editores, CEPAL, México.
59. FERNANDEZ FARRERES, GERMAN (2008), “Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público” en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, editado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y el Instituto Fernando el Católico, Madrid.

60. FERNANDEZ, LIOSANYN (2013), en *El Contrato Marco en los Procesos de Contratación de la Industria Petrolera*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas.
61. FERNANDEZ RAMOS, SEVERIANO y PÉREZ MONGUIO JOSE MARIA (2017), en *El derecho al acceso a la información pública en España*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
62. FLEITMAN, JACK (2000), *Negocios Exitosos: cómo empezar, administrar y operar eficientemente un negocio*, Mc Graw Hill Interamericana Editores, México.
63. GALINDO LUCAS, ALFONSO (2005), *El tamaño empresarial como factor de diversidad*, publicación electrónica, disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2005/agl3/1c.htm>, página consultada el 8 de febrero de 2018.
64. GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (2011), “El Derecho de la contratación pública en los países bajos”, en Miguel Sánchez Morón (Dir.), *El Derecho De Los Contratos Públicos En La Unión Europea y Sus Estados Miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid.
65. _____, (2016) “La subastas electrónicas en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales”, en Revista contratación administrativa práctica, núm. 144, Sección Informe de Jurisprudencia, julio 2016, Editorial la Ley, Madrid.
66. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1984), *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Editorial Civitas, Madrid.
67. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ, TOMAS RAMÓN (2006), *Curso de Derecho Administrativo I*, La Ley, 1era. Edición Argentina, Buenos Aires.
68. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ta. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra.

69. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (1997), *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, Madrid.
70. _____ (2004), *Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid.
71. GIMENO FELIU, JOSE MARIA (2010), “El Principio de Eficencia”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid.
72. _____ (2013), *Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante*, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 18/03/2013, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.93/recategoria.121/reلمenu.3/chk.0fe789768ad34784c3d04cd3f37f7a9f>, página consultada el 16 de febrero de 2016.
73. _____ (2013), “Compra pública estratégica”, en J. José Pernas García (Dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Editorial Aranzadi, Madrid.
74. _____ (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)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor-Navarra.
75. _____ (2015), Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de los contratos públicos. La necesidad del think tank (ObCP), publicación electrónica 03/09/2015, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.207/recategoria.208/chk.abb45fb904a4d5ef90ebb37dcd169492>, página consultada el 29 de julio de 2017.
76. _____ (2015), *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española, Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en *Las nuevas directivas de contratación*

- pública*, Observatorio de contratos públicos, Número monográfico especial 2015, Thomson-reuters, Cizur-Menor Pamplona.
77. _____ (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”, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 09/02/2016, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/reلمenu.3/chk.4a30670fc07c63b53f7cecc2e60ad8dd>, página consultada el 16 de febrero de 2016.
78. _____ (2017) “Las novedades del proyecto de Ley de contrato del sector público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados”, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 28/07/2017, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.308/reلمenu.3/chk.33b1307605d9e74616e0de0d3de5956d> página consultada el 13 de abril de 2018
79. GUERRERO MANSO, MARIA DEL CARMEN (2017), “La necesaria revisión del artículo 115 del proyecto de ley de contratos del sector público”, en José María Gimeno Feliú (Dir.) *Observatorio de los Contratos Público 2016*, Aranzadi, Pamplona.
80. HERNÁNDEZ- MENDIBLE, VÍCTOR (2001), “El Derecho Administrativo en la Sociedad de la Información (Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática)”, en *Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de Especialización en Derecho Administrativo*, Estudios de Derecho Administrativo, Vol. II, Caracas
81. _____ (2006), “Diez propuestas para la financiación de las obras públicas”, En *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, Tomo II, Funeda, Caracas.

82. _____ (2009), “La responsabilidad social en la Ley y el Reglamento de contrataciones públicas”, en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*, Tomo II, Paredes, Caracas.
83. _____ (2011), “Los avances y problemas de la contratación con el Estado”. En Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66, /ISSN 0251- 3420, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085263.pdf>, página consultada el 10 de agosto de 2017.
84. _____ (2014), “El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el mercosur”, en Carlos Tablante y Henry Jiménez Guanipa (Dir.), *Petróleo: bendición o maldición*, La Hoja del Norte, Caracas.
85. IGLESIAS PIÑA, DAVID y RAMIREZ HERNANDEZ, JESUS JAVIER (2008), “La formación de sistemas productivos locales”, en *Revista Teoría y Praxis*, N° 5, Universidad de Quintana Roo, Mexico, pp. 51-67, disponible en: <http://www.teoriaypraxis.uqroo.mx/doctos/Numero5/Iglesias-Ramirez.pdf>, página consultada el 2 de febrero de 2018.
86. IGLESIAS REY, PATRICIA (2018), “Transparencia en la contratación pública”, en *Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
87. JINESTA LOBO, ERNESTO, MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, NAVARRO NEDAL, KARLOS Y RODRIGUEZ ARANA, JAIME (2011), *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas, (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, Ediciones Guayacán, Konrad Adenauer Stiftung, San José.
88. JINESTA LOBO, Ernesto (2009), "Administraciones Públicas Electrónicas: Retos y Desafíos para su regulación en Iberoamérica", en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, Conmemoración Internacional del Centenario*

de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas

89. _____ (2015), “La contratación pública sustentable (Costa Rica)”, en *Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana*, Derecho público global, Bubok Publishing S.L.
90. LINARES MARTÍNEZ, AURILIVIS (2012), “Los Principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas”, en *Ley de Contrataciones Públicas*, Colección Textos Legislativos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, 3era. Edición, Caracas.
91. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (2010), “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la Ley 30/1992: El régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14. Ed. Julio-diciembre. pp. 118-122, disponible en: <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/28828/La%20transposici%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%20de%20Servicios.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, página consultada el 8 de abril de 2018.
92. LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (1997), “Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al ambiente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 95, Civitas, Madrid.
93. LOPEZ ZURITA, LUCIA (2017), “La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública”, en *Documentación Administrativa*. Nueva época, núm. 4, enero-diciembre 2017, INAP, pp. 146-150, disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=705>, página consultada el 8 de abril de 2018.
94. LORENZO DE MEMBIELA, JUAN (2009), “Democracia, gobernanza y desarrollo sostenible en la nueva gerencia pública”, en *Revista Aragonesa de administración pública* n° 34, pp. 325-341, disponible en: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm>

[%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_34/09%20Membriela.pdf](#),
página consultada el 19 de mayo de 2018.

95. LOZANO CUTANDA, BLANCO y FERNANDEZ PUYOL, IRENE (2018), “Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, editado por Gómez-Acebo y Pombo, Madrid, edición digital, p.7, disponible en:<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/novedades-en-materia-de-subcontratacion-en-la-ley-9-2017-de-contratos-del-sector-publico.pdf> página consultada el 19 de agosto de 2018.
96. MANCILLA I MUNTADA, FRANCESC, (2018) Comentario Artículo 150, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público, AAVV, Thomson Reuters, Navarra.
97. MARTÍN DELGADO, ISAAC (2017), “Introducción. La reforma de la administración electrónica: hacia una nueva autentica innovación administrativa”, en *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública, Serie Innovación Administrativa, Madrid.
98. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, JOSE MANUEL (2015), Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación, Observatorio Contratación Pública (ObCP), publicación electrónica 22/06/2015, disponible en:<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.199/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c5bde66cf07d647d9f2f3a90febac2d2> página consultada el 10 de julio de 2017.
99. MARTÍNEZ GUTIERREZ, RUBÉN (2015), “La contratación pública electrónica, análisis y propuesta de transposición de las directivas comunitarias de 2014”. Valencia.
100. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, RUBEN (2014), “Contratación pública y sostenibilidad Capítulo 16”, en *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y*

de políticas públicas (Dir. Roberto O. Bustillo Bolado y María Fuensanta Gómez Manresa), Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

101. MARTÍNEZ LÓPEZ, ELENA (2017), “UF1819: Proyecto y viabilidad del negocio o microempresa.”. IC editorial. Málaga. 2da edición p. 7 ISBN: 978-84-17343-71-2, _____ disponible en: https://books.google.co.ve/books?id=eTBMDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=UF1819:+Proyecto+y+viabilidad+del+negocio+o+microempresa&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj2_cS03YraAhVGTt8KHd4_BjUQ6AEIMDAC#v=onepage&q=UF1819%3A%20Proyecto%20y%20viabilidad%20del%20negocio%20o%20microempresa&f=false, página consultada el 26 de julio de 2018.
102. MEDINA ARAIZ, TERESA (2016), “Hacia una contratación pública electrónica: el uso del documento europeo único de contratación”, en *Revista Gabilex*, núm. 8, 4to. trimestre de 2016, p. 16, disponible en: http://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/articulo_individual_teresa_medina.pdf, página consultada el 18 de mayo de 2017.
103. _____ (2012), “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista española de derecho administrativo*, N° 153, Civitas. Madrid.
104. MEILÁN GIL, JOSE LUIS (2008), *La estructura de los contratos públicos: normas, acto y contrato*, Editorial Iustel, Madrid.
105. _____ (2011), *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-Iustel, Madrid.
106. _____ (2015) “Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, N° 198, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
107. MENDEZ RIVAS, CHARO (2010), “Una lectura sociológica del tema responsabilidad social empresarial desde Venezuela”, en Tomas Páez (Comp.) en *Responsabilidad social empresarial: XIX seminario internacional AISO*, Editorial CEC, SA, Caracas.

108. MOLES CAUBET, ANTONIO (1974), *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho, Caracas.
109. MORAGA KLENNER, Claudio (2009), *Contratación Administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
110. MORALES-ANTONIAZZI, MARIELA (2012), “¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela”, *En Revista de Derecho Público Nro. 128*, Editorial jurídica venezolana, Caracas.
111. MORANDI, V (2010), “Responsabilidad social empresarial”, en Tomas Páez (Comp.), *Responsabilidad social empresarial: XIX seminario internacional AISO*, Editorial CEC, SA, Caracas.
112. MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO (2006), *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete.
113. _____ (2012), “La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública”, publicado el 23 de abril de 2012, disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/recategoria.121/reلمenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>, página consultada el 16 de mayo de 2018.
114. _____ (2015), *El nuevo derecho de la contratación pública de la unión europea. directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Stanton Harcourt.
115. _____ (2016), Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?, disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/reلمenu.3/chk.a01a7d67e9593c46e77e7d773daf4e4a?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=6924157fa8
[Newsletter_ABR_20160503&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-6924157fa8-400028233&ct=t\(Newsletter_ABR_20160503\)](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/reلمenu.3/chk.a01a7d67e9593c46e77e7d773daf4e4a?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=6924157fa8) página consultada el 20 de junio de 2018.

116. _____ (2018), *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Editorial Bomarzo, Albacete.
117. MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO, PUERTA SEGUIDO, FRANCISCO., PUNZÓN MORALEDA, JESUS y RAMOS PÉREZ OLIVARES, ALFREDO (2016), *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Wolters Kluwer, Madrid.
118. NAVARRETE, MARIA JOSE y ARGUEDAS, LUIS (2015), *Gestión de la documentación jurídica y empresarial*, Editorial Editex. S.A., Madrid.
119. NÚÑEZ LOZANO, MARIA DEL CARMEN (2011), “La Trasposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, Ed. Nro. 79/2011, Enero-Abril, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
120. OTERO VARELA, JUAN MANUEL (2017), “Los Objetivos del desarrollo sostenible y la contratación pública”, en Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Dr.), *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid.
121. OLLERT RUBERT, MARTA (2010), “La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Volumen I, nro. 1, Generalitat de Catalunya. Universitat Rovira i Virgili, Barcelona.
122. ORJUELA CODOBA, SANDRA PATRICIA (2017), Responsabilidad social empresarial y sostenibilidad en el sector energético. Construyendo el futuro, en Luis F. Moreno Castillo y Víctor R. Hernández-Mendible (Coods.) *Derecho de la energía en América latina*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
123. PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (2018) “Marco general de la utilización de medios tecnológicos en la contratación administrativa,” en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona.

124. PARDO, MARIA DEL CARMEN (2016), “Una Introducción a la Administración Pública”, El colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México.
125. PAREJO ALFONSO, LUCIANO (1995), *Eficacia y administración. Tres estudios*, Ministerio para las administraciones públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
126. PERES, WILSON y STUMPO, GIOVANNI (2002), *Pequeñas y Medianas empresas industriales en América latina y el Caribe*, p. 545. ISBN: 968-23-2353-3, disponible en <https://books.google.co.ve/books?isbn=9682323533>, página consultada el 20 de agosto de 2018.
127. PERNAS GARCIA, JOSE (2011), *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid.
128. PERNÍA-REYES, MAURICIO RAFAEL (2014), “El impacto de la ley de simplificación de trámites administrativos en venezuela: balance y perspectivas”, disponible en: https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/mauricio_rafael_ernia-reyes.pdf, página consultada el 6 de abril de 2018.
129. PINTO SANTIAGO, JAIME (2017), *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación público*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Colección Monografías, Madrid.
130. _____ (2018), “La contratación pública electrónica obligatoria ha llegado para quedarse”, *Las consecuencias electrónicas de la nueva ley de contratos del sector público: Código electrónico práctico de la ley 9/2017, de 8 de noviembre*, Punto rojo libros, Sevilla.
131. PRIETO SILVA, ENRIQUE (2013), *Derecho y Economía del Ambiente y de los Recursos Naturales*, Editorial Cuzom, 5ta. Edición, Caracas.
132. RAMIREZ, PABLO y GONZALEZ, PABLO (2005), *Diccionario de Ciencias Ambientales y Desarrollo Sustentable*, Colección Minerva, Los Libros de El Nacional y la Universidad de Oriente, Caracas.

133. RASTROLLO SUAREZ, JUAN JOSE y GARCÍA JIMENEZ, ANTONIO (2015), “Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana.” en *OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. Número Monográfico Especial. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Editorial ARANZADI, Madrid.
134. RAZQUIN LIZARRAGA, MARÍA MARTÍN (2015), *El derecho de acceso a la información pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi.
135. _____ (2015), “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, Enero-Abril 2015, *RAP* n.º 196, disponible en: file:///C:/Users/canonico/Downloads/Mart%C3%ADn_Mar%C3%ADazquin_Lizarraga_RAP196.pdf página consultada el 15 de abril de 2018.
136. RAZQUIN LIZARRAGA, MARÍA MARTÍN Y VASQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2017), *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona.
137. REBOLLO PUIG, MANUEL (2010), “Los principios generales del derecho”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, la Ley, Madrid.
138. RIVERO ORTEGA, RICARDO (2012), *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid.
139. _____, *Mejora regulatoria para la creación de pymes en Castilla y León*.
140. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME (2005), *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*, Editorial Sherwood, Caracas.
141. _____ (2008), “Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia administrativa española”, en *Revista Andaluza*

de Administración Pública, Nro. 70/2008, Abril-Mayo-Junio, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

142. _____ (2012), *Interés general, Derecho Administrativo y estado de bienestar*, Iustel, Madrid.
143. _____ (2013), “Compra pública estratégica” en *Contratación Pública Estratégica*. Editorial Aranzadi, Pamplona.
144. _____ (2017), “Introducción: Los principios generales del derecho global de la contratación pública”, en Jaime Rodríguez Arana (Dir.), *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
145. RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME y SENDÍN, MIGUE ÁNGEL (2009), “Derecho Administrativo Español. Acto administrativo, Procedimiento administrativo y revisión de la Actuación administrativa”. Editorial Netbiblo, S. L. tomo II. p. 147. ISBN 978-84-9745-449-0, disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/11911/9788497454490.pdf?sequence=2> , página consultada el 1 de abril de 2018
146. RODRIGUEZ ARANA, M.A., (2013) *Generalidades en Ley de Emprendedores. Aspectos Fiscales, Laborales, Mercantiles y Administrativos*, Editorial Aranzadi, Valladolid.
147. RODRÍGUEZ GARCÍA, ARMANDO (2009), “Los principios generales en el Derecho administrativo venezolano”, En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nro, 13, 2009, ISS: 1138-039X, pp. 659-677, disponible en: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7546/1/AD_13_art_30.pdf página consultada el 12 de febrero de 2017.
148. RODRIGUEZ MARTIN-RETORTILLO, MARIA DEL CARMEN (2017), “Fraccionamiento del contrato y división en lotes. posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21, A Coruña.

- 149.ROJAS MONTES, VERONICA VIOLETA (2013), “El principio de eficacia en las contrataciones públicas”, en *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, Adrus editores, Arequipa.
- 150.SANCHEZ CERON, Alejandro (2007), *Cómo Violar Las Normas de Contratación Estatal*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá.
- 151.SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL (1993), ”Los principios generales como objeto de investigación jurídica”, en *Los principios generales del Derecho*, Seminario de la sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Actas, Madrid.
- 152.SÁNCHEZ GONZÁLEZ, JOSE JUAN (2001), “La Administración Pública como ciencia, su objeto y su estudio”, México.
- 153.SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II), Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, en Miguel Sánchez Morón (Dir.), en *Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas, en el Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid.
- 154.SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima (2014), “Reformas en Materia de Administración Electrónica Aplicada a Reducción de Cargas Administrativas para la mejora del rendimiento de las PYME: Necesidad del tratamiento global de la descarga burocrática y la administración electrónica”, en *Separata del Boletín Oficial de los Ministerios de Hacienda y Función Pública y de Economía, Industria y Competitividad N° 11*, España.
- 155.SANCHIS PALACIO, JOAN RAMON y RIBEIRO SORIANO, DOMINGO, “Creación y Dirección de Pymes”. Ediciones Díaz de Santos. Madrid. p. 12
ISBN: 84-7978-397-4, disponible en:
<https://books.google.co.ve/books?id=c75EkND6JncC&printsec=frontcover&dq=CREACI%C3%93N+Y+DIRECCI%C3%93N+DE+PYMES&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj40KaM2IraAhWpSt8KHdfeASgQ6AEIJjAA#v=onepage&q=CREA>

- 156.SANJURIO GONZALEZ, CARMEN y RODRIGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMON (2018), *Los aspectos sociales en la contratación pública, Guía práctica para entidades del tercer sector social*, Ediciones Cinca, Madrid.
- 157.SANTAMARÍA SÁNCHEZ, JOSE MARIA, SÁNCHEZ GER, RODRIGO, ALMORZA GOMAR, DAVID (1997), *La Pequeña y Mediana Empresa desde una perspectiva Jurídica, Económica y Laboral*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz.
- 158.SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2014), “El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración jurídica”, en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *Temas relevantes sobre contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, Caracas.
- 159.SARTI, NESTOR ALFREDO (2005), *Contrataciones Públicas, Ad-Hoc*, Buenos Aires.
- 160.SAYAGUES LASO, ENRIQUE (2005), *La Licitación Pública*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires.
- 161.SCHLEMENSON, ALDO (2014), *Análisis Organizacional en Pymes y Empresas de Familia*, Granica, Buenos Aires.
- 162.SENDIN GARCIA, MIGUEL ANGEL (2013), “Cesión del contrato y subcontratación”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (coord.), *Contratación Pública. Doctrina nacional e internacional*, Volumen II, Adrus editores, Arequipa.
- 163.SOCIAS CAMACHO, JOANA (2013), “El nuevo modelo de intervención administrativa en el ámbito local”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. núm. 41-42. Zaragoza.

- 164.SOLER I MARCO, VICENT (2008), *Los Distritos Industriales, Como Una Oportunidad Competitiva en Los Distritos Industriales*, Fundación Cajamar, Colección de Estudios Socioeconómicos, Almería.
- 165.SUBIRANA DE LA CRUZ, SILVIA (2018) “Instituciones específicas”, en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona,
- 166.TOLOSA TRIBIÑO, CESAR (2008), “La Subcontratación en la Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas”, en *Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*. Editorial Lex Nova. Valladolid, España.
- 167.TORNOS MAS, JOAQUIN (2000), “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública. nro. 151. Enero-abril.* p. 46, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17491.pdf>, página consultada el 1 de abril de 2018.
- 168.VAZQUEZ GARRANZO, JAVIER (2018) “La factura electrónica”, en Alberto Palomar Olmeda (Dir.) *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Pamplona.
- 169.VAZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER (2017), “Smart Cities y contratación pública. Nuevo modelo derivado del actual giro ideológico”, en Martín María Razquin Lizarraga (Dir.) *Nueva contratación pública: Mercado y medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona.
- 170.VÉLEZ BEDOYA, ANGEL RODRIGO (2007), *Los Clásicos de la Gerencia*, Colección lecciones Facultad de Administración, Bogotá.
- 171.WIC GALVAN, LUISA, (2018) Comentario Artículo 221, en Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) *Comentarios a la nueva ley de contratos del sector público*, AAVV, Thomson Reuters, Navarra.

172. YBARRA PÉREZ, JOSEP ANTONI (2012), *La política industrial y la pyme en España: La relevancia del territorio industrial policy and smes in Spain: the importance of territory*”, en *Revista de Estudios Empresariales*. España, Segunda época, Número: 1, p. 28, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5089668.pdf>, página consultada el 30 de enero de 2018.
173. ZABLUDOVSKY, GINA (2000), “Burocracia”, en Laura Baca Olamendi, Judit Bokser-Liwerant, Fernando Castañeda y otros (Comp.), *Léxico de la Política*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Fondo de Cultura Económica, México.

REFERENCIAS NORMATIVAS

174. Asamblea Nacional Constituyente de Veezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453, de fecha 3 de marzo del año 2000.
175. Comisión Europea. Recomendación de la Comisión de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (96/280/CE). Bruselas.
176. Comisión Europea. Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE) Bruselas.
177. Consejo de Europea. Reglamento (CE) N° 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

