



Tesis Doctoral

**TRANSPARENCIA *versus* CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA COMO ANTÍDOTO CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

José Manuel Martínez Fernández

Directores

D. Francisco Sosa Wagner

D^a Mercedes Fuertes López

Catedráticos de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE LEÓN

2015

Agradecimientos

A mi familia, por su apoyo constante, en especial a mis padres, Pepe y Tina, que me han inculcado el valor del trabajo y la honestidad; a mi mujer, Pilar por su ayuda contante y a mis hijos, por el tiempo que les he robado para poder hacer este trabajo.

A mis maestros y amigos: Francisco Sosa Wagner, que desde el tercer año de la carrera me enseñó que en Derecho es más importante pensar que memorizar, y Mercedes Fuertes, de quienes sigo aprendiendo a reflexionar, cuestionar y proponer, siempre en positivo; durante los muchos años que me ha llevado hacer la tesis, incluido un cambio de tema, me han estimulado y animado de manera constante. También a mi preparador de oposiciones, Jaime Fernández Criado, que ha sido mi referente de trabajo e integridad en el servicio público; siempre sentiré no haber podido continuar su labor en la Diputación Provincial de León.

Al Ayuntamiento de Valladolid, que me ha permitido desarrollar un proyecto sobre contratación pública transparente y estratégica que considero un referente europeo: a mis compañeros, tanto a los habilitados nacionales como a los técnicos que durante más de un año estudiaron normas y experiencias de otras Administraciones para hacer esa normativa municipal y todos los que se esfuerzan en cada contrato a ponerla en práctica; y a la Corporación, que por unanimidad de todos los grupos municipales me encargaron dirigir ese trabajo y ahora aplican sin reparos. Ese ejemplo me permite asegurar que es posible alcanzar unas elevadísimas cotas de éxito en la lucha contra la corrupción.

A todos los autores que cito en esta tesis, muchos de ellos amigos, como Guillermo Yáñez, Javier Vázquez, José María Gimeno, Ricardo Rivero, Valentín Merino,..., y a los anónimos que dictan sentencias, resoluciones o informes desde diferentes organismos, cuyo trabajo en la lucha contra la corrupción es superior a los medios de que disponen. De todos ellos he sacado las enseñanzas para desarrollar este trabajo.

**TRANSPARENCIA VS CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA COMO ANTÍDOTO CONTRA LA CORRUPCIÓN.**

Sumario	Páginas
Acrónimos y abreviaturas utilizadas.....	5
INTRODUCCIÓN.....	9
I. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN	
1. Definición de «corrupción».....	11
2. Breve recorrido histórico sobre la corrupción.....	14
3. Algunos casos de corrupción en la España actual.	20
4. Percepción de la corrupción.....	26
5. Los mecanismos de la corrupción.....	32
6. El coste de la corrupción.....	37
7. Integridad y eficiencia en la contratación pública	40
II. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS TRANSPARENCIA COMO DATOS ABIERTOS.....	46
1. El principio de transparencia e igualdad de trato en la contratación pública	
A. Los principios de la contratación pública en la normativa y jurisprudencia comunitaria.	49
B. Transparencia e igualdad de trato	53
C. Aplicación del principio de transparencia a todos los contratos, en todas las fases de la contratación y todos los procedimientos.....	58
D. Modulación del principio de transparencia: proporcionalidad y conurrencia.....	64
E. Referencia a los principios comunitarios en los órganos consultivos y judiciales españoles.....	65
2. Transparencia y participación ciudadana. Transparencia Internacional. Leyes estatal y autonómicas de transparencia.	68
A. La transparencia como publicación de datos y acceso a la información.....	69
B. La ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.....	72
C. Las leyes autonómicas de transparencia.....	83
D. La organización no gubernamental Transparencia Internacional.....	84
III. MEDIDAS PRÁCTICAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EN ESPECIAL LA PREPARACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO y LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.	
1. Consideraciones generales y planteamiento doctrinales y de diferentes Instituciones y Organismos. Especial referencia a la contratación electrónica.	92
2. Propuesta de medidas concretas para mejorar la transparencia en los contratos públicos con cobertura en la normativa vigente y en el ALCSP.	118
A. FASE DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO.....	118

A.1. Programar e informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación del órgano de contratación, publicando anualmente los contratos que prevea celebrar a lo largo de cada ejercicio.....	122
A.2. Motivación y valoración precisa de la necesidad e idoneidad del contrato.....	124
A.3.- Precisión, amplitud y claridad de toda la información necesaria para participar en las contrataciones públicas.....	129
A.4. Restablecer la posibilidad de formular a legaciones los proyectos, pliegos y demás documentos precontractuales, y establecer un sistema ordinario, sistematizado y público al través del perfil de contratante, de resolución de dudas de los interesados sobre los procedimientos de contratación.	133
A.5. Utilización de la Plataforma de Contratación del Sector Público como perfil de contratante de todos los poderes adjudicadores, y su sistema de licitación electrónica para contratar en este formato.	137
A.6.- Establecimiento de prescripciones técnicas que garanticen la competencia efectiva.	140
A.7. Consultas previas al mercado “transparentes” para determinar el objeto de los contratos.....	146
A.8. Proporcionalidad, precisión y sencillez para acreditar la solvencia o clasificación de los contratistas.....	150
A.9. Señalamiento en los pliegos de las causas que serán objeto de exclusión de las ofertas.....	161
A. 10. Medidas para la prevención de los conflictos de interés.....	166
B. FASE DE LICITACIÓN-ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	173
B.1.- Minimizar el recurso a los procedimientos sin libre concurrencia y promover en ellos un concurrencia adecuada: procedimiento restringido, negociado sin publicidad, contratos menores, encomienda de gestión y contratos mixtos.	175
B.2.- Ampliar los plazos de presentación de ofertas sobre los mínimos legalmente previstos para facilitar la preparación de sus ofertas.	223
B.3.- Precisión y claridad de los criterios de valoración las ofertas y de sus fórmulas o método de puntuación, y adecuada elección y ponderación de los criterios, para asegurar elegir la oferta más ventajosa.....	226
B.4.- Concreción en los pliegos de las mejoras y variantes admisibles, y en su forma de valoración.....	264
B.5.- Actuaciones en el caso de concurrir ofertas anormales o desproporcionadas.....	277
B.6.- Actuación y carácter público de las Mesas de Contratación. Motivación precisa y publicada de la valoración de las ofertas.....	289
B.7.- Posibilidad de que los licitadores demuestren que los productos que ofertan cumplen de manera equivalente las exigencias técnicas del objeto de los contratos.....	297
B.8.- Subsanación de errores y petición de aclaraciones en las ofertas técnicas y económicas de los contratos.....	300
B.9.- Coordinación de los principios de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso a los expedientes de contratación con la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores.....	312
B.10.- Apertura de una fase de alegaciones a todas las actuaciones de la Mesa de contratación.....	324
C. FASES DE EJECUCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.....	328
C.1.- Control material de la ejecución. Generalización de la figura del responsable municipal de contrato y regulación de sus actuaciones.....	331
C.2.- Regulación precisa e interpretación restrictiva de las modificaciones de los contratos.....	335
C.3.- Control del mantenimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la parte que corresponda.....	351

C.4.- Controlar la eficiencia en los casos de posible sucesión de empresa con «subrogación laboral»; evitar incurrir en «cesión ilegal de trabajadores» y ficción de contrato laboral; vigilar el cumplimiento de las obligaciones sociales, tributarias y de seguridad y salud laboral de los adjudicatarios en relación con los trabajadores que ejecuten los contratos.....	387
C.5.- Transparencia y protección de datos en la ejecución de los contratos.....	404
C.6.- Precisión en los pliegos, para los supuestos en los que la Ley permite acudir al arbitraje, sobre qué cuestiones, con qué alcance y ante qué organismo, se podrán resolver arbitralmente controversias surgidas en la fase de ejecución de los contratos.....	410
C.7.- Comprobación material de la adecuada ejecución del contrato, con la preceptiva asistencia de la Intervención.....	412
C.8.- Regulación precisa de las obligaciones en la fase de ejecución de los contratos, especialmente las actuaciones previas a la resolución de los contratos, la reversión, y las medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de lo contratado.....	419
C.9.- Publicidad de la actividad contractual.....	431
 IV. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	436
1. Mejora de la transparencia.....	442
2. Mayor profesionalización de los intervinientes en el proceso.....	454
3. Reforzar los controles internos y externos.....	463
4. Depurar de responsabilidades.....	487
 V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	493
Bibliografía citada.....	501

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS:

AGE Administración General del Estado

ALCSP anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público (texto publicado de marzo de 2015)

ATARC Acuerdo del Tribunal de Recursos Contractuales

Aptdo. Apartado

Art./Arts. Artículo/Artículos

Arz. Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)

Cap. capítulo

CCAA Comunidad Autónoma

CC Código Civil

Cdo. Considerando

CE Constitución Española de 1978

CESE Consejo Económico y Social del Estado

Cit. Citado/a

COSITAL Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local

CCAA Comunidad Autónoma

Coord. coordinado

D Decreto/Directiva

DGT Dirección General de Tributos

DA Disposición adicional

DF Disposición transitoria

DT Disposición final

Ed. Editorial.

EELL Entidad local

FHE Funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional

INAP Instituto Nacional de Administraciones Públicas

IJCCA (E) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (del Estado)

IGAE Intervención General de la Administración del Estado

INAP Instituto nacional de Administración Pública

FEMP Federación Española de Municipios y Provincias

FJ Fundamento jurídico

JCCA (E) Junta Consultiva de contratación Administrativa (del Estado)

JCP Junta de Contratación Pública (Navarra)
JRCA Junta Regional de Contratación (de Murcia)
JSCA Junta Superior de Contratación Administrativa (CCAA de Valencia)
L Ley
LBRL Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LDC Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16/1989, de 17 de julio.
LCAP Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas,
LCE Ley de Contratos del Estado, D 923/1965, de 8 de abril
LGP Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, de 26 de noviembre
LHL Ley Reguladora de las Haciendas Locales, L 39/1988, de 28 de diciembre.
LMLCMOC Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales
LRSAL Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
LPA Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRJPAC Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LOEPSF, Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad Financiera.
LT Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
Nº número
Núms números
ObCP Observatorio de Contratos Públicos
OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONG Organización NO Gubernamental
ONU Organización de las Naciones Unidas
Pág./págs. Página/as
PPT Pliego de prescripciones técnicas
PCAP Pliego de cláusulas administrativas particulares
PLACE/PCSP Plataforma de Contratación del Estado / del Sector Público
R Resolución.
RCE Reglamento de Contratos del Estado, D 340/1975, de 25 de noviembre.
RCCL Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Decreto de 9 de enero de 1953

RCUD Recurso de casación para unificación de la doctrina
RD Real Decreto
RDL Real Decreto Ley
Rec. Recurso
ROF Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales, RD 2568/1986, de 28 de noviembre
RPLCAP Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
RGLCAP Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre
RSCL Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, D. de 17 de junio de 1955.
RTARCCYL Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León
RTARC Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
STGUE Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS Sentencia del Tribunal Supremo.
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
St. Sentencia.
TACRC Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TRC Tribunal de Recursos Contractuales
TARCCYL Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León
TDC Tribunal Defensa de la Competencia.
TI Transparencia Internacional
TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TGUE Tribunal General de.
TC Tribunal Constitucional
TR Texto Refundido
TREBEP Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRET Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TRLCAP Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

TRRL Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, de 18 de abril de 1986.

TRLCSP Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

TRAGSA Transformaciones Agrarias, S. A.

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La corrupción es una pandemia perenne: está extendida por todo el mundo en todas las épocas históricas. La «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003», es una muestra de su consideración como problema universal, que Kofi A. ANNAN¹ describió con estas palabras:

“La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo”.

Otros líderes mundiales han mostrado igual preocupación. La Canciller alemana, Ángela MERKEL, el día 8 de junio de 2015, tras finalizar la Cumbre del G7, remarcó que la corrupción constituye una de las causas de la falta de credibilidad en los Gobiernos de los ciudadanos. El Papa Francisco, en un discurso pronunciado en Asunción, Paraguay, el día 12 de julio de 2015 afirmó que *“la corrupción es la polilla, la gangrena de un pueblo (...) ningún político puede cumplir su rol si está chantajeado por corrupción. Esto se da en todos los pueblos del mundo, pero si un pueblo quiere mantener su dignidad, tiene que desterrarlo”.*

La envergadura de este problema mundial y la necesidad de combatirla son evidentes. Para tratar de concienciar al mundo sobre ello, la ONU ha declarado desde el año 2003 el día 9 de diciembre como Día Internacional contra la Corrupción².

¹Kofi A. ANNAN era el Secretario General de la ONU cuando se adoptó esta Convención el 31 de octubre de 2003.

²Puede consultarse en <http://www.un.org/es/events/anticorruptionday/>

Según la OCDE, la contratación pública es el ámbito de la actividad pública más vulnerable a los sobornos, por el volumen de recursos que maneja, de acuerdo con los estudios recogidos en el trabajo «Integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la “A” a la “Z”», del año 2007. En este estudio se considera que la *“transparencia, responsabilidad y profesionalidad”* son la clave para lograr la integridad del proceso. Para la Directiva UE sobre contratación pública 2014/23, la transparencia es clave para asegurar la integridad en la contratación pública: *“la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude”* (considerando 126). La misma idea se mantiene en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 5 de febrero de 2015, «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia».

Pero el concepto «transparencia» en la contratación pública en un término ambivalente. Como principio básico de la contratación pública para garantizar la libre competencia, la transparencia exige un tratamiento igualitario y equitativo a todos los ciudadanos, evitando el favoritismo y la arbitrariedad, para permitir la adjudicación de los contratos a la mejor oferta, asegurando así la eficiente utilización de los fondos públicos y materializando en este campo el derecho y deber de una «Buena Administración». Por otro lado, la transparencia como apertura de la información sobre la gestión pública, busca favorecer una mayor participación ciudadana sometiendo a escrutinio la actividad de los responsables políticos para tratar de avanzar en el objetivo de «Gobierno Abierto», permitiendo a los ciudadanos conocer los criterios de actuación las instituciones y de la toma de decisiones por los políticos en el manejo de los fondos públicos.

Aunque ambas acepciones del concepto transparencia son complementarias en la contratación pública, la “transparencia material” es subsidiaria de la “transparencia formal”, pues sin la garantía del cumplimiento del principio de transparencia en todas las fases de la contratación pública, carece de valor la información que de la misma se publique, pues, no se puede asegurar una contratación sin la mácula de la corrupción.

Garantizar, pues, una mayor transparencia en los procedimientos de contratación de cada poder adjudicador no es sólo una exigencia legal, sino un mecanismo eficaz para lograr una contratación pública eficiente y un eficaz

antídoto contra la corrupción que parece haberse instalado como una horda de hunos en el solar de la contratación pública de este país.

No es este un estudio de la naturaleza de la corrupción, sólo se recogerán algunas referencias históricas para constatar ese dato de epidemia universal eterna y consustancial a la naturaleza humana, por lo tanto imposible de erradicar, aunque sí minimizar si hay voluntad. A ello dedicamos las siguientes páginas, desde el estudio de la doctrina académica y jurisprudencial y mi propia experiencia laboral a lo largo de más de veinte años como responsable de la contratación en varios Ayuntamientos, se analizarán medidas prácticas de *lege lata* para hacer efectivo el principio de transparencia en todas las fases de la contratación y propuestas de *lege ferenda*, tanto para la nueva ley de contratos en tramitación como para otros ámbitos normativos y no normativos, cuya mejora incidirá también muy activamente en la represión de la corrupción en la contratación pública.

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

I.1. Definición de «corrupción»

Etimológicamente la palabra «corrupción», derivado del verbo “*corrumpĕre*”, tiene muchas acepciones, todas negativas: alterar y trastocar; echar a perder, depravar, dañar, pudrir; sobornar; pervertir; estragar, viciar. Como sustantivo, el diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define con referencia a las instituciones: “*en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”. La Asociación no gubernamental Transparencia Internacional da la siguiente definición de la corrupción: “*se trata de un mal uso del poder público para obtener ganancias privadas, entendiendo por privado no solo la ganancia personal, sino también la de familiares, amigos o la del propio partido político*”³. La corrupción se contempla internacionalmente como un atentado contra los Derechos Humanos⁴. J. GONZÁLEZ PÉREZ acoge una definición

³“Handbook for curbing corruption in public procurement”, publicado el 25 de febrero 2006 http://www.transparency.org/whatwedo/publication/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement.

⁴ GARCÍA ESPINAR, Javier “Relación entre Corrupción y Derechos Humanos”, en el blog de la Fundación Pro Derechos Humanos <http://www.derechoshumanos.net/>: el fenómeno de la corrupción, ya sea en forma de tráfico de influencias, o en forma de obtención de favores ilícitos a cambio de dinero u

similar, “la utilización de potestades públicas para fines particulares (...) sea por razón de amistad, dinero o por otras prestaciones”⁵. La misma idea del “abuso del poder público en beneficio de los intereses privados” utiliza la Fiscalía General del Estado en su memoria anual de 2013⁶. Más esquemático, F. J. ESCRIBUELA MORALES define corrupción como el “abuso de poder para obtener una ventaja ilegítima”⁷, acepción más amplia que puede englobar tanto la corrupción en el ejercicio del poder público o privado, y la obtención de cualquier tipo de beneficio particular, remarcando que tal ventaja ha de ser ilícita. En una acepción más amplia, el Papa Francisco ha identificado «chantaje» con «corrupción»⁸.

En la contratación pública, la corrupción supone la manipulación de alguna de las actuaciones en cualquiera de las fases de la gestación de un contrato para favorecer ilegalmente a un licitador frente a otros o para otorgarle un beneficio ilícito a costa del erario público, beneficio del que de algún modo participa el gestor público que maneja esa manipulación. T. MEDINA ARNAIZ especifica que la corrupción en la contratación pública se materializa con diferentes tipos de actuaciones que, vulnerando la legalidad, llevan a la “adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa —que es el interés general— para obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero”⁹.

otros favores, constituye una vulneración de los derechos humanos por suponer generalmente una violación del derecho a la igualdad ante la ley y la sustitución del interés público por el interés privado.

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, Pág. 81

⁶ Memoria de la Fiscalía General del año 2013, citada en esta cuestión por Antonio MINGUILLÓN ROY, en el artículo “Las ICEX deben ser implacables en la lucha contra el fraude”, en la Revista de Auditoría pública: <http://auditoriapublica.com/auditoria.php?articulo=920&id=&seccion=#ArticuloActual>

⁷ ESCRIBUELA MORALES, Francisco Javier, en el artículo “La contratación del sector público y la corrupción”. Publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, N° 135, Sección Estudios, Enero 2015, Editorial La Ley.

⁸ BERGOGLIO, Jorge Mario, el Papa Francisco, en un discurso pronunciado en Asunción, Paraguay, el día 12 de julio de 2015: “un método que no da libertad a las personas para asumir responsablemente su misión de construir la sociedad, es el chantaje. Siempre es corrupción: si hacés esto, te hacemos esto. La corrupción es la polilla, la gangrena de un pueblo”.

Puede leerse en un artículo sobre el viaje del papa a América latina en esas fechas en http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/12/actualidad/1436660612_788068.html

⁹ MEDINA ARNAIZ Teresa, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, Diario La Ley. Número 7382 de 16 de abril de 2010.

La contratación pública ha sido siempre un terreno vulnerable a la corrupción¹⁰ dado el volumen de recursos que maneja (entre el 15 y 20% del PIB en la UE, según los países), por lo que pocas actividades económicas crean mayores tentaciones y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones del sector público¹¹. La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 señala que “*el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción*”¹², por lo que insta a los Estados miembros a establecer como máxima prioridad la lucha contra la corrupción¹³. Al volumen económico hay que añadir la complejidad de un procedimiento con múltiples vías para poder desviar parte de esos recursos. Esto permite no solo que los partícipes directos en un contrato puedan hacer manipulaciones a veces exclusivamente fácticas, sino que en algunos Estados democráticos, la contratación pública, como el urbanismo, hayan sido utilizadas por los partidos políticos para financiarse, y de paso, para que los políticos ‘intermediarios’ en esa financiación irregular de los partidos hayan aprovechado para quedarse con pingües porcentajes¹⁴.

En relación con la financiación de los partidos políticos en España, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), uno de los cuerpos del Consejo de Europa, en un informe de 10 de octubre de 2014 (pero que no se hizo público hasta el 4 de marzo de 2015)¹⁵ dejó al descubierto que España incumple muchas de las

¹⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*La necesaria innovación en las instituciones administrativas organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*”, editado por el INAP, Madrid 2012.

¹¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana», en “*La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*”, Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 109-125.

¹² Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE de 15 de marzo de 2011).

¹³ Similar referencia se ha hecho en la presentación del «Informe sobre la lucha contra la corrupción en Europa» de 2014, Malmstrom, Cecilia, encargada de coordinar el informe manifestó: “La contratación pública es un área propensa a generar prácticas ilegales dadas las grandes cantidades que se mueven y España es uno de los países que más preocupación nos genera”. <http://www.elmundo.es/espana/2014/02/04/52f04cfc268e3e06358b4586.html>. El informe puede consultarse en <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>

¹⁴ Bien conocidos en España han sido los casos del ex director de la Guardia Civil, Luis Roldán Ibáñez, el ex tesorero del PP, Luis Bárcenas Gutiérrez y el que fuera presidente de la Generalitat de Cataluña durante 30 años, Jordi Pujol i Solei entre 1980 y 2003, estos dos últimos aún “presuntamente”.

¹⁵ GRECO es el acrónimo de Grupo de Estados contra la Corrupción. Puede acceder a un comentario sobre ese informe en la web <http://www.revistacunal.com/actualidad/3779-el-consejo-de-europa-avisa-a-espana-de-que-incumple-nueve-de-las-recomendaciones-fijadas-para-luchar-contra-la-corrupcion>

recomendaciones fijadas para luchar contra la corrupción en la financiación irregular de los partidos políticos, reclamando, entre otras medidas, garantías para evitar que las fundaciones o los préstamos no sean otra vía para la financiación irregular de los partidos políticos. En este informe se afirma que "*dado el número de escándalos en materia de financiación irregular de partidos políticos que han sacudido el sistema político español en los últimos años, es de vital importancia para la credibilidad y la eficacia del sistema que las autoridades españolas tomen medidas inmediatas en este ámbito y logren mejoras tangibles sin demora*"¹⁶. El gobierno de España se ha comprometido a adoptar todas las medidas necesarias en la Ley sobre las Actividades Económicas de los Partidos Políticos¹⁷.

I.2. Breve recorrido histórico sobre la corrupción

Con un brevísimo recorrido histórico, creo que se justifica la afirmación con la que nos hemos atrevido a comenzar la introducción de este trabajo: la corrupción es una plaga extendida por todo el mundo desde el principio de los tiempos, una especie de mácula genética que solo espera, como un virus latente, el ambiente propicio para desarrollarse y propagarse. "*La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo*", "*es la fruta del árbol de la injusticia*" ha metaforizado muy

¹⁶ MINGUILLÓN ROY, Antonio, en referencia al caso "Bárcenas" (que es el cuarto Tesorero del Partido Popular imputado por fraude), "*supone la guinda de un sistema que, claramente, ofrece muestras de tener un problema sin resolver (El Auto del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional supone un auténtico manual de prácticas corruptas)*". En el artículo "Las ICEX deben ser implacables en la lucha contra el fraude, en la Revista de Auditoría pública:

<http://auditoriapublica.com/auditoria.php?articulo=920&id=&seccion=#ArticuloActual>

El problema de la financiación irregular no es exclusivo del Partido Popular, basta la ver las causas actuales contra Convergencia Democrática de Cataluña Unió, o recordar el caso "FILESA", la creación de un entramado de empresas por el PSOE destapado en 1991 (Filesa, Malesa y Time-Export); una de las piezas separadas del juicio es el denominado "caso AVE".

¹⁷Sin embargo, el citado informe del GRECO "reitera su preocupación" por los mecanismos que el Proyecto de Ley sobre las Actividades Económicas de los Partidos Políticos en la que se trabaja, "podría permitir que los partidos recibieran financiación a través de donativos de empresas a entidades cercanas, en el ámbito local". El informe recuerda también que "*el Tribunal de Cuentas ha abogado reiteradamente para la consolidación de las cuentas de los partidos, incluyendo no sólo las ramificaciones nacional y subnacional, sino también las entidades vinculadas*". Algo que el Gobierno no ha subsanado de momento, por lo que "se le urge" a ello.

Tampoco es optimista en el control de la financiación de los partidos políticos es el del profesor RIDAO MARTÍN, Joan, "La transparencia y el control económico-financiero de los partidos políticos en España. Entre un balance decepcionante y un futuro sombrío", publicado en el N° 7, junio 2014, de los Cuadernos Manuel Giménez Abad.

NIETO GARCÍA, Alejandro, ha sido muy crítico con el sistema de partidos políticos, lo que denomina "partitocracia": el Estado suplanta la voluntad del pueblo, el Gobierno la del Estado y el partido la del Gobierno, unos partidos que, afirma, están en manos de un aparatito profesional que está en manos de una oligarquía reducida. En "el desgobierno de los público", Ariel, Barcelona, 2007, reed. 2013, pág. 388.

elocuentemente A. NIETO GARCÍA¹⁸. Más que el ave Fénix, la Hidra de Lerna de la mitología griega, monstruo de múltiples cabezas que se auto regeneran, encarna perfectamente las múltiples caras y el carácter perenne de la corrupción, aunque aún no ha nacido el Heracles capaz de asestarle el golpe definitivo.

El criminólogo alemán Hans-Jürgen KERNER, ha afirmado que la corrupción es el segundo oficio más viejo del mundo¹⁹, y eso si no se considera que la prostitución sea también una forma de corrupción. La «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003²⁰», es una muestra de su concepción como problema universal.

Hay constancia de la corrupción ya en la antigua Mesopotamia²¹ como se deduce de algunas de las leyes del Código de HANMURABI²²; en la Grecia clásica, los tratados de ética y buen gobierno siguen siendo hoy en día citas obligadas, y en mente colectiva están “La República” de PLATÓN, la “Ética a Nicómaco”, de ARISTÓTELES²³, un estudio sobre la ética y la justicia, el bien y la felicidad²⁴, o el

¹⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*Corrupción en la España democrática*”, Editorial Ariel, Barcelona 1997, págs. 7 y 275.

¹⁹ KERNER, Hans-Jürgen, citado por IGLESIAS RIO, Miguel Ángel y MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, Revista Penal La Ley, Número 14, julio 2004.

²⁰ Este documento fue elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, con sede en Viena, y aprobado por la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 en Nueva York. La convención fue ratificada por la Comunidad Europea el 15 de septiembre de 2005 y por España el 9 de junio de 2006, siendo en ese momento 144 los Estados Parte de la Convención según la relación que publicó el BOE de 19 de julio de 2006 que publica en Instrumento de ratificación por España y el contenido del articulado de la Convención.

De acuerdo con su artículo 1, la finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

²¹ BRIOSCHI, Carlo A., en “*Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días*”, se remonta a Mesopotamia y llega describiendo casos de corrupción hasta la Italia de Berlusconi (Ed. Taurus 2010).

²² El «*Código de Hammurabi*», atribuido al rey de Babilonia Hammurabi, (1722-1686 a. C.), es uno de los conjuntos de leyes más antiguos y mejor conservados del mundo antiguo, que parte del origen divino de las leyes principales, por lo que ni los Reyes pueden modificarlas. Aunque es conocido por recoger La Ley del Talión, contiene muchas normas relacionadas con la vida diaria, como el pago a los médicos o la pena para los arquitectos que construyesen obras defectuosas, o el funcionamiento judicial.

²³ Aunque en los tiempos actuales, no parece que pueda seguirse el consejo de Aristóteles a Nicómaco en cuanto a quien debe educar en la virtud a los ciudadanos: “*es deber de los gobernantes formar a los ciudadanos en la virtud y habituarles a ella*”.

discurso “la Corona” de DEMÓSTENES. Sin salir del mundo heleno, es también recurrente la cita del historiador POLIBIO sobre como el olvido de la conquista de la democracia lleva de nuevo, por la corrupción de los gobernantes y del pueblo, a las dictaduras²⁵. En la antigua Roma, son bien conocidos los discursos de CICERÓN sobre la traición y corrupción de Catilina²⁶; o las enseñanzas de SÉNECA sobre la práctica de la virtud por los gobernantes y todos los hombres²⁷; o de QUINTILIANO, para quien la corrupción es “fruto de la maldad moral o de la ignorancia maligna”²⁸. Prácticamente todos los pensadores que desde la Grecia clásica, y todas las religiones, han valorado principios morales y la ética y han visto en su abandono la causa de la corrupción. Pero aunque la historia ha tratado como héroes siempre a quienes antepusieron la defensa de los valores por encima de los privilegios mundanos (sirva, por todos, el ejemplo de Tomás Moro), y como

²⁴En el libro “*La corrupción política*”, coordinado por LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J. y ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, se hace un estudio del concepto y efectos de la corrupción desde Aristóteles hasta finales del s. XX (editorial Alianza, Madrid 1997).

²⁵ “*Mientras viven algunos de los que han conocido los excesos oligárquicos, el orden de cosas actual resulta satisfactorio y se faenen en el máximo aprecio la igualdad y la libertad de expresión. Pero cuando aparecen los jóvenes y la democracia es transmitida a una tercera generación, ésta, habituada ya al vivir democrático, no da ninguna importancia a la igualdad y a la libertad de expresión. Hay algunos que pretenden recibir más honores que otros; caen en esto principalmente los que son más ricos. Al punto que experimentan la ambición de poder, sin lograr satisfacerla por sí mismos ni por sus dotes personales, dilapidan su patrimonio, empleando todos los medios posibles para corromper y engañar al pueblo. En consecuencia, cuando han convertido al vulgo, poseído de una sed insensata de gloria, en parásito y venal, se disuelve la democracia, y aquello se convierte en el gobierno de la fuerza y de la violencia; porque las gentes, acostumbradas a devorar los bienes ajenos y a hacer que su subsistencia dependa del vecino, cuando dan con un cabecilla arrogante y emprendedor, al que, con todo, su pobreza excluye de los honores públicos, desembocan en la violencia. La masa se agrupa en torno de aquel hombre y promueve degollinas y huidas. Redistribuye las tierras y, en su ferocidad, vuelve a caer en un régimen monárquico y tiránico.*” Polibio, 200 a. C.-118 a. C., es el primer historiador que escribe una “Historia Universal”. El fragmento transcrito es de esa obra “Historias”, Libro VI.9, traducción Manuel Balasch Recort. Editorial Gredos, 1981

²⁶ Las Catilinarias, recopilan cuatro discursos de Marco Tulio CICERÓN ante el Senado en el año 63 a. de C.: Catilina trata mediante sobornos ser elegido cónsul; Cicerón aborta sus planes e impulsó una Ley prohibiendo este tipo de maquinaciones.

Sobre la corrupción en la Roma Imperial, en la reciente y popular novela “Circo Máximo”, de Santiago POSTEGUILLO, Editorial Planeta 2013, descubre de la mano de Plinio el Joven, la corrupción entre los senadores de Roma, a los que Trajano hizo devolver el dinero y desterró.

²⁷ Lucio Anneo SÉNECA (Corduba, Códova, 4 a. C. – Roma, 65 d. C.), máximo representante del estoicismo y moralismo romano tras la decadencia de la república romana. En su obras Cartas a Lucilio da las pautas sobre cómo convertirse en un mejor estoico: en todas ellas se tratará de aunar las sublimidades del pensamiento humano para poder alcanzar la virtud, bien supremo de los estoicos.

²⁸ Marco Fabio QUINTILIANO, (CalagurrisNassica Iulia, Calahorra, 35 D.C.-Roma, 95 D.C) “*De causis corruptae eloquentiae*” (Sobre las causas de la corrupción de la oratoria). Se mantiene que el emperador Vespasiano percibió en esta obra la necesidad de preparar mejor a los jóvenes para los cargos públicos y confió a Quintiliano la dirección de la primera escuela pública subvencionada, donde se enseñaba oratoria y moral como un todo. Para QUINTILIANO, el esfuerzo continuado y la salud moral o la formación ética las claves de un buen orador.

villanos a los corruptos (sin salir de Inglaterra, el Rey Juan Sin Tierra), aunque todas las religiones han condenado a los corruptos, hasta el octavo infierno de DANTE²⁹, la naturaleza humana sigue sucumbiendo ante sus tentaciones por los siglos de los siglos.

En la España medieval, el Fuero de León de Alfonso V (28 de julio de 1017), contiene numerosos preceptos sobre la penas por prácticas corruptas en los mercados y por defraudar a la hacienda real³⁰. Los Decretos de Alfonso IX de León, del año 1188, reconocidos por la UNESCO como el origen del parlamentarismo europeo, contienen un derecho esencial en la lucha contra la corrupción, tan anhelado actualmente como al parecer inalcanzable: el derecho a obtener la tutela judicial en tres días desde que fuese reclamada ante un Juez del Rey, y en caso de que este no atendiese la demanda, el propio juez podía ser demandado ante el Rey³¹. En la Pragmática de Los Reyes Católicos de 9 de junio de 1500, la Ley VI exige a los Asistentes, Gobernadores y Corregidores que *“lo que se gaste por menudo infórmense si se gastó realmente, y si fue bien gastado, y si hubo algún fraude”*. De este reinado ha rescatado J. COLÁS TENA³² los consejos de Diego

²⁹ No parece suficiente la amenaza del octavo infierno al que están condenados los “estafadores y los fraudulentos”, según DANTE ALIGIERI (en la Divina Comedia en la primera de las Tres Cánticas, El Infierno).

³⁰ Así, el precepto XXXII “si alguien menguase la medida del pan y del vino, pague cinco sueldos al Merino el Rey”; XXXV “las panaderas que falseasen el peso del pan, que la primera vez sean flageladas, pero la segunda vez paguen cinco sueldos al merino del Rey”; o defraudar a la hacienda real: precepto XXXIII “quienquiera que su cibaria (grano) o cereales llevase al mercado y hurtase las maquilas del rey, páguelas en el duplo” (un impuesto del mercado); XXXIV “todo morador de la ciudad venda su cebada en su casa por recta medida sin calaña” (sin pena pecuniaria)... Este fuero fue concedido posteriormente por otros Reyes leoneses a otras villas, llegando de la mano de Alfonso VI hasta localidades vascas.

³¹ La importancia de juicios limpios y ágiles ha sido demandado por el Papa Francisco, Jorge Mario Bergoglio, en un discurso pronunciado en Asunción, Paraguay, el día 12 de julio de 2015: *“para que haya una verdadera política en un pueblo, rápido, juicios claros, juicios nítidos”*. http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/12/actualidad/1436660612_788068.html

En las Cortes de León de 1188 se reconocen otros importantes derechos, como el derecho de voto del pueblo llano; el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; el derecho de todos los ciudadanos a una asistencia jurídica con garantías de imparcialidad; el deber de proteger a la mujer y a los más débiles contra todo tipo de abusos; el derecho a someter todo abuso de poder a la Curia o Cámara del Parlamento; el deber del Rey contar con la previa autorización de las Cortes para declarar la guerra o firmar la paz; etc. El 18 de junio de 2013 la UNESCO acordó la incorporación de estos documentos como “Memoria de la Humanidad”, lo que supuso su reconocimiento como origen del parlamentarismo europeo. Por ello la Junta de Castilla y León, con el aval de la Real Academia de la Historia, dio a la ciudad de León el título de «cuna del parlamentarismo» por Acuerdo 15/2011, de 24 de febrero.

³² COLAS TENA, Jesús, en el trabajo “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días. En el libro *“Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local”*, coordinado por MERINO ESTRADA, Valentín y ORDUÑA REBOLLO Enrique. Ed. COSITAL Madrid 2012. Pág.579.

GÓMEZ MANRIQUE, grabados en forma de décima espinela en las Casas Consistoriales de Toledo, de la que destacamos el verso *“Por los comunes provechos/dexad los particulares”*³³.

Más cercanos en el tiempo, se han recordado las palabras de B. PÉREZ GALDÓS, al achacar ahora también al bipartidismo buena parte de la corrupción política de nuestro país: *“Los dos partidos que se han concordado para turnarse pacíficamente en el Poder, son dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto. Carecen de ideales, ningún fin elevado los mueve; no mejorarán en lo más mínimo las condiciones de vida de esta infeliz raza, pobrísima y analfabeta”*. Lamentablemente, han pasado más de los 100 años que estimaba Pérez Galdós que podría tardar en regenerarse la vida política española, y los hechos no parecen demostrar que haya sido así³⁴. Y también aparecen actuales las palabras de otro intelectual de finales del siglo XIX y principios del S. XX, GINER DE LOS RÍOS, cuando lamenta como en su época *“hemos afirmado principios en la legislación y hemos violado principios en la práctica; hemos proclamado la libertad y ejercido la tiranía; hemos consignado la igualdad y erigido en ley universal el privilegio;...”*³⁵.

³³ «Nobles discretos varones/ que gobernáis a Toledo,/ en aquestos escalones/ desechad las aficiones,/ codicias, amor y miedo./Por los comunes provechos/ dexad los particulares./Pues vos fizo Dios pilares/ de tan riquísimos techos,/ estad firmes y derechos». Diego GÓMEZ MANRIQUE (1412-1490, tío del también poeta Jorge Manrique), nombrado Corregidor de Toledo por los Reyes Católicos, mandó esculpir en la Casa Consistorial de la Ciudad que encargó construir, estos versos.

³⁴ Benito PÉREZ GALDÓS, *“Episodios Nacionales. La fe nacional y otros escritos”* (1912). Editado por Rey Lear editores. El texto pertenece al Episodio Nacional "Cánovas". Episodio 46 – Cánovas (1912): *“Los dos partidos que se han concordado para turnarse pacíficamente en el Poder son dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto. Carecen de ideales, ningún fin elevado los mueve; no mejorarán en lo más mínimo las condiciones de vida de esta infeliz raza, pobrísima y analfabeta. Pasarán unos tras otros dejando todo como hoy se halla, y llevarán a España a un estado de consunción que, de hijo, ha de acabar en muerte. No acometerán ni el problema religioso, ni el económico, ni el educativo; no harán más que burocracia pura, caciquismo, estéril trabajo de recomendaciones, favores a los amigos, legislar sin ninguna eficacia práctica, y adelante con los farolitos... Si nada se puede esperar de las turbas monárquicas, tampoco debemos tener fe en la grey revolucionaria (...)* No creo ni en los revolucionarios de nuevo cuño ni en los antediluvianos (...)
La España que aspira a un cambio radical y violento de la política se está quedando, a mi entender, tan anémica como la otra. Han de pasar años, tal vez lustros, antes de que este Régimen, atacado de tuberculosis étnica, sea sustituido por otro que traiga nueva sangre y nuevos focos de lumbre mental. Tendremos que esperar como mínimo 100 años más para que en este tiempo, si hay mucha suerte, nazcan personas más sabias y menos chorizos de los que tenemos actualmente”.

³⁵Francisco GINER DE LOS RÍOS 1839-1916. Pedagogo y filósofo, creador y director de la Institución Libre de Enseñanza (ILE). Citado por Juan María García Campal en un artículo *“Sobre Podemos. ¿Debemos?”* publicado en <http://www.leonoticias.com/frontend/leonoticias/Sobre-Podemos--Debemos-impn163408>

En el campo en la contratación pública, la historia es también fecunda en ejemplos de corrupción. Es conocida en ese sentido la queja del ingeniero y mariscal francés, marqués de Vauban al Ministro de la Guerra de Luis XIV en una carta en 1682 sobre los contratistas “*miserables, pillos o ignorantes*” que no ejecutaban adecuadamente las obras a las que habían ofertado grandes bajas³⁶. En España, J. COLAS TENAS³⁷, al analizar la evolución de la normativa sobre contratación pública desde la Constitución de Cádiz hasta nuestros días, recuerda como la preocupación por atajar la corrupción y “*sujetar a quienes tienen la tentación de anteponer los particulares intereses sobre los generales, es una constante de la legislación sobre contratación pública de todo el siglo XIX, que se proyecta en el siglo XX y se mantiene en el siglo XXI*”. Así, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, por el que se aprueban las reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas, se destaca la preocupación del legislador por evitar las “tentaciones” de los empleados públicos y se propone la subasta como medida para tratar de combatirlas; en su exposición de motivos recoge parte de las palabras de la intervención en las Cortes del Presidente del Consejo de Ministros, Juan BRAVO MURILLO: “*evitar los abusos fáciles de cometer, en una materia de peligrosos estímulos [protegiendo] a la Administración contra los tiros de la maledicencia*”, por lo que se dispone que “*los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas, se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta*”³⁸. Con similares argumentos defendió la subasta D. Antonio MAURA al aprobarse la Ley de Régimen Local de 1907, “*para que la representación se mantenga fiel y para preservar los intereses depositados en ajenas manos de las flaquezas humanas y de las deficiencias que la*

³⁶Sébastien Le Prestre, Marqués de Vauban (1633-1707) – autor de varias fortalezas con forma de estrella – escribió esta carta el 17 de julio de 1682, a Losvois (Ministro de la Guerra de Luis XIV). Publicada en varios blogs, y que también se encuentra en la Wikipedia, en la biografía de Vauban. La cita se recoge más adelante, al analizar el precio como criterio de valoración de las ofertas (III.B.3)

³⁷ Jesús COLAS TENA, en el trabajo citado del libro “*Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local*”, COSITAL Madrid 2012, pág. 579.

³⁸ Con un párrafo de la intervención de BRAVO MURILLO con esas palabras abre José María GIMENO FELIÚ su libro “*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*”. Colección Estudios. Ed. Thomson-Reuters. Universidad de Zaragoza, 2014:

“*Señora (refiriéndose a la reina Isabel II): Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia....*” (BRAVO MURILLO, Real Decreto de 27 de febrero de 1852).

*acción misma puede en su camino suscitar*³⁹. En el preámbulo del Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, puede leerse que se halla “*inspirado por el afán de precaver y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias*”.

La omisión de referencias expresas a la corrupción en las leyes de la Democracia no quiere decir, ni mucho menos, que haya desaparecido de la contratación, ni que las sucesivas leyes no hayan articulado normas para tratar de evitar prácticas corruptas, aunque sí quizá que se confió en exceso en que los ideales de libertad e igualdad calarían tanto en los servidores públicos tras la dictadura que la corrupción se dejaría atrás. La realidad ha demostrado justo lo contrario⁴⁰.

I.3. Algunos casos de corrupción en la España actual.

El catedrático A. NIETO GARCÍA analizó en 1997 los más importantes casos de corrupción en la España democrática⁴¹. Recoge en este libro una cita muy elocuente de la aludida relación entre la corrupción en la contratación y la financiación de los partidos políticos, referida a una circular interna del secretario de política municipal del Partido Socialista del País Valenciano, en 1979 en la que se daba a los alcaldes instrucciones muy concretas: «*No se os escapará la importancia, tanto económica como política, que tiene para el partido el control de la contratación (ejemplo, Plan General de Ordenación urbana, recogida de basura, mantenimiento de alumbrado público, etc.). Es propósito de la Comisión Ejecutiva del País Valenciano que, al igual que se ha establecido en otras federaciones de partido, se controlen efectivamente- y se rentabilicen- las adjudicaciones*». Mantiene este profesor una teoría que parece confirmada en el revuelo mediático de casos “menores” por la cuantía económica supuestamente defraudada, frente a otros

³⁹ Antonio MAURA y MONTANER. *Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local (textos y estudios)*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1954. Diario de Sesiones del Congreso. Legislatura 1908, página 6589.

⁴⁰ YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, constató en noviembre de 2014, que “si pones en Google «contratación pública», el primer resultado de la noticia es «corrupción»”, en un artículo en el que relaciona diferentes trabajos y espacios en la red que analizan esta cruda realidad
Entrada del día 12/11/2014, en el blog esPúblico.es: <http://administracionpublica.com/si-pones-en-google-contratacion-publica-sale-corrupcion/>.

⁴¹ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*Corrupción en la España democrática*”, Editorial Ariel, Barcelona 1997. El libro termina con la siguiente frase: “*no es lícito llamar Estado democrático a un garito de fulleros*”.

casos con mucha menor presencia en los medios de comunicación pese a las ingentes cifras económicas supuestamente defraudadas⁴²: “(...) *la táctica que justifica el levantar un gran escándalo sobre asuntos pequeños para así distraer la atención de los asuntos grandes que amenazan con estallar en cualquier momento*”. Hace esta afirmación sobre un caso tremendamente mediático a principio de los años 90 del siglo pasado, protagonizado por el Director de la Guardia Civil, Luis Roldán: “*la verdadera trama de corrupción en España no está en la Guardia Civil; se encuentra en las comisiones pagadas a determinadas personas cercanas al PSOE por los contratos de la Red de Autopistas del Estado*”. Y recoge como “*el escándalo más sugestivo*” desde el punto de vista analítico, el de la Expo-92, la Exposición Universal celebrada en Sevilla en ese año, pues “*en él se encuentran apiñadas todas las técnicas imaginables de corrupción: sobornos, coacciones, tramas orgánicas, operaciones triangulares, enjambres de comisionistas, fraudes, falsificaciones, contrataciones directas, autocontrataciones, nombramientos nepóticos, miríadas de sociedades fantasmas intermediarios de toda laya, represalias de denunciantes, partícipes insospechados y, sobre todo, unos mecanismos de contraorganización que ciertamente no han logrado evitar el escándalo pero que han servido, al menos, para garantizar la impunidad de los protagonistas*”.

El profesor NIETO deja en ese libro unas palabras que nos ponen de manifiesto el origen del problema: “*Yo estoy absolutamente convencido de que un pueblo padece la corrupción que se merece y de que cuando y donde los ciudadanos son honestos y dignos, la corrupción es reducida. Pero la acusación puede llegar a ser injusta si se piensa en los niveles de alienación de los ciudadanos y en su impotencia frente a las manipulaciones políticas y culturales de que son objeto. Basta ver la televisión u observar a los espectadores de un partido de fútbol para percatarse de la hondura de degradación moral a la que se ha llegado; pero no puede olvidarse que las posibilidades de reacción son realmente muy escasas*”. Acusa al Gobierno, parafraseando a U. NIETO DE ALBA, de la degradación ética del pueblo⁴³. Esa referencia al fútbol no deja de recordar al conocido aforismo «pan y circo» de los romanos, la «estrategia de la distracción» como técnica de dominación social, como

⁴² Así, el caso Noos o algunos de los detenido en la trama Púnica, casos cuya cuantía no es comparable con la de los casos Pujol, Gürtel, o Bárcenas, por poner algunos ejemplos.

⁴³ Se refiere a la obras del catedrático y economista Ubaldo Nieto de Alba “*Ética de Gobierno, economía y corrupción*”. Ed. Complutense. Madrid, 1996, con esta cita literal de la pág. 24: “*La acción política del Gobierno –ha escrito– se extiende a impulsar la creación ética dirigida a evitar que los ciudadanos mantengan una actitud pasiva, no se sientan protagonistas de su vida política (alejándose de las urnas mediante el llamado voto de los pies) o no asuman su responsabilidad ético-social, condenando con su voto la inmoralidad de los partidos en el tribunal de las elecciones democráticas*”.

la denominan S. TIMSIT y N. CHOMSKY⁴⁴. Diez años después, A. NIETO, no ve que las cosas hayan cambiado, sino al contrario, y señala como la principal “deriva” de nuestro Estado democrático la corrupción que ya ve estructuralmente instalada el régimen partitocrático que domina todo público en nuestro país. Acusa de ello este al sistema de partidos, que se han antepuesto en nuestro sistema democrático a los parlamentos, y ha convertido la política en un negocio en el que los partidos compiten “*en un mercado inspirado por el lucro personal y apoyado en la corrupción más descarnada*”; por ello concluye que no cabe hablar en España de democracia, son de “cleptocracia”, ni de gobierno, sino de “desgobierno” de lo público de los intereses sociales y colectivos⁴⁵.

Desde otra óptica, los catedráticos F. SOSA WAGER y M. FUERTES LÓPEZ, analizaron diferentes decisiones políticas recientes que han llevado a España a la crisis económica que se destapó en el año 2008 (y que sólo en aspectos macroeconómicos parece que en el año 2015 empieza a superarse). Detrás de muchas de ellas la corrupción anidaba con diferentes plumajes (por ejemplo en las Cajas de Ahorro). Recuerdan estos profesores la importancia de mirar al pasado para extraer de vivencias anteriores experiencias para el presente, con estas palabras: “*a veces ocurre con las páginas de la Historia que amarillean por falta de luz, por vivir sepultadas en el sombrío encierro de los siglos. Es deber de las personas magnánimas sacarlas a olearse para que recuperen la color y conseguir que de nuevo corra sangre bullente por sus venas*”. Al final de este trabajo veremos su propuesta de ‘recuperar’ instituciones medievales para exigir responsabilidades los gobernantes⁴⁶.

Un estudio sistemático por sectores de la corrupción en España desde el franquismo hasta nuestros días ha sido realizado por el ex Magistrado B. GARZÓN

⁴⁴ Se atribuyen al politólogo y lingüista norteamericano Noam COHMSKY, las “10 principales estrategias de manipulación mediática”, que en realidad fueron formuladas por primera vez el francés Sylvain TIMSIT en 2002. <http://www.syti.net/Manipulations.html>
http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/sociopol_mediacontrol76.htm

⁴⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*El desgobierno de lo público*”, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, pág. 393.

⁴⁶ SOSA WAGNER, Francisco, y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, , “*La bancarrota del Estado y Europa como contexto*”, Editorial Marcial Pons 2011. Recogen en el libro hasta casi 20 bancarrotas del Estado desde 1560 hasta hoy en el libro citado “La bancarrota del Estado y Europa como contexto. Tras un recorrido histórico, se centra el libro en analizar diferentes situaciones en nuestro país que constatan lo extendido de una pésima gestión pública plagada de gravísimos casos de corrupción (el “saqueo” de las Cajas de Ahorros, el deterioro de los servicios públicos, las dudas de las CCAA...). Ante esta realidad, los autores plantean que sólo desde una Europa que acabe de construir un gobierno económico común y fuerte podrán corregirse las prácticas que nos han conducido a la situación que vive España desde hace décadas, o quizá siglos.

REAL⁴⁷. Analiza, desde los datos de los expedientes judiciales públicos, famosos casos de corrupción del franquismo (el caso “Barcelona Traction” o el caso “Matessa”); la corrupción en la iglesia (“Gescartera”, Banco Vaticano); en la Casa Real (caso “Noos”); la corrupción policial (caso “Ucifa”); en la banca y empresa privada (“Banca Catalana”, “Rumasa”, “Bankia”...), etc. Tras ese amplio repaso por esa lamentable historia reciente, con algún caso juzgado o instruido por él mismo cuando era magistrado (trama “Gütel”; y el precio personal que tuvo que pagar por su trabajo), GARZÓN ofrece hasta 22 razonadas medidas para combatir la corrupción, a las que aludiremos a lo largo de este trabajo. Cada uno de los casos que relata va precedido de una frase de algún célebre personaje alegórica de la corrupción, todas dramáticamente constatadas y vivas; destacamos solo cuatro de ellas que dejan bien patente ante qué enemigo nos enfrentamos: «todo hombre tiene un precio. ¿Sabes lo que decía Juan March? Que el que no lo tiene es porque no lo vale» (atribuida a José María Ruiz Mateos); «no existe nada tan sagrado que el dinero no pueda violar; nada tan fuerte que el dinero no pueda expungar» (Cicerón); «hay que señalar la facilidad con la que los hombres se corrompen y se vuelven perversos, aunque originalmente fueran buenos y bien educados» (Maquiavelo). «Colgamos a los ladrones de poca monta, pero a los grandes ladrones los elegimos para los cargos públicos» (Esopo).

Según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013, los casos de corrupción han aumentado un 49,5% desde el 2007, año en que empezó la crisis⁴⁸. En España en los últimos años se han hecho más visibles los casos de corrupción ligados a la contratación pública, tras la crisis del sector inmobiliario y la corrupción entorno al urbanismo de la década pasada. Los nombres de las investigaciones policiales sobre casos de corrupción en la contratación del sector público son tan tristemente conocidos en nuestro país por la mayoría de los ciudadanos como si de personajes mediáticos se tratase, así como muchos de los

⁴⁷ GARZÓN REAL, Baltasar, “*El Fango, cuarenta años de corrupción en España*”. Editorial Debate, 1ª edición, Madrid, abril de 2015.

⁴⁸ Puede consultarse en la web de la Fiscalía General del Estado: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado!/ut/p/a0/04_Sj9CPYkssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszPQLsh0VAQluD0w!/?selAnio=2013&palabraBuscar=&btnBuscar2=Buscar

Citado este dato por MADARIAGA VENEGAS, Alejandro Fernando, en el blog del Observatorio de la Contratación Pública (en adelante ObCP) entrada del día 21/10/2013: “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/relcategoria.201/relmenu.3/chk.c03f63b21897455abe03b5d547190a78>

jueces instructores⁴⁹: operaciones “Púnica”, “Enredadera”, “Mercurio”, “Gürtel”⁵⁰, “Palma Arena”, “ITV en Cataluña”, “Palau”⁵¹, “caso Bárcenas”, “Patos”⁵², Musel⁵³, Pretoria”⁵⁴... Pero la realidad no es ni mucho menos nueva, y aún se oye sin necesidad de agudizar mucho el oído el eco de casos de corrupción ligados a la contratación pública y la financiación irregular de los partidos de las últimas décadas del siglo pasado: casos “Roldán”, “Naseiro”, “papel del BOE”, “Filesa”, “Zamora”⁵⁵... Y quizá lo peor de esta situación es la sensación de impunidad que la mayoría de la población percibe frente a los responsables de estos casos, pues son pocos los condenados y menos los que devuelven lo que han hurtado de una u otra manera de las arcas públicas; y hasta parecen precipitadas algunas detenciones de

⁴⁹ Mariano Barbero en el caso Filesa; Baltasar Garzón en el Caso Gürtel; Mercedes Alaya en los “eres” de Andalucía; Pablo Ruz en el caso “Pretoria”; José Castro en el Caso Noos...

⁵⁰ Nombre con el que se conoce la investigación iniciada por la Fiscalía Anticorrupción en noviembre de 2007 y denunciada por la propia Fiscalía en febrero de 2009 ante la Audiencia Nacional, sobre una red de corrupción política relacionada con la adjudicación irregular de contratos a una serie de empresas de Francisco Correa Sánchez para financiar supuestamente al Partido Popular, que operaba principalmente en las Comunidades de Madrid y Valencia, pero con ramificaciones en otras CCAA como Castilla y León.

⁵¹ Caso Palau; 1/06/2015/ El juzgado que investiga el caso Palau ha ordenado tras un requerimiento de la Fiscalía el embargo de 15 sedes de CDC por las presuntas comisiones que cobró a Ferrovial a cambio de la concesión de obras públicas y que el partido había depositado como aval para hacer frente a la responsabilidad civil.

⁵² La operación bautizada como Patos en varias localidades de Galicia el 18 de febrero de 2014 relacionada con concesiones públicas y que está dirigida por un juzgado de Vigo, en el marco de la cual han sido detenidas al menos cinco personas, entre ellas el concejal de Obras del Ayuntamiento de Nigrán en Vigo, acusado presuntamente de delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y falsedad documental. Las otras cuatro personas detenidas están vinculadas con dos grupos de empresas relacionadas con el grupo Cespa (Grupo Ferrovial). Se han llevado a cabo registros en dependencias municipales de varias localidades gallegas como Vigo, Pontevedra, Santiago de Compostela, Ourense, Nigrán y Ponteareas, así como en la Delegación de la Xunta en Vigo, en la Diputación de Pontevedra, en la Autoridad portuaria de Vigo y en el Consorcio Casco Vello de Vigo.

⁵³ La Oficina Antifraude denunció sobrecostes en la compra de los materiales que podrían motivar la devolución de 247,5 millones. En un auto fechado el pasado 8 de agosto, el magistrado la Audiencia Nacional Javier Gómez Bermúdez admite a trámite una denuncia formulada por la Fiscalía Anticorrupción a fin de investigar "las actuaciones de representantes y administradores" de la unión temporal de empresas (UTE) Dique Torres, que llevó a cabo el proyecto entre los años 2005 y 2011, y de los integrantes de la Autoridad Portuaria de Gijón, gestora de las instalaciones. Según Anticorrupción, los hechos investigados podrían ser constitutivos de un total de seis delitos: fraude y exacciones ilegales, malversación de caudales públicos, estafa agravada, falsedad en documento oficial y mercantil, fraude a la Hacienda Pública y prevaricación.

⁵⁴ la red de corrupción 'Pretoria', que operó entre los años 2000 y 2009 en los ayuntamientos barceloneses de Santa Coloma de Gramenet, Sant Andreu de Llavaneres y Badalona, y les ha impuesto fianzas por un importe de 102,6 millones de euros por las multas a las que podrían ser condenados.

⁵⁵ Caso de supuesta financiación del partido Popular a través de contrataciones de obras adjudicadas por la Diputación Provincial de Zamora, destapado el año 1987 y archivado en el año 2002 porque “el instructor halla sólo irregularidades administrativas al adjudicar obras”.
http://elpais.com/tag/caso_zamora/a/

las últimas operaciones, como caza menor para alimentar a los sabuesos de los medios de comunicación y a la opinión pública, mientras los grandes rumiantes de la corrupción siguen berrando en el monte de la impunidad. Son pocas las condenas y numerosos los indultos⁵⁶.

Ningún rincón del país ni ningún partido político que hay gobernado en cualquier Comunidad Autónoma queda libre de haber sido víctima o verdugo de algún caso de corrupción; aunque hay quien se ha atrevido a calificar a la Comunidad Valenciana como “la zona cero de la corrupción política española”⁵⁷, y quizá la acusación no sea justa si se ven los casos investigados en la Comunidad Balear, Andalucía, Madrid, Cataluña, o Lanzarote⁵⁸, por citar solo algunos de los lugares donde siguen pendiente de resolución judicial casos de corrupción en los que se han manejado de miles de millones de euros. Como ha señalado J. BERNAL DEL CASTILLO, basta con abrir cualquier periódico para constatar que corremos el riesgo de padecer una “cronificación” de este fenómeno⁵⁹. C. RAMIÓ MATAS ha

⁵⁶ Luis Roldán ha declarado, por ejemplo que "más de 200 personas trincaban (en el Ministerio del interior) y solo hubo tres condenados", y considera que ha pagado más que nadie por su actuación. <http://www.elmundo.es/cronica/2015/03/01/54f0b80a22601de6318b4572.html>

Por citar dos ejemplos “menores” de condenas en casos de corrupción ligados a la contratación: en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de marzo de 2012 (rec.51/2012) fueron condenados por prevaricación, como cooperadores necesarios (artículo 65.3 en relación con el art. 390 del Código Penal), a dos técnicos del Ayuntamiento de Santiago, con ocasión de la adjudicación de un contrato de obras. La STS, 2ª, de 30 abril de 2015, rec. 1125/2014, condenó a 7 años de inhabilitación a un ex- Viceconsejero del Principado de Asturias y al Secretario General de la Consejería por prevaricación por fraccionamiento ilegal de un contrato menor. STS de 1 de Julio de 2015 (rec. 2284/2014) condenó al Alcalde, al Interventor a al arquitecto contratado sucesivamente con contratos menores.

⁵⁷ ESCOLAR GARCÍA, Ignacio, “ *La España del naufragio*, artículo publicado el 4 de marzo de 2015 en http://www.eldiario.es/escolar/Espana-naufragio_6_362973736.html

Argumenta este periodista que esa autonomía es la misma donde se construyó un aeropuerto, el de Castellón, que lleva varios años terminado pero aún no ha recibido el primer avión. Es el mismo lugar con un Parlamento donde una quinta parte de los diputados elegidos en las últimas elecciones han sido imputados por casos de corrupción. Es la misma Comunidad Valenciana donde un cacique local –Carlos Fabra, expresidente de la Diputación de Castellón– acaba de entrar en prisión después de un proceso penal que se alargó durante más de una década porque todos los jueces ‘dimitían’: hasta nueve magistrados pasaron por el caso hasta que por fin llegó la sentencia.

⁵⁸ En esta pequeña isla los casos de corrupción en el año 2011 sumaban más de 100 imputados, con representantes de todos los partidos. Entre ellos se cuentan 11 alcaldes y ex alcaldes de la isla y familias enteras. La corrupción tenía su epicentro en el urbanismo y los grandes contratos, como el de basuras, también con empleados de las grandes empresas concesionarias procesados.

“Corrupción en el Paraíso: el desconcertante caso de Lanzarote (Islas Canarias, España)”, de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, GARCÍA QUESADA Mónica y VILLORIA MENDIETA, Manuel. Revista Práctica Urbanística, Nº 134, Sección Estudios, Mayo 2015, Editorial La Ley.

También en http://elpais.com/diario/2011/02/13/domingo/1297572756_850215.html

⁵⁹ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, conferencia sobre “los delitos de corrupción cometidos mediante soborno. consideraciones de política criminal”, pronunciada el 23 de junio de 2015 en el colegio de Abogados de Asturias: La cronificación de una serie de delitos que representan “una amenaza” para los

apuntado los siguientes motivos para el mantenimiento y extensión de la corrupción durante años y la actual mayor “sensibilidad” y denuncia: *“Todo este sistema de corrupción ha funcionado bien durante mucho tiempo gracias a sus pesos y contrapesos: el estímulo de dinero a mares, mucho miedo e ingente información comprometedor obtenida mediante espionaje profesional o no. Pero todo se ha ido ahora al traste por una combinación fatídica de desgaste y cansancio del propio sistema, la crisis económica y el muy elevado nivel de tensión política entre centro y periferia, y entre derecha e izquierda. Y las armas de destrucción masiva, pensadas para no ser nunca utilizadas, se han ido disparando por accidente en cadena y parece que nadie tiene la capacidad de lograr un alto el fuego”*⁶⁰.

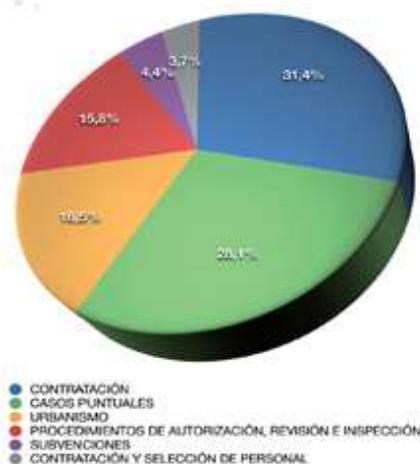
El estudio de la Fundación ¿Hay Derecho?, “Corrupción institucional y controles administrativos preventivos”, de 14 junio de 2015, analiza 330 sentencias de 2011 a 2014 que incluyen condenas por 544 delitos relacionados con la corrupción⁶¹. De este estudio extraemos los dos gráficos siguientes que muestran como la contratación pública fue en ese periodo de tiempo el campo donde mayor número de casos por corrupción fueron judicializados, y la Administración local donde más número de condenados ha habido.

derechos humanos, una forma injusta de falsear los principios de la competencia y en definitiva “una agresión” a los más elementales fundamentos sociales.
Recogida por ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio, en su blog fiscalización.es: <http://fiscalizacion.es/2015/06/24/la-corrupcion-se-cronifica/>

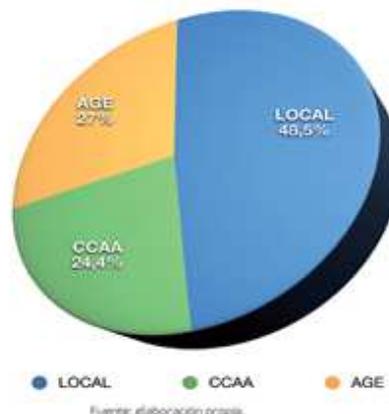
⁶⁰ RAMIÓ MATAS, Carles, en el trabajo “Balance del impacto de las crisis económica, política, social e institucional sobre las administraciones públicas en España 2011-2013: Diagnóstico y propuestas”, pág. 13. GIGAPP Estudios/Working Papers. Programa de Doctorado en Gobierno y Administración y Pública. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Publicado 7/10/2013.

⁶¹ Este trabajo ha sido realizado por Carlota TARÍN QUIRÓS en la Fundación ¿Hay Derecho?, accesible en la dirección web <http://hayderecho.com/2015/06/14/estudio-de-la-fundacion-hay-derecho-corrupcion-institucional-y-controles-administrativos-preventivos/>

Condenas por ámbito de actuación (%)



Condenas por nivel de la Adm. del los condenados (%)



I.4. Percepción de la corrupción

En los últimos años se aprecia en nuestro país una menor tolerancia hacia la corrupción, un mayor interés de los espectadores por los asuntos de corrupción y un aumento de las denuncias “particulares” en parte probablemente debido a las penurias de buena parte de la población a consecuencia de la crisis económica de la que se culpa esencialmente a la clase política, y frente a la que han surgido propuestas desde la propia política que han obtenido un considerable respaldo ciudadano en las elecciones al Parlamento Europeo de 2014 y a las locales y autonómicas de 2015⁶². Así, los programas de televisión que analizan esta temática cuentan con gran audiencia⁶³; el ejemplo de algunos funcionarios que han denunciado casos de corrupción que han vivido en su trabajo ha sido bien atendido por los medios de comunicación⁶⁴; internet ofrece blogs donde se recogen y denuncian casos de corrupción política de todo tipo⁶⁵.

⁶² Aunque algún partido minoritario, como Unión, Progreso y Democracia llevaba tiempo denunciando la corrupción y planteando propuestas legislativas concretas para tratar de atajarla, por ejemplo la proposición de Ley sobre Transparencia y Lucha Contra la Corrupción presentada por UPyD (B.O. de las Cortes de 5 de enero de 2012).

⁶³ El ejemplo más elocuente es el programa “Salvados” de la Cadena de televisión La Sexta, dirigido y presentado por el periodista Jordi ÉVOLE.

⁶⁴ La denuncia de los funcionarios, de los “insiders” en palabras del catedrático BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, (en el artículo “Corrupción y contratación pública”, entrada en su blog del día 3/11/2014: http://andresbetancor.blogspot.com.es/2014_11_01_archive.html), tiene sin embargo un alto coste personal para los denunciantes, nunca compensado por una condena puntual. Es conocido, por repercusión en los medios de comunicación el caso de Ana Garrido, del que es elocuente este titular periodístico: 'Denunciar Gürtel en Boadilla me ha supuesto una muerte en vida' <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/23/madrid/1366732910.html>

La percepción de la corrupción como problema en España ha ido en aumento, como lo demuestran las encuestas realizadas con regularidad a nivel nacional por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) español: del año 2012 al 2013 la corrupción pasó de ocupar el cuarto lugar al segundo entre los problemas públicos percibidos por los encuestados españoles, sólo por detrás del desempleo, y esa percepción se ha mantenido en el estudio del CIS de junio de 2015⁶⁶; en el año 2011, sólo el 0,4 % opinó que no hay corrupción entre los políticos españoles. A modo de ejemplo, de diferentes conductas ilegales con mayor o menor carga de corrupción, el Centro de Investigaciones Sociológicas de España (CIS) ha preguntado en sus encuestas sobre la corrupción por muchas de esas prácticas: aceptar regalos valiosos; colocar a familiares; reclasificar suelo; aceptar dinero de empresas para favorecerlas; utilizar el vehículo oficial para fines privados; que una persona que trabaje en el sistema sanitario público ayude a un familiar o persona amiga para que se haga una prueba médica saltándose la lista de espera; que un trabajador/a del sector público se lleve material de oficina de su lugar de trabajo. También el CIS ha preguntado por la percepción de la corrupción con

O el del Interventor de Castro Urdiales (Cantabria) Fernando Urriticoechea.
<https://www.youtube.com/watch?v=8GWpSegmEII>

⁶⁵ La página DERECHOS HUMANOS.NET, de la Fundación Acción pro derechos humanos, permite denunciar casos de corrupción por correo electrónico denuncias @ derechoshumanos.net
http://www.derechoshumanos.net/corrupcion/1-corrupcion.htm?gclid=CjwKEAajwqqmsBRDgy_3h_eS80jYSJACS95CvHy03O5Qwnpsd4Ikxp6gP_odhApldARTy9srV2IZG7BoC3N3w_wcB

YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, recopila diferentes trabajos que abordan el tema de la corrupción en la contratación pública, en <http://administracionpublica.com/si-pones-en-google-contratacion-publica-sale-corrupcion/>

La Asociación Leon Sano, creada por funcionarios de la Diputación de León, contra la corrupción y el nepotismo y para la defensa de la legalidad de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la provincia de León. <https://leonsano.wordpress.com/>

El video protagonizado por varios funcionarios de casos de corrupción en sus respectivos trabajos
https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=10qYaFv5XuW
Documental "Corrupción organismo nocivo" <http://www.corrupcionorganismonocivo.com/home.html>

Lista de políticos españoles imputados por corrupción:
http://www.vavel.com/es/politica/147797-lista-de-politicos-espanoles-imputados-por-corrupcion.html?fb_action_ids=716780541697474&fb_action_types=og.comments

Lista de políticos condenados: http://15mpedia.org/wiki/Lista_de_pol%C3%ADticos_condenados

Mapa de la corrupción en España. Corruptódromo
http://wiki.nolesvotes.org/wiki/Corrupt%C3%B3dromo#Casos_m.C3.A1s_importantes

⁶⁶ Estudio nº 3101, Barómetro de junio de 2015. <http://www.cis.es/cis/opencms/ES/busqueda.jsp>.

vulneraciones de la ley por cualquier ciudadano: aparcar en doble fila o no; respetar los límites de velocidad; declararse en paro pero estar trabajando; acordar con un comerciante o un profesional que no le cobre el IVA; fumar en lugares donde no está permitido; no declarar todos los ingresos en el impuesto sobre la renta; fingir una enfermedad para conseguir una baja temporal en el trabajo; utilizar recetas de un pensionista para conseguir medicamentos gratuitamente. Y también podrían añadirse comportamientos en la esfera privada, desde colarse en una fila a diferentes tipos de hurtos o estafas. Y si diferentes son las formas de prácticas la corrupción, también lo son los objetivos o “provechos” que se buscan con una actuación corrupta: poder; dinero, en metálico o en especie; esperar o devolver favores; ganar reconocimiento social. Son casi infinitas las caras de la corrupción, aunque como demuestra ese estudio, muy dispar su percepción, pues mientras algunos de esos comportamientos fueron percibidos claramente como corrupción por hasta un 85% de los encuestados, otras apenas lo fueron por un 35%⁶⁷.

La Encuesta de opinión ejecutiva de 2005 del Foro Económico Mundial, constató que *“el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE es más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, la fiscalidad, el poder judicial y la captura estatal”*. En el documento «Integridad en la contratación pública buenas prácticas de la “A” a la “Z”», OCDE, 2007, se recogen los datos de esas encuestas⁶⁸, analizando la percepción del fenómeno de la corrupción en las

⁶⁷ Estudio nº 2.826 del CIS, “Ética pública y corrupción”, Diciembre 2009. A la mayoría de las preguntas, entre un 75 y un 85% de los encuestados identificaron esas prácticas como corruptas, aunque en algunas los porcentajes fueron muy inferiores: saltarse la lista de espera médica sólo un 45,6% lo considera corrupción; llevarse material de oficina un 47,4%; utilizar el coche oficial para desplazamientos privados, un 53%. En las actividades privadas, la percepción de la corrupción es sensiblemente inferior: Aparcar el coche en doble fila sólo un 34,9% de los encuestados lo considera corrupción; saltarse los límites de velocidad un 62,3%; no pagar el IVA sólo un 50,2%; o defraudar en el declaración de la renta un 63,8% lo considera una práctica corrupta; en cambio en 79,5 considera corrupción fingir una enfermedad para coger una baja y un 75,1% utilizar las recetas de un pensionista para obtener medicamentos gratuitos; es llamativo que el 80,3% considera corrupto arrojar basura en un lugar público. Parece que hay una menor percepción de la corrupción en aquellas prácticas que cualquier ciudadano podemos realizar en nuestra vida diaria y una mayor cuando se trata de actuaciones relacionadas por políticos o funcionarios, aunque curiosamente llevarse material de trabajo de la oficina o utilizar el coche público para fines privados apenas se ve como corrupción por la mitad de los encuestados.

Estos datos permiten JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, considerar que la corrupción en España “sigue pautas que encajan en algoritmos defectuosos evidentes en muchas sociedades y países por todo el mundo”. *“Esto funciona así: Anatomía de la corrupción en España”*, Febrero 2012. Publicado en <http://www.letraslibres.com/revista/dossier/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana>

⁶⁸ Puede encontrarse en internet la traducción de SÁNCHEZ GIL, Isabel, publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Madrid 2009.

empresas. Un estudio evolutivo de la percepción de la corrupción en los años 2005, 2009 y 2013, ha detectado en España un aumento de esa percepción en todos los niveles encuestados (local, regional y nacional) del 17 al 21% (llegando al 95% la percepción de la corrupción a nivel nacional en el año 2013). En otros países el incremento de la percepción fue muy inferior (Italia del 11 y 9%) incluso ha disminuido (Francia en 2013 -5%)⁶⁹.

En contratación pública, la percepción que de la corrupción se tiene en nuestro país es bastante superior a la media europea, especialmente entre las empresas, según los datos que se recogen en el «Informe de lucha contra la corrupción de la UE Bruselas, 3.2.2014, COM (2014) 38 final». El anexo 9, recoge los datos sobre España, a partir de una encuesta Flash Eurobarómetro realizada en 2013 a empresas y particulares, del que destacamos dos datos: el 97 % de las empresas españolas (segundo porcentaje más elevado de la UE) declaró que la corrupción está muy extendida en su país (media de la UE: 75 %), porcentaje que es de un 95% entre los particulares (media de la UE: 76 %)⁷⁰. De los datos de esa encuesta, X. CODINA GARCÍA-ANDRADE ha extractado los tres ámbitos de la contratación pública más proclives a la corrupción: abuso de procedimientos negociados; elaboración de pliegos a medida de uno de los candidatos; modificación de contratos públicos⁷¹.

El fiscal general del Estado C. CONDE-PUMPIDO, reveló que en noviembre de 2009 se estaban tramitando un total de 730 causas contra cargos públicos por corrupción⁷². Estos datos y este tipo de afirmaciones nos llevan a plantear si en

⁶⁹ Fuente: Eurobarómetros 245(2005), 325 (2009), y 397 (2013)

⁷⁰ Puede consultarse los datos completos en la pág. 4 este informe, en español en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf Estos son los datos completos que recoge el informe, pág. 4: en relación con las empresas, el 52 % de los encuestados españoles que respondieron consideró que la única manera de triunfar en el mundo empresarial es disponer de contactos políticos (media de la UE: 47 %); el 97 % de las empresas españolas (segundo porcentaje más elevado de la UE) declaró que la corrupción está muy extendida en su país (media de la UE: 75 %), mientras que el 88 % (segundo porcentaje más elevado de la UE) consideró que la corrupción y el abuso de poder están extendidos entre los políticos, los representantes de los partidos o los altos cargos a nivel regional o local (media de la UE: 70 %); el 93 % de las empresas españolas que atendieron a la (segundo porcentaje más elevado de la UE) manifestó que el favoritismo y la corrupción obstaculizan la competencia empresarial en su país (media de la UE: 73 %). En lo que respecta a los particulares, el 63 % de los españoles encuestados (porcentaje más elevado de la UE) se considera afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana (media de la UE: 26%), en tanto que el 95 % manifiesta que la corrupción es un problema muy extendido en el país (media de la UE: 76 %); y el 91 % afirma que existe corrupción en las instituciones locales y regionales (media de la UE: 77 %).

⁷¹ CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, en el artículo “Comparando percepciones en la contratación pública”. <http://agendapublica.es/comparando-percepciones-en-la-contratacion-publica/>.

España existen circunstancias que nos hagan un país más dado a la corrupción, como ha mantenido A. NIETO GARCÍA⁷³. Quizá siglos de convivencia con la picaresca, en parte quizá justificada por una situación de perenne crisis económica⁷⁴ que ha llevado a asentar la idea de sentirse mal gobernados, nos han llevado a una laxitud moral excesivamente tolerante, y a veces partícipes en corruptelas y fraudes en la vida privada, y de ahí, en la pública⁷⁵. Asumimos las palabras de A. NIETO GARCÍA, “*un pueblo padece la corrupción que se merece y de que cuando y donde los ciudadanos son honestos y dignos, la corrupción es reducida*”⁷⁶. En el país de la Pícara Justina, el Buscón Don Pablos o el Lazarillo de Tormes, quizá la corrupción esté enquistada en nuestros genes⁷⁷, o tal vez no seamos demasiado diferentes los países de nuestro entorno con un sistema socioeducativo y político similar. Lo que sí es cierto es que con determinados tipos de corruptelas, de fraudes más o menos menores, ha habido siempre cierta condescendencia, en ocasiones admiración hacia el pícaro, algo ni siquiera

⁷²http://15mpedia.org/wiki/Lista_de_pol%c3%adicos_condenados

⁷³ NIETO GARCÍA, Alejandro, en el “*El desgobierno de los público*”, cit., pág. 393, afirma que “*en una sociedad como la española, profundamente corrupta, es inevitable que sus gobiernos también lo sean*”. Fuera del campo académico, la escritora ETXEBARRIA ASTEINZA, Lucía, ha afirmado también que “*Aquí en España la corrupción es la norma, no la excepción*”, ha en un crítico artículo “Rajoy es tonto y analfabeto”, entrada del 20/01/ 2013 en <http://blogs.deia.com/rincondelproteston/2013/01/28/rajoy-es-tonto-y-analfabeto-por-lucia-etxebarria/>

⁷⁴ Recordemos las sucesivas bancarrotas del Estado recogidas por SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ en el libro citado “*La bancarrota del Estado y Europa como contexto*”.

⁷⁵ Se ha popularizado en las redes sociales un texto en tono humorístico. El relato dos personas charlando en un bar cuentan diferentes estafas que hacen en su vida privada, como una baja laboral con un problema de salud ficticio, poner el coche a nombre de un familiar mayor con una minusvalía para ahorrarse el impuesto correspondiente, no pagar el IVA de una factura, tener a un empleado sin asegurar, etc., para acabar haciendo un comentario muy crítico sobre una noticia en relación con el alcalde de su localidad: “- ¿te has enterado lo del alcalde del pueblo? ¡qué bien amañado lo tenía todo! ¡qué poca ética! a mí me extrañaba que la recogida de basura siempre la ganara la misma empresa. -sí, ¡qué cantidad de corruptos nos gobiernan! y para colmo hay que sostenerlos a todos.” La historia refleja cómo se ven con normalidad y hasta admiración estafar a la Administración, mientras se critica cuando es un político quien las comete.

⁷⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*Corrupción en la España democrática*”, cit., pág. 261.

⁷⁷ Evidentemente estas referencias genéticas se hacen sin base científica, comentario al hilo de un texto de Pérez Galdós, de sus “Episodios Nacionales”, publicado en el blog <https://apalabrado.wordpress.com/2013/03/11/benito-perez-galdos/> “En España la corrupción está enquistada en los genes”. Pero guardan relación metafórica con la referencia de Galdós de la “tuberculosis étnica” del régimen político español.

Una explicación de esa propensión genética a la corrupción en los países de clima cálido se hace en <http://www.letraslibres.com/revista/dossier/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana:la-vida-en-los-paises-frios-es-mas-dura-y-hace-necesario-la-mutua-ayuda-para-sobrevivir;en-los-calidos-las-mayores-facilidades-para-la-vida-llevan-a-la-superpoblacion-y-a-que-de-esta-surjan-conflictos-de-los-que-sobreviven-los-mejor-preparados-para-la-depredacion,-pasa-sobrevivir-a-costa-de-los-otros,-y-plantea-“la-corrupcion-como-secuela-de-nuestra-supervivencia”>.

justificable apelando a las palabras de B. BRECHT “*la moral empieza con el estómago lleno*”⁷⁸.

Una cosa es ser consciente que las “flaquezas humanas”, a las que se refería Maura en el debate de la Ley local de 1907, son perennes, y otra cosa es ser condescendiente con ellas, y no pocas veces hasta admiradores de quienes las excusan o las practican y alardean de ellas. La corrupción en todos los ámbitos es un vicio de nefastas consecuencias, perseguirla y revertir sus consecuencias económicas, hasta llegar a hacerla meramente testimonial y siempre justamente castigada. Porque la corrupción no sólo tiene un coste económico a corto plazo, sino un coste moral que acaba minando el valor del esfuerzo y con ello lastrando el progreso basado en el trabajo individual y colectivo (esfuerzo que se plasma en la contratación en la presentación de ofertas bien estudiadas y con propuestas eficientes e innovadoras).

I.5. Los mecanismos de la corrupción

Para plantear cómo luchar contra este problema de tan honda raigambre, resulta obligado reflexionar mínimamente sobre los mecanismos de la corrupción, que la motiva y cómo actúa.

Es muy recurrente la cita de la «fórmula de la corrupción» del R. KLITGAARD: $C=M+D-A$, donde corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A)⁷⁹. Nos parece más precisa la ecuación que ha formulado J. R. CHAVES GARCÍA: $K=(I+N) \times C$, en la que Corrupción = (Inmoralidad del sujeto + las normas jurídicas imperfectas) x contexto político degradado⁸⁰. Sin entrar a analizar, lógicamente, cuestiones morales, sí que unas “normas jurídicas imperfectas” dejan resquicios por los que se pueden colar decisiones corruptas, y lo cual se favorece en un contexto político y

⁷⁸ BRECHT, Bertolt: poemas y canciones, alianza Editorial, Madrid 1999. Citado por la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, en “Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida” 2003, pág. 57.

⁷⁹ KLITGAARD, Robert, catedrático norteamericano de economía, publicó esta fórmula en 1988. Muchos trabajos sobre corrupción se hacen eco de esta fórmula, por ejemplo, CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, “Comparando percepciones en la contratación pública”, cit. También en el artículo periodístico “La ecuación de la corrupción”, publicado por el Diario el País, 11 de septiembre de 2010: http://elpais.com/diario/2010/09/11/cvalenciana/1284232690_850215.html

⁸⁰ CHAVES GARCÍA, José Ramón, Entrada en su blog: <http://contencioso.es/2011/02/05/la-formula-de-la-corrupcion-y-su-antidoto/>

social habituado a los fraudes de cualquier tipo en la vida privada y a la utilización del poder en beneficio particular. Dedicamos la parte central de este trabajo a proponer medidas para mejorar la normativa de contratación pública desde la óptica de la transparencia material y formal, y en el capítulo IV recogemos ideas compartidas por los autores más acreditados para tratar de mejorar ese contexto político social degradado: profesionalización de la gestión; controles internos y externos eficaces, y exigencia de las responsabilidades correspondientes; además de hacer referencia a un aspecto esencial como es la educación colectiva en valores éticos.

Evidentemente no es objeto de este trabajo analizar los componentes mentales de la corrupción, y sólo mínimamente los fácticos, las situaciones que propician la corrupción, para centrarnos en las grietas legales por las que puede colarse. A partir de los sumarios judiciales varios autores han hecho un análisis de los mecanismos institucionales y mentales que hacen posible la corrupción, pues de muchas investigaciones se desprende como han sido convencidos quienes toman parte en la manipulación de un procedimiento de contratación (o de otro tipo, urbanístico, de selección de personal,...) para dar una ventaja a un contratista, a cambio de cualquier tipo de beneficio, de soborno. Los periodistas F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y V. CARBONA han diseccionado en un ensayo los motivos que impulsan a los políticos, los empresarios y a la sociedad a incurrir y aceptar la corrupción⁸¹. A. MUÑOZ MOLINA, ha analizado como hemos llegado a la situación actual tras años de “vino y rosas” de gastos descontrolados, tanto por lo innecesario cómo por la ausencia de controles de legalidad y consignación presupuestaria: *“los alcaldes y los concejales podían contratar y gastar prácticamente a capricho, y tomar decisiones sin someterlas a tediosos cálculos de gasto. Para quedarse con un contrato de suministro de papeleras o de servicios informáticos a un ayuntamiento lo menos necesario era presentar una oferta que superase a todas las demás en la calidad de los materiales y en el precio: bastaba con disponer privadamente de las condiciones del concurso antes de que se hicieran públicas. (...) Sólo unos años antes las instituciones eran demasiado pobres y cualquier gasto o contrato que hacían estaba sujeto a concursos meticulosamente regulados, a la árida inspección jurídica de*

⁸¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando y CARBONA, Vicente “Esto funciona así: Anatomía de la corrupción en España”. Febrero 2012
<http://www.letraslibres.com/revista/dossier/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana>

*aquellos funcionarios sobre quienes los altos cargos políticos no tenían más autoridad que la de la ley*⁸².

La dinámica suele ser similar en todos los casos, utilizando a una persona de cierta confianza de aquella cuya concurrencia se precisa, que le trasmite mensajes del tipo “*todo el mundo lo hace*”, “*si tú no lo haces otro lo hará*”, “*nadie se va a enterar*”, “*es lo más habitual*”, “*¿Cómo te crees que tal o tal se ha pagado esto o aquello?*”, “*votando a favor de eso arreglas tu vida y la de tus hijos*”... Tampoco es inusual empezar con regalos, inicialmente inofensivos, como un típica cesta de Navidad, e ir incrementado su valor y pasando a otro tipo de “favores” de muy diferente tipo (viajes, entradas para eventos culturales o deportivos, colocar a familiares...), confiando primero en que se cumpla el refranero popular, “el que regala bien vende si el que recibe lo entiende”, para pasar más tarde a sobornos de diferentes tipos si llega a ser necesario.... Las formas de obtener beneficios ilícitos de las contrataciones son múltiples, tanto en metálico como en especie. En la mayoría de los casos de corrupción suele requerirse la concurrencia más o menos activa de técnicos, ya sean empleados públicos o directores externos de obras contratadas. Pueden darse casos de corrupción en los que los políticos no tengan conocimiento, especialmente si se actúa directamente sobre la fase de adjudicación. Más difícil es que en la corrupción manejada por los políticos no tome parte activa u omisiva algún técnico: si la empresa paga una comisión a un político o un partido⁸³, el coste económico saldrá generalmente de algún tipo de

⁸² MUÑOZ MOLINA, Antonio, “*Todo lo que era sólido*”. Editorial Seix Barral, Barcelona, 2013: “*La ruina en la que nos ahogamos hoy empezó entonces: cuando la potestad de disponer del dinero público pudo ejercerse sin los mecanismos previos de control de las leyes; y cuando las leyes se hicieron tan elásticas como para no entorpecer el abuso, la fantasía insensata, la codicia, el delirio —o simplemente para no ser cumplidas*” (pág. 21).

⁸³ Como las comisiones del 3% al 4%, que exigía al parecer Jordi Pujol en los contratos de la Generalitat de Cataluña, amenazando con no recibir más adjudicaciones si no pagaban la mordida. <http://www.elmundo.es/cataluna/2014/09/09/540e2ae822601d05418b458e.html>
Este asunto ha llevado a nuevos registros policiales en las sedes del partido Convergencia Democrática de Cataluña y a la detención de su tesorero el 21 de octubre de 2015.
Modelo “imitado” en otros lugares, como el caso denunciado por un ex alto cargo del PP de Baleares, que declaró que pedían el 3% de comisión por contrata. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/24/actualidad/1424772632_714821.html

Un caso singular, que excede del campo de la contratación pública, es la contratación de ex políticos por empresas que contratan o prestan servicios públicos regulados, lo que se ha dado en llamar las «puertas giratorias», movimiento de altos cargos entre el sector público y el privado, y viceversa, obteniendo produciendo conflictos de interés entre la esfera pública y la privada, en beneficio de la empresa contratante y en perjuicio del interés público. CHAVES GARCÍA, José Ramón, ha cuestionado un caso del contrato de la ex Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, por una empresa de “*cazatalentos*”: “*¿Se selecciona a los “cazatalentos” por su “talento” o porque pueden abrir las puertas de caladeros donde algunos puedan aplicar su talento?; ¿Tanto vale la “agenda” de un político “con mando en plaza”?...*” <http://contencioso.es/2015/05/22/de-cazatalentos-y-de-talentos-para-cazar-o-cacear/>

incumplimiento contractual, al que algún empleado público o director de obra externo ha de dar su conformidad, o no advertirlo. En todo caso, siempre es necesaria la participación de un empresario, que puede tomar la iniciativa de corromper a un político o técnico, o a ambos, o ser víctima de ellos, aunque también cabe la actuación exclusivamente empresarial, como los pactos para pactar precios (colusión⁸⁴), o las deficiencias en la ejecución de los contratos que pueden quedar ocultas a los responsables de los mismos⁸⁵.

Una vez convencido a quien ha de manipular fácticamente el procedimiento, las formas de actuar en cualquiera de las fases de un procedimiento de contratación son múltiples, y no pocas veces de muy difícil control, como las citadas comisiones a cualquiera que sea el adjudicatario, o modificaciones cualitativas o cuantitativas durante la ejecución del contrato de las unidades de obras o prestaciones de que se trate, pues no queda constancia documental alguna. Menos complicado puede resultar advertir una manipulación para restringir la competencia en la fase previa, el manejo de los criterios de solvencia o de valoración de las ofertas, las modificaciones, revisiones de precios, restablecimiento del equilibrio económico concesional o prórrogas de los contratos.

Otra forma de corrupción que se ha padecido mucho en los años de la supuesta “bonanza económica” en nuestro país es la demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales⁸⁶, que se ha hecho

⁸⁴ Sobre las prácticas colusorias pueden leerse a VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, en el artículo “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española”, publicado en el ObCP el 1/03/2013:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/relcategoria.121/relmenu.3/chk.e3f6cd5898628edef0f5175c41012760>

COLON de CARBAJAL FIBLA, Borja, “derecho de la competencia y contratos públicos: medidas de lucha contra las prácticas ilícitas en el libre mercado”, entrada del 2012/11/26 en su blog <http://borjacolon.blogspot.com.es/>.

ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón, “Empresas vinculadas y límites legales a las prácticas colusorias en la contratación administrativa”, publicado en la revista El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 17, Quincena del 15 al 29 de septiembre de 2015, pág. 1909, Editorial WoltersKluwer.

⁸⁵ Infinidad de novelas han abordado asuntos relacionados con la corrupción política. Por citar algunas de las recientes sobre la corrupción en España “Hígado de oca a las uvas”, de SOSA WAGNER, Francisco, una sátira sobre la especulación inmobiliaria. Editorial El Clavel, abril de 2014. Rafael CHIRBES ha escrito dos novelas muy premiadas, y una llevada a la televisión que cuentan una misma historia la de la corrupción política, sus causas y sus consecuencias: “Crematorio” (editorial Anagrama, 2007) y “En la orilla” (editorial Anagrama, 2013). Fernando Huertas “La lealtad de los reptiles” (Amarante, 2015), thriller que se desarrolla en las entrañas del poder y presenta cierto paralelismo con el caso Bárcenas.

⁸⁶ MEDINA ARNÁIZ, Teresa. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”. Diario La Ley, Nº 7382, 16 de abril de 2010, Ed. La Ley.

especialmente visible en el caso de las obras, bien por lo desproporcionado de las mismas, bien por no responder a demandas reales⁸⁷. J. CASTELLANO CACHERO ha señalado que la principal forma de corrupción en la fase inicial, es iniciar una licitación pública sin que sea necesaria para los ciudadanos, casos donde la inversión pública no tiene una justificación ni desde un punto de vista social ni económico, recordaba los tramos de AVE que se han tenido que cerrar o tapiar porque el trazado diseñado era inviable, estaciones de tren desiertas, aeropuertos fantasmas, etc.⁸⁸. Mucho menos visibles son los contratos de suministros y servicios celebrados por doquier en prácticamente todas las entidades del sector público de este país que han acabado con bienes, informes o estudios, olvidados en un almacén o en un cajón. Aunque el fenómeno de las obras inconclusas o infrautilizadas no es exclusivo de estos tiempos, pues hay ejemplos bien conocidos a lo largo de la historia, como el Canal de Castilla, la estación de tren de Canfranc o el túnel de la Engaña, entre Burgos y Cantabria⁸⁹.

También nos merece algún comentario el tema de los sobrecostes de las obras o servicios, algo no pocas veces ligado a modificaciones ilegales de los contratos que más que el interés público busca el del adjudicatario y, en no pocas ocasiones, de los redactores de los proyectos y directores de las obras. Un ejemplo que a España le ha salido triplemente caro es el de la obra de la línea del AVE Madrid-Barcelona-Francia, que alcanzó los 1.732 millones, un 31,4% más de lo previsto, con 44 modificaciones de contratos, todas ellas declaradas ilegales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STGUE de 31 de enero de 2013, asunto T 235/11); la consecuencia no ha sido sólo que el Estado español haya tenido que pagar las obras ejecutadas por encima de lo inicialmente proyectado, sino que no ha recibido para ello los Fondos comunitarios que financiaban el proyecto y ha tenido que pagar además una multa a la Comisión Europea. Similar situación puede

⁸⁷ Un caso judicializado que denota una incorrecta estimación de la demanda, sin que conste que se hayan exigido responsabilidades a la consultora que realizó los estudios, es el de las autopistas de peajes “radiales” de Madrid (STS de 16 de mayo de 2001, rec. 566/208; STS de 28 de enero de 2015, rec. 449/2012)

⁸⁸ CASTELLANO CACHERO, Jaime, en “La corrupción en la contratación pública en España es de libro”, publicado el 12 marzo, 2015 en el en el blog ¿hay derecho? <http://hayderecho.com/2015/03/12/la-corrupcion-en-la-contratacion-publica-en-espana-es-de-libro/>

⁸⁹ ESCOLAR GARCÍA, Ignacio, ha estudiado este tema en varios artículos. “España y los trenes perdidos”, 18/05/2013, en http://www.eldiario.es/escolar/Espana-trenes-perdidos_6_133746630.html “El AVE a ninguna parte”, 08/05/2014, http://www.eldiario.es/escolar/AVE-parte_6_257984245.html

producirse con otras obras, como el túnel de pajaros, entre León y Asturias, cuya inversión ya triplica la inicialmente prevista o el puerto de El Musel de Gijón⁹⁰.

Pero estos problemas no son exclusivos de nuestro país: el coste del nuevo edificio de la sede del Fondo Monetario Internacional pasó al parecer de 500 a 1100 millones de euros. Ni tampoco es actual: el emblemático edificio de la Ópera de Sidney se comenzó en 1957 y concluyó en 1973, con un sobrecoste de 14 veces el presupuesto inicial. En relación con los sobrecostes de las grandes obras se ha planteado que en no pocas ocasiones derivan directamente de un proyecto deliberadamente presupuestado a la baja, para poder comenzar unas obras cuyo verdadero coste lo haría inicialmente indefendible ante la opinión pública. El ex-alcalde de San Francisco, Willie BROWN, justificó los habituales sobrecostes de la obra pública emblemática afirmando que *“En el mundo de los proyectos cívicos, el primer presupuesto es en realidad una especie de anticipo. Si la gente supiera el coste real desde el principio, nunca se aprobaría nada. La idea es empezar. Ponerse a hacer un agujero tan grande que ya no hay otro remedio más que traer el dinero necesario para taparlo”*. Así, señala que la laxitud con la que los ciudadanos vienen aceptando estas desviaciones en la obra pública, hace que el 90% de los denominados megaproyectos terminen costando mucho más de lo licitado⁹¹. Quizá esto ha llevado a muchos políticos a acometer megaloproyectos, buscando siempre la firma de un arquitecto de renombre internacional, convertidos en estrellas mediáticas: Fran Gueri; Norman Foster; Dominique Perrault; Santiago Calatrava; Rafael Moneo... En España, grandes y pequeñas ciudades y Comunidades Autónomas han pugnado por contar con los servicios de estos arquitectos, cuyos proyectos han sido en no pocas ocasiones tan cuestionados por su funcionalidad como por las desviaciones de sus presupuestos iniciales⁹².

⁹⁰El túnel de Pajares se presupuestó en 1.085 millones de euros, y se llevan gastados más de 3.200; en el puerto de El Musel de Gijón la Oficina Antifraude denunció sobrecostes en la compra de los materiales que podrían motivar la devolución de 247,5 millones de euros.

⁹¹ Puede leerse el artículo “Cuando el sobrecoste forma parte del plan”, 3 de febrero de 2014 http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/02/03/actualidad/1391459849_523014.html
Cita este artículo obras emblemáticas en medio mundo con enormes sobrecostes, como las obras del Canal de Panamá, el nuevo aeropuerto de Berlín, la Filarmónica del Elba, en Hamburgo, o los estadios que Brasil construyeron para albergar el Campeonato del Mundo de 2014.

⁹² Algunos de esos edificios ha tenido que ser cerrado por falta de fondos para mantenerlo, como el Centro Cultural Niemeyer de Avilés, del arquitecto brasileño Oscar Niemeyer; objeto de costosas reparaciones, como la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia, de Santiago Calatrava; o dejados sin completar, como la Ciudad de Cultura de Santiago de Compostela, proyecto del estadounidense Peter Eisenman. Actualmente sigue en construcción, aunque con alguna modificación sustancial sobre el proyecto inicial, el Palacio de Congresos de León, obra del francés Dominique Perrault.

I.6. El coste de la corrupción

La corrupción, sea en la forma que sea, tiene un doble, y no pocas veces, triple coste: la cantidad que se “desvía” en el pago de sobornos; la calidad y a veces seguridad de lo ejecutado; el coste moral en pérdida del valor de la ética y de la confianza en el sistema político. J. F. MALEM SEÑA ha destacado que la corrupción es nociva *“porque socava el principio de la mayoría, es contraria a la publicidad, vuelve a los partidos políticos dependientes del mercado y genera en la población un sentimiento de impotencia y frustración que hace que no participe en la cosa pública”*⁹³. La citada Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 hace también referencia a los costes económicos y morales de la gestión irregular, fraude y corrupción en la contratación pública: *“estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza respecto a la Unión Europea”,* y añade *“efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior”*⁹⁴.

El profesor L. GARICANO GABILONDO ha destacado ese doble coste, moral y económico de la corrupción, y considera que acabar con esta lacra es *“un imperativo económico, no solo ético”*. Y lamenta como nuestra sociedad parece dejar de lado los problemas morales mientras el corrupto genera aparente bienestar y puestos de trabajo bienestar, pues *“personas corruptas siguen ganando elecciones, y evitando dimitir, confiados en que los votantes se olvidarán de su mala conducta”*⁹⁵. Este dato parece corroborado en las elecciones municipales de mayo de 2015, pues de los 118 alcaldes imputados que concurren a esos comicios, 89 volvieron a ser los candidatos más votados⁹⁶.

⁹³ Palabras de MALEM SEÑA, Jorge F., en el libro *“La corrupción y sus aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, Editorial: Gedisa, Barcelona 2002.

⁹⁴ Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010 sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7_TA (2010) 0155 (DOUE de 15 de marzo de 2011).

⁹⁵ GARICANO GABILONDO, Luis: *“Acabar con la corrupción, un imperativo económico, no solo ético”*, artículo publicado en el periódico El País el 19 de abril de 2015.
http://economia.elpais.com/economia/2015/04/17/actualidad/1429269550_712281.html

⁹⁶ En mayo de 2012 había en España 800 cargos públicos y políticos imputados en casos de corrupción y 100 de ellos fueron en las listas a las elecciones.
http://15mpedia.org/wiki/Lista_de_pol%c3%adticos_condenados#cite_note-3

El coste económico mundial de la corrupción se estimó en el año 2011 en 3 billones de dólares, el 5% del PIB global, dato que recoge por B. GARZÓN REAL ejemplarizando con la referencia de que “si la corrupción fuera un sector empresarial, sería el tercero mayor del mundo”⁹⁷.

Como hemos apuntado, cuando la corrupción está ligada a la contratación pública tiene, además, el pernicioso efecto de la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos, encareciendo las inversiones públicas (hasta un 20-25% según algunos cálculos⁹⁸) o disminuyendo sensiblemente la calidad de las obras, servicios o suministros contratados. Efectivamente “*cuando los contratos o las concesiones públicas no se adjudican a la mejor oferta técnica y económica, la principal consecuencia es que al comisionista le pagamos todos los contribuyentes por el sobrecoste del servicio*”⁹⁹; pero el mal no acaba ahí, pues es usual que la “mordida” sea costa de la calidad de un trabajo que no cumple adecuadamente el objetivo para el que se contrató, y luego habrá que sufrir las carencias o deficiencias de las prestaciones objeto del contrato en cuestión.

En el ámbito de la contratación pública se estiman diferentes cantidades sobrecoste que supone la corrupción, pues evidentemente es imposible llegar a una cifra mínimamente precisa. La Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, de 6 de junio de 2011 estima que la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE de unos 120.000 millones de euros al año – el 1% del PIB europeo- ¹⁰⁰. La organización Transparencia Internacional que estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno.

⁹⁷ GARZÓN REAL, Baltasar, en el libro citado “*el Fango...*”, pág. 11. Dato que cita del estudio “*The cost of tax abuse: a briefing paper on the cost of tax evasion world wide*”, The Tax Justice Network, de noviembre de 2011.

⁹⁸ Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final (Report from the Commission to the Council and the European Parliament. eu anti-corruption report). http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

⁹⁹ Frase extraída del libro “Sansón Carrasco ¿Hay Derecho?”, Ediciones Península, 2014. de la NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa, GOMÁ LANZÓN, Fernando, GOMÁ LANZÓN, Ignacio, RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando, y TENA ARREGUI, Rodrigo (pag.189).

¹⁰⁰ COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.

RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio, “*Sobrecostes, corrupción y control*”, en su blog [fiscalización.es](http://fiscalizacion.es): <http://fiscalizacion.es/2014/02/04/sobrecostes-corrupcion-y-control/>. Periódico El Mundo 04/02/2014: “Los corruptos se quedan con el 25% del dinero de las contrata”, artículo en el que se hace eco de la Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, de 2011.

El «Informe sobre el Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia», de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aprobado el 5 de febrero de 2015, estimó en 47.500 millones la factura de la corrupción en la contratación pública, un 25% de los 194.000 millones que anualmente se destinan a licitaciones de servicios públicos con cargo al Estado. El dato es tremendo, pues es una cifra superior al déficit público del Estado para 2015, un 4,5% del PIB, un porcentaje que supera incluso la previsión de déficit público comprometida con Bruselas para este año 2015 fijado en el 4,2%. Esto querría decir que España podría resolver los desequilibrios de las cuentas públicas si acometiera una activa política anticorrupción en la contratación pública. No obstante, estas cifras han sido cuestionadas por J. CASTELLANO CACHERO ya que la CNMC no justifica en su opinión adecuadamente esa estimación, pues se basa a su vez en una estimación de Transparencia Internacional en su manual contra la corrupción, en el que estima que el daño de la corrupción en la contratación pública oscila entre el 10 y el 25%, y en algunos casos alcanza entre el 40 y el 50% del valor del contrato (la CNMC se ha quedado con el 25% para España); además, matiza acertadamente este autor, la ausencia de competencia efectiva no está ligada necesariamente a la corrupción de los dirigentes públicos, pues la Ley lo permite en varios supuestos¹⁰¹. Ciertamente la cifra parece muy elevada si se compara con la que se ha dado a nivel europeo por la Comisión, pues supondría que España representa casi el 40% del dinero que se lleva la corrupción en Europa.

En todo caso, aun moviéndonos en cifras estimativas, el volumen de dinero público que se sustrae del gasto público en contratos es ingente. Y además esas cifras presumimos que no se han sumado las cantidades adicionales que en muchos casos hay que reinvertir para subsanar deficiencias dejadas por las prácticas corruptas en la ejecución de los contratos. Porque no puede olvidarse que el dinero que se distrae de las inversiones públicas por mor de la corrupción sale de un sobre coste en el contrato, de una merma de las condiciones laborales de los trabajadores, o de la reducción de la calidad de la inversión final. Y esa merma de la calidad se traduce en eludir estudios previos rigurosos, materiales de peor calidad, unidades de obra o trabajos que dejan de ejecutarse. Por eso vemos muchas veces reparar obras al poco tiempo de su inauguración, o deficiencias que se ponen de manifiesto con las primeras inclemencias meteorológicas

¹⁰¹ CASTELLANO CACHERO, Jaime, en “*La corrupción en la contratación pública en España es de libro*”, publicado el 12 marzo, 2015 en el en el blog ¿hay derecho? <http://hayderecho.com/2015/03/12/la-corrupcion-en-la-contratacion-publica-en-espana-es-de-libro/>

mínimamente extraordinarias. Y lo de verdad imperdonable es cuando esas deficiencias materiales derivadas de la corrupción, se traducen en descarrilamientos de trenes, accidentes en túneles sin medidas de seguridad y/o evacuación adecuados, y eso cuesta ya algo que no se puede reparar con dinero.

Como señala J. M GIMENO FELIU de la corrupción se derivan evidentes ineficiencias económicas, y también la pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior. T. MEDINA ARNÁIZ, considera por ello que el combate de la corrupción en la contratación pública es básico tanto para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, *“como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial”*¹⁰².

I.7. Integridad y eficiencia en la contratación pública

Erradicar totalmente la corrupción es una utopía inalcanzable, hemos repetido varias veces. El breve recorrido histórico que se ha realizado es suficiente para afirmar que la corrupción es consustancial a la naturaleza humana, o al menos es permanente su constatación desde que se conocen datos de la historia de la Humanidad. Y como recuerda la fábula del escorpión y la rana atribuida a Esopo, lo esencial de la naturaleza siempre prevalece, aunque seamos conscientes de que sus efectos son letales. La corrupción es casi instintiva, está en la base de varios de los “pecados capitales”, especialmente de la avaricia, aunque como todos ellos, no está igual de enraizada en todos los hombres, o sí, y sólo depende de las circunstancias que los rodean, o de la educación que reciban...¹⁰³.

Por ello es esencial modificar esas ‘circunstancias’, para poder reducir a la mínima expresión los casos de corrupción, detectarlos y purgarlos con celeridad. Esa labor requiere no sólo mejorar las normas jurídicas y su aplicación, es

¹⁰² MEDINA ARNAIZ, Teresa, *“Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”*, Diario La Ley, N° 7382, 16 abril 2010.

¹⁰³ Recogemos la cita de Alexander Solzhenitsyn en el “Manual para el ejercicio de la Función Pública; Ética, Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Administración Pública, de la Oficina anticorrupción de la República Argentina”, del año 2009. *“Si todo fuera tan simple! Si sólo hubiera personas malvadas que, de algún modo, cometen insidiosamente malas acciones y basta con separarlas de las demás y destruirlas. Pero la línea que divide el bien y el mal atraviesa el corazón de todo ser humano. ¿Y quién está dispuesto a destruir una parte de su propio corazón?”*
<http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Libro%20SICEP%20da%20parte.pdf/>

necesario además adoptar medidas extrajurídicas para revalorizar la ética en la vida pública y privada.

La «INTEGRIDAD» es el concepto en el que actualmente se engloban las medidas de todo tipo para tratar de postergar al ostracismo las prácticas corruptas y favorecer la «Buena Administración» (que en nuestra opinión requiere además eficiencia y sostenibilidad). Según la RAE, “integridad”, cualidad de ‘íntegro’, adjetivo que se aplica a las personas con un comportamiento recto, probo, intachable; también significa que algo “no carece de ninguna de sus partes”. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, señala que *“en el ámbito de la contratación pública, los diferentes mecanismos para prevenir los conflictos de interés y la corrupción y fomentar la buena administración se viene agrupando bajo el paraguas de la integridad”*. Para este profesor la integridad parte de la ética y articula jurídicamente un conjunto amplio de instrumentos para prevenir la corrupción en sus diferentes formas: conflicto de intereses, colusión, abuso de información o trato discriminatorio¹⁰⁴.

La integridad es uno de los tres objetivos que se recogen en el artículo 1 de la citada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁰⁵, principio al que se recurre reiteradamente en ese texto (preámbulo, arts. 4, 5, 8, 9.3, 11, 12.2.b) y forma parte del derecho a una buena administración, derecho reconocido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como recuerda el profesor GIMENO FELIU¹⁰⁶. Las Directivas de contratación no utilizan el concepto de integridad en ese sentido amplio como opuesto a corrupción, sino que lo refieren a los datos que se facilitan, en su acepción de “completo”¹⁰⁷, y como cualidad de los empresarios en cuanto que reúnen los requisitos para poder ser

¹⁰⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, *“El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción”*; editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Zizur Menor (Navarra) 2014, pág. 19.

¹⁰⁵ Resolución 58/4 de la Asamblea General de la ONU de 31 de octubre de 2003.

¹⁰⁶ GIMENO FELIU, José María, comienza su libro *“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”* (pág. 9). Colección Estudios. Editorial Thomson-Reuters, Universidad de Zaragoza, 2014. Pág. 26.

¹⁰⁷ Directiva 2014/24: *“garantizar una identificación correcta y fiable de los emisores de la información de que se trate y de la integridad de sus contenidos”* (cdo.57); *“la Comisión debe evaluar periódicamente si la calidad e integridad de la información recogida en los anuncios publicados”* (cdo. 127); *“preservar la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas”* (art. 22.3); *“La Comisión analizará la calidad y la integridad de los datos que puedan extraerse de los anuncios”* (art. 85.1). En similar sentido en la Directiva 2014/23, art. 29.2.

adjudicatario¹⁰⁸. En cambio, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público sí que acoge una acepción amplia de integridad, elevándolo a la categoría de principio esencial de la contratación en su artículo 1¹⁰⁹. Transparencia e integridad aparecen juntas en el estudio «Integridad en la contratación pública buenas prácticas de la “A” a la “Z”» de la OCDE, 2007: “*la transparencia y la responsabilidad por la gestión son condiciones clave para el fomento de la integridad y para evitar la corrupción en la contratación pública*” y su ausencia “*la mayor amenaza a la integridad de la contratación pública*”¹¹⁰.

En este punto parece necesario hacer una reflexión sobre la eficiencia gestora y el cumplimiento de la Ley. Extremar las exigencias de la transparencia en aplicación de la Ley para combatir la corrupción, no se opone a mejorar la gestión y simplificarla cuanto sea posible.

Sin duda, el cumplimiento estricto de Ley no es siempre el remedio para evitar la corrupción, pues no siempre Ley y justicia van de la mano, no siempre las leyes favorecen la transparencia, no siempre las leyes se dictan por políticos incorruptos que buscan el interés general¹¹¹. Un ejemplo en el campo de la contratación puede verse en la STJUE de septiembre de 31 de 2013 asunto T-235/11, que recuerda al Gobierno de España que la Ley está supeditada a principios superiores (en ese caso, la regulación de la legislación española sobre las modificaciones contractuales, que entendió el TJUE que era contraria a los principios comunitarios

¹⁰⁸Directiva 2014/24: “*Es preciso aclarar que una falta profesional grave puede poner en tela de juicio la integridad de un operador económico y por tanto hacerle no apto para ser adjudicatario de un contrato público*” (cdo. 101); “*cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad*” (art. 57.4.c). En similar sentido en la Directiva 2014/23, considerando 70, art. 38.7.c

¹⁰⁹ ALCSP, art. 1: “*la presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público a fin de garantizar que la contratación del sector público se ajusta 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 candidatos; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”.

¹¹⁰ Denuncia que ya se hizo en el Forum Global sobre la Gobernanza de la OCDE, de 2004, que se denominó “La Lucha contra la Corrupción y el Fomento de la Integridad en la Contratación Pública”.

¹¹¹Basta para ello ver cómo en los juicios de Nuremberg los nazis apelaban al cumplimiento de La Ley para hacer lo que hicieron, o releer la novela de Goerge Orwell, “Rebelión en la granja”, una mordaz crítica de la corrupción y de cómo llegar a ella partiendo de unos objetivos nobles.

sobre contratación pública –apdo. 60-¹¹²). Sin embargo, tampoco se puede apelar al latinazgo “*summunius, summainiuria*” para excusar cualquier actuación vestida de fórmulas o principios gerenciales para eludir el cumplimiento de una ley, si esta es justa. Muchas veces, gestores públicos se escudan en el excesivo rigor procedimental o en la urgencia en atender necesidades públicas perentorias para eludir el cumplimiento de las normas, contraponiendo la eficacia gestora al entorpecimiento de las exigencias jurídicas¹¹³. No parece seriamente cuestionable que el procedimiento bien instruido es garantía de objetividad y eficiencia, tanto para los intereses particulares afectados como para el interés general. En palabras de F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, los “*procedimientos son garantía de la legalidad y de que la decisión sea oportuna y lo más correcta posible*”¹¹⁴. Con una visión más crítica, A. NIETO GARCÍA afirma que el dilema entre eficiencia y legalidad es más bien teórico o incluso retórico, pues el conflicto habitualmente se presenta entre la legalidad y los intereses del partido¹¹⁵.

La contratación de las Administraciones Públicas, afirma T. MEDINA ARNAIZ, se encuentra siempre con la tensión entre la eficacia y el aseguramiento de la limpieza en las adjudicaciones¹¹⁶. En esa pugna, J. M. CARBONERO GALLARDO, considera que después de casi dos siglos de preocupación por la solemnidad de los procedimientos de adjudicación en pos de impedir arbitrariedades y corruptelas, “*resulta inaplazable equilibrar ese interés con el de contratar mejor*”¹¹⁷. En mi opinión, ambos objetivos van de la mano. La eficiencia en el gasto público es precisamente el objetivo que busca la transparencia, garantizando una mayor y

¹¹² “(60) A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, P. 454/06, Rec. p. I 4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada).”

¹¹³ Se ha apelado en ocasiones, por ejemplo, a las barbaridades robesperianas en nombre de La Ley, frente a los logros artísticos en la remodelación de París, al parecer sin mucho rigor procedimental, en el reinado de Napoleón III.

¹¹⁴ SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “*La bancarrota del Estado y Europa como contexto*”, cit., pág. 41.

¹¹⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*El desgobierno de los público*”, cit., pag. 395.

¹¹⁶ MEDINA ARNAIZ, Teresa: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública». Diario La Ley. Número 7382 de 16 de abril de 2010.

¹¹⁷ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, “Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, n° 152, septiembre 2012, pág. 168.

mejor competencia del mercado para “contratar mejor, gastar menos”, como han sintetizado V. MERINO ESTRADA y R. RIVERO ORTEGA¹¹⁸.

El objetivo último de la transparencia como principio de la contratación pública es lograr la eficiencia del gasto público, gracias a la competencia. La correcta aplicación del principio de transparencia tiene un efecto directo en la concurrencia, y una mayor y más limpia concurrencia permitirá garantizar el principio de libre competencia. El artículo 18 de la Directiva 2014/24 proscribiera expresamente articular un procedimiento de contratación de manera que se restrinja artificialmente la competencia, entendiéndose que sucede esto cuando “la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”. La STJUE de 12 de septiembre de 2000 señala que las normas de publicidad previstas en la Directiva “tienen por objeto promover el desarrollo, en el ámbito comunitario, de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos”. En nuestro país, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han recordado que garantizar la máxima concurrencia es una obligación en la contratación pública (STS de 21 de septiembre de 2004, rec. 231/2003, que cita la STC 141/93, de 22 de abril)

Gestión pública eficaz y eficiente, y legalidad y transparencia, no son valores enfrentados. Un buen gerente no es el que acata a cualquier planteamiento político, sino el que conduce las ideas de los responsables políticos y las suyas propias por un adecuado cauce de eficiencia gestora, sostenibilidad económica del proyecto, y cumplimiento de las exigencias legales básicas. Se han de conjugar los esfuerzos para asegurar la eficiencia y la integridad, pues para lograr aquella, ésta es imprescindible: con corrupción, la contratación resulta ineficiente¹¹⁹.

Por lo tanto, ya se hable de lucha contra la corrupción, de integridad o de eficiencia, lo que no cabe duda, es que resulta imprescindible atajar este mal endémico de la gestión pública a la vista de los costes económicos y morales que supone la corrupción.

¹¹⁸ MERINO ESTRADA, Valentín y RIVERO ORTEGA, Ricardo “Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal”, CEMCI, Granada, 2011.

¹¹⁹ GIMENO FELIU, José María, pone el enfoque en la necesidad de combatir la corrupción como exigencia esencial para mejorar la eficiencia en la contratación pública, considerando la integridad como elemento fundamental en la política de compras públicas. En el trabajo “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, publicado en la Revista española de Derecho Administrativo núm. 159/2013, Editorial Civitas-Aranzadi.

Las propuestas para combatir la corrupción en la contratación pública veremos que son muy abundantes, tanto doctrinales como de diferentes instituciones y organismos públicos y privados, y todas conciben el refuerzo de la aplicación del principio de transparencia como el remedio más eficaz contra la corrupción¹²⁰, aunque, como se ha apuntado y desarrollaremos en el capítulo final de este trabajo necesitamos algo más que mejorar la transparencia para combatir y prevenir la corrupción¹²¹.

Vendrán bien reformas normativas para incidir en la mejora de la transparencia y garantizar una mejor lucha contra la corrupción, pero veremos cómo contamos ya con herramientas suficientes en la legislación vigente para, con una correcta aplicación acorde con una consolidada interpretación legal y jurisprudencial, articular garantías en los procedimientos de contratación para dificultar enormemente a quienes quieran manipular los procedimientos en beneficio particular. Pero es necesario para lograrlo como apunta M. FUERTES LÓPEZ, *“voluntad para avanzar en la correcta actuación pública”,* y voluntad para *“exigir responsabilidades a quienes defraudaron el poder que se les reconoció y maladministraron los intereses públicos”*¹²². Tomando una clásica cita del científico Albert EINSTEIN *“No podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”*¹²³, es imprescindible modificar conductas y reforzar las medidas para tratar de taponar los huecos por los que la corrupción succiona recursos de la contratación pública, extremar los controles efectivos y depurar responsabilidades. Para ello, como apunta la citada profesora, quizá no sea necesario aprobar ninguna nueva Ley, sino aplicar adecuadamente las vigentes; ya

¹²⁰ GIMENO FELIU, José María: “La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción”, blog del Observatorio de la contratación pública (ObCP) entrada del 4/2/2013.
VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier: “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, blog ObCP del día 10/12/2012
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/recategoria.208/re/menu.3/chk.4c74999152126da893ce94deba69f63a>

¹²¹ Como apunta MADARIAGA VENEGAS, Alejandro Fernando, en el blog del ObCP entrada del día 21/10/2013: “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/recategoria.201/re/menu.3/chk.c03f63b21897455abe03b5d547190a78>

¹²² FUERTES LÓPEZ, Mercedes: “Momento para depurar responsabilidades”. Artículo publicado en el Observatorio de la Contratación Pública el 3 de junio de 2013.

¹²³ Cita con la que el profesor GIMENO FELIU, José María, a cuyas enseñanzas acudimos de manera constante en este trabajo, comienza su libro ya anotado *“El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...”* (pág. 9).

insistía en ello Don Quijote cuando aconsejaba a su fiel escudero al ser nombrado Gobernador de la ínsula Barataria: "*Sancho, leyes pocas y que se cumplan*"¹²⁴.

II. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS TRANSPARENCIA COMO DATOS ABIERTOS.

El concepto de transparencia se utiliza en la contratación pública con dos sentidos diferentes, no opuestos:

- a. principio básico de la contratación pública, la transparencia exige que internamente el procedimiento garantice la igualdad de trato de todos los interesados en participar en una contratación pública; la selección de la oferta objetivamente más ventajosa en conjunto para los intereses públicos de la entidad contratante; y el cumplimiento íntegro de lo contratado. Se trata de una transparencia *ad intra*, dentro del procedimiento de contratación, en la relación entre los contratistas y la entidad contratante. Una transparencia que afecta al fondo, al modo en el que se contrata. El principio comunitario de transparencia en la contratación despliega sus efectos materialmente para presidir la decisión de lo que se contrata, «cómo» se contrata y qué se recibe finalmente a cambio de lo que se paga. Su objetivo último es conseguir la eficiencia en el gasto público. Podemos denominar esta faceta como «transparencia material».
- b. apertura de la información *ad extra*, la publicación de los datos de cada contratación realizada: qué se contrata, a quién y por cuánto. Esta acepción está ligada al principio de acceso a la información y a los expedientes, y a la participación de la sociedad. No interfiere en el procedimiento de contratación, sólo lo hace formalmente visible para todos los ciudadanos, sin entrar al fondo, al cómo se llega a cada adjudicación. Su objetivo es favorecer una mayor participación ciudadana implicando a los ciudadanos en la gestión pública, haciéndoles partícipes de las decisiones públicas, y facilitando con ello el control de esa gestión, si se hace con eficiencia y en beneficio de todos. Nominamos a esta como «transparencia formal».

¹²⁴ El Quijote, CAPÍTULO LI (Segunda parte, 1615, Miguel de Cervantes Saavedra).

Sobre la sobredosis normativa que, contraviniendo a Cervantes, nos invade, SOSA WAGNER, Francisco, ha escrito "*Los gobernantes cuando no saben qué hacer, aprueban una ley para dejarlo todo como estaba*", en "*Memorias europeas. Mi traición a UPyD*", Editorial Funambulista, Madrid 2015, pág.44.

La transparencia es por lo tanto un concepto ambivalente, y han de procurarse que concurra simultáneamente en una misma Administración la “transparencia material”, como principio para garantizar una contratación objetiva y eficiente, que permita ofrecer unos datos que puedan hacerse públicos sin sonrojos, para cumplir con una “transparencia formal”, como apertura de la información pública a los ciudadanos. Ambos aspectos de la transparencia pueden contribuir conjuntamente a conseguir el objetivo común de mejorar en la buena administración de los recursos públicos invertidos en contratos, una mediante la garantía de igualdad de los intervinientes directos en los procedimientos de contratación, la otra mediante el análisis por los ciudadanos del resultado de los contratos realizados. Aunque, en nuestra opinión, la «transparencia formal», la “transparencia de los datos”, ha de ser subsidiaria de la «transparencia material», de la “transparencia en la forma de alcanzar a esos datos”: para que los datos que se publiquen sean dignos de tal transparencia informativa han de derivar de un procedimiento también materialmente, transparente en el fondo. De lo contrario sucederá como en el cuento de Andersen, «el traje del emperador»¹²⁵.

C. LESMES SERRANO, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, ha aludido indirectamente a esta doble acepción: “*la transparencia es un antídoto contra la corrupción y facilita el control del gasto y la acción de gobierno por parte de la ciudadanía*”¹²⁶. También C. RAMIÓ MATAS había anudado ambas ideas, y tras afirmar que la legitimidad y la complicidad con la ciudadanía se consigue, además de con la calidad de los servicios públicos, con la transparencia y la rendición de cuentas concluye que “*con la «transparencia total» se logra erradicar la corrupción de forma casi absoluta y se logra la complicidad con la ciudadanía*”¹²⁷. Aunque no se debe olvidar que la transparencia no es un fin en sí mismo, como señala M.

¹²⁵ La Diputación Provincial de León, fue recibió la máxima puntuación, 100 puntos, en el apartado «D) transparencia en las contrataciones de servicios» en el Índice de transparencia de Diputaciones de TI España del año 2013. Poco después su Presidenta, con una gestión de la contratación siempre puesta en tela de juicio, fue asesinada en 2013 al parecer por una venganza personal en un caso de nepotismo; su sustituto fue imputado en 2014 en la Operación Púnica contra la corrupción en la contratación, pasando un tiempo en prisión incomunicada; y posteriormente se destapó otro caso de posible manipulación de la compra de vehículos durante al menos 10 años en un caso de al menos aparente conflicto de intereses del responsable del parque móvil.

Puede verse información sobre todos estos caso en la web: <https://leonsano.wordpress.com/>

¹²⁶ LESMES SERRANO, Carlos, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, en una conferencia titulada “Transparencia y Poder Judicial”, pronunciada en el Parlamento de Canarias el 25 de septiembre de 2014.

¹²⁷ RAMIÓ MATAS, Carles, “Balance del impacto de las crisis económica, política, social e institucional sobre las administraciones públicas en España 2011-2013: Diagnóstico y propuestas”. GIGAPP Estudios/WorkingPapers. Programa de Doctorado en Gobierno y Administración y Pública. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Publicado 7/10/2013, págs. 6 y 27.

VILLORIA MENDIETA, *“se promueven políticas de transparencia para que se reduzca la corrupción, se mejore la rendición de cuentas, se incremente la calidad de la democracia, se refuerce la eficiencia del sistema económico y, en última instancia, tengamos todas y todos una vida mejor”*¹²⁸.

La «Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública», enlaza ambas acepciones del principio de transparencia¹²⁹: por un lado la transparencia deriva del Derecho a la buena administración de los asuntos públicos, que requiere un tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos; por otro lado, la transparencia como apertura de la información pública al ciudadano en general, de forma que el conocimiento y gestión de los asuntos públicos deje de ser exclusividad de los poderes públicos y se incorpore a los ciudadanos a la toma de decisiones para lograr lo que se ha dado en denominar «Gobierno Abierto». La transparencia material ligada a los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores se instrumenta, en lo que se refiere a las obligaciones de publicidad, fundamentalmente a través del «perfil de contratante»; por contra, las obligaciones de publicación de datos que exigen las leyes de transparencia tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se están gestionando los asuntos públicos, en este caso contratos, y se ofrecen a través del «portal de transparencia». El «perfil de contratante» y «portal de transparencia» son herramientas distintas, con distintos objetivos, configuración y efectos jurídicos¹³⁰.

La necesaria coordinación de ambos instrumentos¹³¹ refleja que ambas facetas del principio de transparencia pueden contribuir activamente al objetivo común de lograr una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos y en la lucha

¹²⁸ VILLORIA MENDIETA, Manuel en el artículo “La transparencia en el gobierno local”, publicado el 8 de mayo de 2015 en el blog del Instituto de Derecho Local de la UAM, <http://www.idluam.org/blog/?p=290>

¹²⁹ Recogiendo en parte palabras de su Informe 12/2014, de 7 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia pública y participación ciudadana de Aragón.

¹³⁰ El Perfil tiene en muchas ocasiones efectos jurídicos, mientras que esto no ocurre en ningún caso con la publicidad en el portal de transparencia, aunque sí puede acarear responsabilidades.

¹³¹ SAN MARTÍN MORA, M^a Asunción, en el artículo “La transparencia en la contratación Pública, nuevas perspectivas”, *Contratación Administrativa Práctica*, N^o. 129, 2014, págs. 36-42, Edit. La Ley.

contra la corrupción. Como recuerda la OCDE¹³² *“el secretismo fomenta la corrupción. La transparencia y la rendición de cuentas se han reconocido como condiciones clave para la promoción de la integridad y la prevención de la corrupción en la contratación pública”*.

II.1. El principio de transparencia en la contratación pública

A. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

La transparencia es un principio básico de la contratación pública; un principio material, “estructurante” o “vertebrador”¹³³ de todo el procedimiento en cualquier tipo de contrato, un principio derivado directamente de las libertades que proclaman los Tratados constitutivos de la Unión Europea, y por lo tanto, informador de todo el derecho positivo que se dicte sobre esta materia y prevalente sobre el mismo.

La Directiva sobre contratación 2014/24 comienza en su considerando primero recordando, como hacía la 2004/18 a la que deroga, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión que resultan aplicables a toda la contratación pública. A estos principios apela también la Directiva 2014/23, sobre concesiones, y la Directiva 2014/25, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (ambas en sus respectivos considerando 4):

*“La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la **libre circulación de mercancías**, la **libertad de establecimiento** y la **libre prestación de servicios**, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el **principio de igualdad de trato**, el **principio de no discriminación**, el **principio de reconocimiento mutuo**, el **principio de proporcionalidad** y el **principio de transparencia**.”* (D. 2014/24, cdo. 1).

¹³² En el documento citado «Integridad en la contratación pública buenas prácticas de la “A” a la “Z”».

¹³³ BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, “La adjudicación de los contratos públicos en el sector público”, Revista de Administración Pública nº 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009, pág. 40. La Recomendación 1/2014 JCCA de Aragón califica este principio como “estructurante” de la contratación pública, como el mismo sentido de “vertebrador” que utiliza el citado profesor.

Estos principios se incorporan a la parte dispositiva de la Directiva 2014/24 en su artículo 18.1¹³⁴. En la Directiva de concesiones se recogen en el artículo 3.2, incidiendo en la aplicación del principio de transparencia también en la fase de ejecución y en su necesaria coordinación con el deber de confidencialidad respecto de la información reservada de las ofertas¹³⁵.

Las nuevas Directivas sobre contratación pública hacen de la salvaguarda del principio de transparencia, el argumento que justifica la mayoría de sus medidas, y algunas de sus principales novedades, como la regulación de aspectos de la ejecución directamente exigidos por la necesidad de controlar en esa fase la aplicación de este principio. La Directiva 2014/24, hace referencia en su exposición de motivos a este principio al referirse a varias instituciones¹³⁶, y cierra sus considerandos haciendo expresa referencia al papel de la transparencia como principio fundamental en la *“lucha eficaz contra la corrupción y el fraude”* (cdo. 126). En las tres Directivas se apela a lo largo de su articulado de manera constante al cumplimiento de estos principios en cada una de las fases de los procedimientos de contratación (arts. 36, 93 de la D. 2014/24), desarrollados especialmente en lo referente a la publicidad (sección 2 de la Directiva 2014/24, titulada “publicación y transparencia”, arts. 48 a 55); principios de la adjudicación de los contratos (art. 76); limitaciones a la modificación de los contratos (art. 72).

Pero estos principios no son un fin que se agota en su puro cumplimiento, pues confluyen todos en un claro objetivo: lograr la mayor **eficiencia del gasto público** mediante la adjudicación de los contratos a la oferta más ventajosa en competencia efectiva (art. 1.1 TRLCSP y ALCSP). A este objetivo, principal y básico, la nueva **«contratación pública estratégica»** añade otro: contribuir a lograr un “crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, que persigue la «Estrategia Europa 2020», implementando con los recursos que se aplican a la contratación pública en la Unión Europea (entorno al 20% de PIB de la UE) las políticas sociales, medioambientales, facilitación de la participación de las pequeñas y medianas

¹³⁴ D. 2014/24, art. 18.1: “*Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada*”.

¹³⁵ D. 2014/23, art. 3.2: “*Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato, respetando al mismo tiempo el artículo 28 (confidencialidad)*”.

¹³⁶ Al referirse a la negociación en el procedimiento homónimo (cdo. 45), a los medios de información y comunicación electrónicos (cdo. 52), o a los criterios de adjudicación (cdo. 90). Por ejemplo: “(cdo. 45) *El procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia.*”

empresas en la contratación pública y promoviendo a través de ella la innovación empresarial (cod. 2 y 123 de la D. 2014/24; cdo. 3 de la Directiva 2014/23 y cod. 4 de la Directiva 2014/25)¹³⁷.

La trascendencia de los principios comunitarios de la contratación pública ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo, y asumida lógicamente por los Tribunales nacionales, cuya doctrina reiteradamente destaca los rasgos jurídicos esenciales de estos principios informadores de la contratación pública:

1º. Tienen valor normativo y son directamente invocables ante el TJUE.

2º. La formulación e interpretación de estos principios corresponde al TJUE y no a los Tribunales nacionales, y su interpretación tiene valor *erga omnes* y desplaza al derecho nacional.

3º. Se aplican a todos los contratos que celebre el sector público, sin más excepciones que las expresamente permitidas por las Directivas en cuanto a la publicidad.

El carácter normativo y no meramente interpretativo se reconoce, por ejemplo

¹³⁷El considerando 2 de la Directiva 2014/24 recoge 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 (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. 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.*”

Sobre la nueva contratación estratégica, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 8, quincena del 30 de abril al 14 de mayo 2014, Ref. 881/2014, pág. 881, tomo 1, Editorial La Ley. “Medidas de fomento del acceso a PYMES a la Contratación Pública”, publicado en el Observatorio de la Contratación Pública (ObCP) el 5/06/2014. “Compra Pública Innovadora en la Contratación del Sector Público Local”, ObCP 16/06/ 2014. “Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, ObCP 22/06/2015.

en la STS 28 de noviembre de 2000 (rec. 4964/1996)¹³⁸, y por lo tanto estos principios deben informar la aplicación de cualquier institución de la contratación pública (RJCCAE 32/2013, RJCCA Aragón 1/2014¹³⁹), y aplicarse directamente cuando no exista una norma expresa para resolver un conflicto o cuando la literalidad de un precepto positivo contradiga nítidamente un principio (STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T 235/11; STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12¹⁴⁰). La STSJ de Castilla y León 50/2013, de 18 de enero, que la definición de los principios de contratación pública corresponde hacerla al TJCE y no a los Tribunales nacionales, y su interpretación tiene valor *erga omnes*, y desplaza al derecho interno de cada país miembro¹⁴¹.

B. TRANSPARENCIA E IGUALDAD DE TRATO

En contratación pública, el principio de «transparencia» está directamente relacionado con los principios de «igualdad de trato» de todos los licitadores y «competencia», «eficiencia» y «proporcionalidad». La transparencia busca

¹³⁸ STS de 28 de noviembre de 2000: “*es de tener en cuenta que los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para los licitadores, como ha recogido reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 17 Feb. 1971, 29 Ene. 1974 y 22 Sep. 1988) y tales principios tienen un contenido normativo inferido del análisis de los artículos 1.1, 14 de la Constitución, 1º del Código Civil, 5º de La Ley Orgánica del Poder Judicial y 3º del Título Preliminar del Código Civil*”. (FJ 6º). Ponente: González Rivas, Juan José. Ref. La Ley 7682/2001.

¹³⁹ La Recomendación de la JCCAE núm. 32, de 21 de noviembre de 2013 recuerda que los principios de igualdad, no discriminación y transparencia deben informar en todo caso la aplicación de las normas en materia de contratación pública. También se alude a esta consideración en la Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, la STJUE (Sala Cuarta) de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, Comune di Ancona y Regione Marche, que analiza el otorgamiento de una concesión, señala que “*A falta de tal normativa, el Derecho aplicable a las concesiones de servicios debe examinarse a la luz del Derecho originario y, más concretamente, de las libertades fundamentales establecidas en el Tratado FUE (véase la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60)*”.

¹⁴¹ STSJ de Castilla y León 50/2013, de 18 de enero: “*La interpretación que concreta la sentencia del TJUE por la vía del artículo 256 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea no tiene efectos de cosa juzgada sino de cosa interpretada por vía prejudicial pero de manera objetiva y abstracta. Sus efectos son erga omnes y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma – en el caso de autos, la Directiva autorización- entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. La doctrina expuesta ha sido desarrollada en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77), en la que se señala que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos*”.

asegurar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a todos los licitadores, para garantizar la máxima concurrencia posible y una competencia efectiva que permita adjudicar a la mejor oferta, y exigir luego el cumplimiento íntegro de lo contratado¹⁴². El objetivo último que se busca con la materialización de esos principios es, como se ha señalado, lograr la mayor eficiencia en el gasto público, la mayor rentabilidad económica y social del dinero que la Administración invierte en su aprovisionamiento de obras, servicios y suministros. Y para ello resulta imprescindible evitar prácticas corruptas, porque la corrupción supone un trato discriminatorio e ineficiencia en el gasto público. En palabras del profesor J. A. MORENO MOLINA “*el Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada*”¹⁴³.

El principio de «igualdad de trato» es básico en la materialización de las libertades que proclaman los Tratados, pues solo en condiciones de igualdad se pueden ejercer las libertades: libre circulación de mercancías, el libre establecimiento y la libre prestación de servicios. La igualdad de trato debe ser entendida como la obligación de no tratar de forma diferente situaciones similares sin justificación suficiente. Una concreción de ese principio es la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

En la contratación pública este principio es la base sobre la que se asienta el artesonado de la regulación, como recuerda reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*); “*el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento*” (Sentencia del Tribunal General, Sala Octava, de 31 de enero de

¹⁴² Señala VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, en referencia concreta uno de los obstáculos mayores al cumplimiento de los principios en fase de ejecución, lo siguiente: “*la modificación comporta el riesgo de desnaturalizar los principios rectores de la contratación pública que son el pilar que garantiza una verdadera contratación libre de trabas a la competencia y a la circulación de bienes y servicios*” (con cita de las STJUE de 11 de enero de 2004, asunto C-23/03, *Stadt Halle*, y otras). en el libro “*La modificación de los contratos públicos*”, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Zizur Menor, Pamplona, 2015, pág. 65.

¹⁴³ MORENO MOLINA, José Antonio, en el artículo “*Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público*”, publicado en la *Revista Jurídica de Navarra*. Enero-Junio 2008, N° 45, págs. 45-73. Este catedrático ha realizado un detallado de los principios que han de regir la contratación pública en el libro “*Los principios generales de la contratación administrativa*”, ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

2013, asunto T 235/11, Comisión contra España, que cita una abundante jurisprudencia anterior STJCE de 18 de noviembre de 1999, C 275/98; STJCE, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones, entre otras). La íntima relación entre transparencia e igualdad de trato hace que ese mismo valor se atribuya al principio de transparencia (STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto 2013/2007, Michaniki, apartado 66).

La igualdad de trato garantiza la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Se trata de asegurar que todos los licitadores potenciales conozcan en el mismo momento “las reglas del juego” y que éstas se apliquen a todos de la misma manera. El Tribunal de Luxemburgo amplía el campo de actuación de este principio no sólo a la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también al ejercicio de dicha actividad: *“El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las cláusulas y condiciones por las que se rige la contratación y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otro y 19 de junio de 2003, GAT) (STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10). Sobre la vulneración del principio de igualdad de trato puede leerse las STJUE de 12 de noviembre de 2009 (asunto C-199/07) o la de 16 de febrero de 2012 (asuntos C-72/10 y C-77/10)¹⁴⁴.*

La interrelación de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, y su exigencia simultánea, es habitual en los fallos del Tribunal

¹⁴⁴La STJUE (Sala Cuarta) 16 de febrero de 2012, asuntos acumulados C-72/10 y C-77/10 concluye que *“Los artículos 43 CE y 49 CE y los principios de igualdad de trato y de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro que, en infracción del Derecho de la Unión, excluyó a una categoría de operadores de la adjudicación de concesiones para el ejercicio de una actividad económica, y que desea subsanar esa infracción sacando a concurso un número considerable de nuevas concesiones, proteja las posiciones comerciales adquiridas por los operadores existentes estableciendo, en particular, distancias mínimas entre los emplazamientos de los nuevos concesionarios y los de los operadores existentes”.*

Europeo. La STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06,59, Comisión contra España, incide en que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican una obligación de transparencia que asegure a las autoridades públicas adjudicadoras que estos principios son respetados. Y recuerda que la obligación de transparencia “*consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia los contratos de prestación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, por analogía, las sentencias Parking Brixen [TJCE 2005\295], apartado 49, y ANAV [TJCE 2006\111], apartado 21, antes citadas)*” (FJ 75). En varias sentencias se señala expresamente que el principio de transparencia, constituye el ‘corolario’ del principio de igualdad de trato (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta). El principio de transparencia viene a ser una garantía del efecto útil del de igualdad de trato, por cuanto su aplicación debe procurar la no distorsión de las condiciones de competencia (STCE de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 41 y 42; STGUE de 16 de septiembre de 2013, aptdo. 66)¹⁴⁵.

No obstante la interrelación entre los principios de igualdad y transparencia, el Tribunal europeo también ha tratado de marcar el diferente objetivo de uno y otro principio (STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, aptdo. 25¹⁴⁶):

1. Principio de igualdad de trato: su objetivo es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los

¹⁴⁵Es requisito esencial de la contratación pública salvaguardar la «transparencia», cuyo objetivo consiste en “*en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva*” (STCE de 18 de octubre de 2001, SIACConstruction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 41 y 42). STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Com. Contra España (66): “*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)*”.

¹⁴⁶ Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, C-599/10: “(25) 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, Pressetext 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 del Tribunal de Justicia 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.”

Estados miembros, asegurando que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades al formular sus ofertas¹⁴⁷.

2. Principio de transparencia: tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador (STGUE de 16 de septiembre de 2013, apartado. 66¹⁴⁸).

La Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (asunto T-235/11, Comisión contra España) recopila su doctrina sobre la esencia del principio de «transparencia» y su comunión con el de «igualdad de trato», con remisiones a sentencias anteriores que acreditan su consolidación:

- El principio de igualdad constituye la base de las Directivas de contratación e implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento. El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, y exige que dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones.
- El principio de transparencia, corolario del de igualdad de trato, tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, lo que exige que todas las condiciones del contrato estén formuladas con precisión y claridad (STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, argumentos repetidos, con citas de esa sentencia, en la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, apartados 46, 47 y 48¹⁴⁹).

¹⁴⁷STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Com. Contra España (66): “*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)*”.

¹⁴⁸STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11; STSJ de 5 de diciembre de 2013 asunto C-561/12, apartado 36: “*El Tribunal de Justicia ha precisado que la obligación de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora*”. Misma afirmación se recoge en las STJUE de 29 de marzo de 2012, SAGELVSlovensko y otros, C 599/10, apartado 25; STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 111.

¹⁴⁹STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, “*46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de*

En conclusión, el principio de transparencia es consecuencia del de igualdad de trato, un principio vertebrador de toda la contratación pública, que alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas; a todos los procedimientos; y a todas las fases del contrato. Es también un principio de marcado carácter instrumental o finalista y no meramente formal, dado que tiene como objetivo generar una mayor concurrencia empresarial y competencia que redunde en una mayor eficiencia en la inversión de los recursos públicos.

C. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA A TODOS LOS CONTRATOS, EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN Y TODOS LOS PROCEDIMIENTOS

C.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA A TODOS LOS CONTRATOS CON INTERÉS TRANSFRONTERIZO

El TJUE extiende su aplicación a todos los contratos, afirmando explícitamente que *“aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado”*. La STJUE de 14 de junio de 2007, (asunto c-6/05, Venizeleio-Pananeio KRITIS) recuerda que en estos contratos las entidades contratantes que los celebran están obligadas a respetar, en todo caso, los principios generales del Derecho comunitario¹⁵⁰. Teniendo en cuenta esta doctrina del TJUE, ya la «Comunicación de la Comisión sobre Concesiones en Derecho

noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, Rec. p.I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p.I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47. El principio de **igualdad de trato** de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una **competencia sana y efectiva** entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan 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, apartados 109 y 110).

48. Por lo que respecta al **principio de transparencia**, que constituye su corolario, éste 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 (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.

¹⁵⁰ Criterio repetido por ejemplo en la STJUE de 15 de mayo de 2008 (C-147/06 y C-148/06).

Comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C 121/02)» afirmaba que en las concesiones de servicios se debían respetar los principios sobre contratación pública. Y la «Comunicación interpretativa de la Comisión europea sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/c179/02)» exige igualmente que los contratos que quedan fuera de la Directiva 2004/18 respeten los principios de la misma, criterio que ha de mantenerse respecto de las actuales Directivas puesto que se fundamentan en los mismos principios que a su vez se derivan de las libertades que reconocen el TJUE, como se ha señalado.

Ello sin perjuicio de que la aplicación de los principios deba ser más exigente en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior: *“las normas fundamentales del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son aplicables a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en la normativa comunitaria, cuando revistan un interés transfronterizo cierto”* (STJUE de 15 de mayo de 2008, asuntos C-147/06 y C-148/06). Aunque el Tribunal ha admitido que, en determinados casos, debido a *“circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica”*, una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros, el criterio del precio no es determinante, y la jurisprudencia reciente hace una interpretación amplia de cuando un determinado contrato puede tener ‘interés comunitario’.

Así, la STJUE, Sala Quinta, de 16 abril de 2015, C-278/14¹⁵¹, recuerda que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado UE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un **«interés transfronterizo cierto»** habida cuenta de ciertos criterios objetivos¹⁵². No obstante, admite que (25), *“por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como a la obligación de transparencia, debe reconocerse a*

¹⁵¹ Juzga esta sentencia la compra de unos equipos informáticos por un poder adjudicador de Rumanía, por un importe relativamente pequeño, 58.600€. Considera el Tribunal que se podía presuponer en ese caso el interés transfronterizo porque se exigía un procesador de referencia de una marca internacional. (FJ 16).

¹⁵² Remite en ese sentido a la sentencia Ordine degli Ingegneridella Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 23 y la jurisprudencia citada.

los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios” aunque seguidamente apostilla que esos principios “vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase la sentencia *Serrantoni y Consorzio stabileedili*, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 31 y 32)”. La sentencia, aunque remite a “los órganos jurisdiccionales nacionales” (FJ 18) para apreciar si un determinado contrato puede tener un «interés transfronterizo» realizando una apreciación global de las circunstancias que concurren en cada caso, da algunas pautas para poder apreciar esta cuestión (20): que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato.

C.2. TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN. PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES.

La aplicación de este principio en todas las fases de la contratación, preparación, adjudicación y ejecución, se recoge ampliamente en la jurisprudencia del TJUE:

- a. En la preparación: la STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, recuerda que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, “*en el momento de preparar sus ofertas*”, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.
- b. En la adjudicación: La transparencia favorece la igualdad de trato y la concurrencia, facilitando una competencia empresarial sana y efectiva (STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*), permitiendo a todos los licitadores disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas y asegurar que serán sometidas a las mismas condiciones de evaluación (STJUE de 16 de septiembre de 2013, *comisión contra España*). La publicidad es uno de los medios para asegurar la transparencia en la captación de ofertas, con un doble objetivo como precisa J. M. GIMENO FELIU: permitir fiscalizar a la Administración a la vista de sus publicaciones y promover la concurrencia¹⁵³.

¹⁵³ GIMENO FELIU, José María, recoge esta expresión en “*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*”. Colección Estudios. Editorial Thomson-Reuters, Universidad de Zaragoza, 2014. Pág. 19.

Transparencia y publicidad van unidos, aunque la jurisprudencia admite posibles limitaciones justificadas a la publicidad: El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad imponen a la autoridad concedente una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de cualquier licitador potencial, una ‘publicidad adecuada’ que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación (STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, apartado 24; de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, apartado 25; de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, petición de decisión prejudicial Art. 267 TFUE. Comune di Ancona). La publicidad puede ser menor o mayor: desde el DOUE hasta sólo el perfil de contratante, pero sólo puede eludirse en situaciones expresamente previstas en la normativa comunitaria, aunque se admite por el TJUE la publicidad se limite a “*un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato*”.

La publicidad implica el deber de los gestores públicos de dar la información necesaria a los posibles interesados, de tal forma que puedan adoptar la decisión de participar o no en un procedimiento. Se ha de garantizar que todos los interesados disponen de las mismas oportunidades, y proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (STJUE de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12¹⁵⁴). Ello 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

¹⁵⁴ La STJUE (Tribunal General Sala Sexta) de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12, alude a la transparencia en las “fases del procedimiento de licitación”:

“(59) A este respecto, es preciso recordar que, según la jurisprudencia en materia de contratación pública, el órgano de contratación debe respetar, en todas las fases del procedimiento de licitación, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54, y sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85). El principio de transparencia implica la obligación del órgano de contratación de hacer pública toda la información precisa referente al desarrollo de todo el procedimiento. Los objetivos de publicidad que dicho órgano de contratación debe respetar en el marco de la obligación de transparencia son, por un lado, garantizar que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades y, por otro lado, proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 28 de enero de 2009, Centro StudiManieri/Consejo, T-125/06, Rec. p. II-69, apartados 86 a 89)”.

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 (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P, Comisión/Caso Succhi di Frutta).

La publicidad se demanda incluso en contratos excluidos de las Directivas, puesto que supone una materialización del principio de transparencia, exigible, como se ha explicitado, en todos los contratos. La SJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, recuerda la obligación de no discriminación por razón de la nacionalidad y la imparcialidad del procedimiento, exige una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación, y la adjudicación de una concesión, sin respetar el principio de transparencia, constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas establecidas en otros Estados miembros, y si no está justificada por circunstancias objetivas, tal diferencia de trato constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 y 56 TFUE (STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12¹⁵⁵).

El principio de transparencia ha de garantizarse de manera muy especial al fijar y aplicar los criterios de solvencia y los de adjudicación y de exclusión de ofertas o licitadores. Todos los participantes deberán poder conocer previamente las normas aplicables y tener la certeza de que estas normas se aplican de igual forma a todos los operadores: la adjudicación del contrato se ha de ajustar a las normas de procedimiento establecidas inicialmente, normas que han de respetar plenamente los principios de no discriminación y de igualdad de trato. Como señala la STS de 19 septiembre 2000 (RJ 2000\7976), *“el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que*

¹⁵⁵ STJUE (Sala Cuarta) de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12, Comune di Ancona y Regione Marche, que concluye:

“El Derecho de la Unión no se opone a la adjudicación sin licitación de una concesión de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.”

los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre competencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos". Todos los licitadores deben conocer las reglas de la licitación, que se aplicarán a todos por igual. La adjudicación de un contrato deberá garantizar condiciones de competencia equitativas al conjunto de los operadores económicos interesados en cada contrato.

El principio de transparencia condiciona y limita la capacidad del poder adjudicador: La obligación de transparencia tiene por objeto, en particular, garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por su parte, y por ello tiene prohibido modificar las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación durante la licitación, y no puede descartar una oferta que reúna los requisitos del anuncio de licitación fundándose en motivos no previstos en el citado anuncio (STJUE de 16 abril de 2015, C-278/14¹⁵⁶).

- c. En la ejecución: El Tribunal comunitario ha reiterado que una modificación de un contrato después de su adjudicación puede suponer una vulneración del principio de igualdad en cuanto implica una nueva adjudicación sin respetar los principios comunitarios (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99; STJUE de 22 de abril de 2010 asunto C 423/07; STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11; STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12). Otras actuaciones en la fase de ejecución también pueden implicar una vulneración de esos principios si no fueron conocidas previamente por todos los potenciales licitadores, como las subcontrataciones, cesiones, prórrogas, revisiones de precios, etc. Por eso las nuevas Directivas regulan algunas de esas figuras.

¹⁵⁶STJUE, Sala Quinta, de 16 abril de 2015, C-278/14:

"26. La obligación de transparencia tiene por objeto, en particular, garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (véase, por lo que respecta al artículo 2 de la Directiva 2004/18, la sentencia SAG EL V Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 25 y la jurisprudencia citada).

27. Ahora bien, dicho objetivo no se alcanzaría si el poder adjudicador pudiera incumplir los requisitos que él mismo ha fijado. De este modo, el poder adjudicador tiene prohibido modificar los criterios de adjudicación durante la licitación. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación así como la obligación de transparencia tienen, a este respecto, el mismo efecto en lo que atañe a las especificaciones técnicas.

28. Por tanto, el principio de igualdad de trato y obligación de transparencia prohíben al poder adjudicador descartar una oferta que reúna los requisitos del anuncio de licitación fundándose en motivos no previstos en el citado anuncio (sentencia Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, apartado 54)."

C.3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.

La transparencia ha de estar presente en cualquier procedimiento de adjudicación, también en los casos en los que las propias Directivas admiten limitaciones o exclusiones a la concurrencia.

Cuando la publicidad para presentar ofertas viene impuesta por la Ley, el principio de transparencia ha de tenerse en cuenta al establecer los plazos de presentación, recordando que la regla general es que esos plazos han de ser ponderados en función de la complejidad del contrato, actuando los plazos legales como mínimos que habrán de modularse de acuerdo con el tiempo que razonablemente se estime necesario para presentar las ofertas a la vista de la complejidad de cada contrato (art. 143 del TRLCSP).

En los casos en los que la ley admite limitaciones o incluso la excepción completa de la publicidad, el principio de transparencia impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los que cabe utilizar estos procedimientos: extrema urgencia, a raíz de acontecimientos imprevisibles; y los contratos cuya ejecución, por motivos técnicos, artísticos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad, sólo pueden confiarse a un operador económico concreto (STJUE de 14 de septiembre de 2004, Com. contra Italia; STJUE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, Com. contra España).

La normativa comunitaria no permite la exclusión total de la publicidad por razón de la cuantía, por eso carecen de cobertura comunitaria los contratos menores de la legislación española, como se analizará en el capítulo siguiente. Por otro lado, en el procedimiento negociado, el principio de transparencia exige que la negociación efectiva de los términos de contrato garantice a todos los participantes un trato igualitario de (STJUE de 5 de octubre de 2010, C-337/1998, Comisión contra Francia). La STJUE de 5 de diciembre de 2013 asunto C-561/12 recuerda que la Directiva no autoriza a negociar ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos a las especificaciones técnicas del contrato ya que, por una parte, se incumpliría el principio de transparencia que tiene por objeto, fundamentalmente, garantizar que no exista riesgo de favoritismo ni arbitrariedad y, por otra parte se privaría de utilidad al establecimiento de requisitos imperativos, que son los que permiten negociar sobre una base común con todos los licitadores.

D. MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: PROPORCIONALIDAD Y CONCURRENCIA

El principio de transparencia tiene cierta modulación o limitación en el principio de proporcionalidad. Este principio supone que las medidas que se adopten en cada actuación dentro de un procedimiento de contratación deben ser las estrictamente necesarias y adecuadas para alcanzar el objetivo último de la contratación, la eficiencia en el gasto público, y que ello se logra garantizando la máxima concurrencia posible.

El principio de proporcionalidad se recoge expresamente en la Directiva sobre contratación 2014/24, en su primer considerando y en su artículo 18. Aunque no lo cita el artículo 1 del actual TRLCSP, su influencia está presente a lo largo su articulado: se exige proporcionalidad entre los requisitos de solvencia exigidos a los licitadores y el objeto del contrato; entre la complejidad del contrato y el plazo para presentar las ofertas; entre la duración de los contratos y el plazo necesario para amortizar las inversiones necesarias para su ejecución, etc.

La proporcionalidad como principio general exige que las decisiones de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, pues las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, *National Farmers' Union y otros*, C-157/96, Rec. P.I-2211, apartado 60; STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Com. contra España, apartado 119).

El principio de proporcionalidad, ligado al de buena administración, se utiliza para restar rigor a la máxima transparencia en supuestos como la subsanación de defectos meramente formales o materiales en las ofertas, cuya aclaración se deduzca de la propia documentación aportada por el licitador, como veremos en el capítulo siguiente.

Al principio de proporcionalidad apela también el TJUE cuando un licitador incumple las normas de presentación de las ofertas en sobres separados, verificando si efectivamente el incumplimiento impide alcanzar el objeto que se pretende con esta regla, que es garantizar la confidencialidad del contenido de las

ofertas antes de la apertura. La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto T 637/11 recuerda que "*según la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser excesivos con respecto a los objetivos perseguidos*". Al principio de proporcionalidad también apelan reiteradamente nuestros Tribunales para limitar el formalismo (RTACRC 64/2012, de 7 de marzo de 2012).

E. REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS EN LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y JUDICIALES ESPAÑOLES.

Las referencias de todos los Tribunales, órganos consultivos y fiscalizadores a los principios comunitarios, con cita de la jurisprudencia que se ha expuesto, es constante. Recogemos solo algunos pronunciamientos bien elocuentes al respecto, para ilustrar cómo fundamentan sus argumentos en la aplicación del principio de transparencia:

La Resolución 24/2014, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón 75/2014, de 2 de diciembre de 2014, reproducen esta misma cita: "*(...) el principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*)*".

Sobre el principio de transparencia, enlazado con el de igualdad de trato, hace un preciso análisis la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón en la

«Recomendación 1/2014, de octubre de 2014, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública». Recuerda que las Directivas proclaman el principio de transparencia como exigencia de las tres libertades que forman la esencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: libre circulación de mercancías, libre establecimiento y libre prestación de servicios. Resalta esta Junta Consultiva que es este un «principio estructurante», que por lo tanto, alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas, y que ha de aplicarse a todas las fases del contrato: preparación, licitación, adjudicación, ejecución y extinción. Las Directivas precisan cómo se concretan los principios que rigen la contratación pública para los contratos armonizados, entre ellos el de transparencia, con el objetivo de armonizar el régimen jurídico en todos los Estados miembros. Para el resto de los contratos, serán las disposiciones nacionales las que deberán plasmar estos principios, tal y como recoge la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario de 1 de agosto de 2006. Es un principio íntimamente ligado a los principios de igualdad de trato y no discriminación a los licitadores, de forma que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y se evite el favoritismo y la arbitrariedad (STJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto Acoset¹⁵⁷). Se trata a la vez de un principio también de carácter ‘instrumental’, pues su objetivo es material y no meramente formal, que persigue generar una mayor concurrencia empresarial en condiciones de competencia real sin arbitrariedades, que redunde en una mayor eficiencia en la aplicación de los fondos públicos (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE¹⁵⁸). Este principio de transparencia puede “*desempeñar un papel importante no solo en la consecución de la eficiencia en el empleo de fondos públicos, sino también en otros objetivos relevantes como son la integridad y lucha contra la corrupción*”. La JCCA aragonesa hace un repaso de todos los preceptos del TRLCSP que son una materialización del principio de transparencia: los anuncios, los criterios de valoración, la actuación de las mesas, etc. La mayoría de los preceptos del TRLCSP guardan relación directa o indirecta con el cumplimiento del principio de transparencia¹⁵⁹.

¹⁵⁷ La STJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto Acoset, afirma que «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 concedente se asegure de que tales principios son respetados».

¹⁵⁸ La transparencia es un instrumento que ha de garantizar la eficiencia de los fondos públicos, de forma que en aras de ese principio de transparencia, los contratos tienen que someterse a una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE).

¹⁵⁹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, alude a un quebranto de la transparencia al hablar en la encomienda de gestión cuando “*quienes reciben la “encomienda”, abusan de la subcontratación que realizan sin*

La transparencia es, pues, uno de los principios rectores de la normativa en materia de contratos, directamente relacionado con los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y competencia; es un principio ‘estructurante’, que alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas, y que ha de garantizarse a todas las fases del contrato, con un objetivo de instrumental, dado que lo que se busca es generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia.

Por lo tanto, es la «eficiencia» en el gasto público el objetivo que se busca con la materialización del principio de transparencia. Se alcanzará cuando se consiga contratar las mejores prestaciones al menor precio, tramitando esa contratación en el menor plazo de tiempo y garantizando la correcta ejecución de las prestaciones contratadas. Dicho con otras palabras, se trata de “*contratar mejor para obtener de las prestaciones el mayor rendimiento posible al precio más ajustado*”¹⁶⁰. Conseguir la eficiencia en la contratación pública es un reto y una necesidad que exige actuar en todas las fases del procedimiento de contratación: definir perfectamente lo que se necesita contratar; seleccionar con agilidad la oferta efectivamente más ventajosa; asegurar que se ejecuta lo contratado en el plazo acordado. A todo ello ayudará de manera determinante la garantía del principio de transparencia.

La corrupción supone eludir la transparencia e igualdad de trato en favor de un empresario concreto por intereses privados, lo que provoca ineficiencia, pues la corrupción, como se ha visto, tiene costes económicos (además de los morales). Por ello se destaca el papel de la transparencia como esencial en la lucha contra la corrupción en las Directivas de contratación, como ya se ha reiterado: “*La trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude*” (Directiva 2014/24 considerando 126).

publicidad alguna...”, en el artículo “De nuevo sobre los contratos domésticos”. EsPúblico 05/08/13. <http://administracionpublica.com/contratos-domesticos/>

¹⁶⁰ Expresión de CARBONERO GALLARDO, José Miguel, de su trabajo “*Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación*”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, n° 152, septiembre 2012, pág. 154.

En conclusión, la aplicación del principio de transparencia es la herramienta más útil para lograr dos objetivos complementarios y esenciales de la contratación pública:

- a. Contribuir a la eficiencia del gasto público, permitiendo una mayor concurrencia en igualdad de condiciones, que garantice una competencia real y con ella con mejores ofertas.
- b. Asegurar la integridad en los procedimientos de contratación, reduciendo la corrupción.

II.2. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA SOBRE TRANSPARENCIA. LA ORGANIZACIÓN TRANSPARENCIA INTERNACIONAL.

Como se ha apuntado, el concepto de transparencia en la contratación pública tiene dos acepciones: transparencia como principio del proceso, que exige un tratamiento igualitario y equitativo a todos los ciudadanos, evitando por lo tanto el favoritismo y la arbitrariedad y transparencia entendida como apertura de la información a través de la publicación de datos y la facilitación del acceso a los expedientes, que favorece una mayor participación ciudadana en la gestión pública. En contratación pública conduce a lo que se ha dado en denominar «contratación abierta»¹⁶¹. Analizaremos ahora esta segunda acepción de la transparencia.

A. LA TRANSPARENCIA COMO PUBLICACIÓN DE DATOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN.

Quizá en los últimos años se ha centrado el foco de la atención política y de los medios de comunicación en el principio de transparencia formal, en buena parte debido a la trascendencia en los medios de comunicación de los informes de la Organización no gubernamental Transparencia Internacional. Como destaca uno de sus colaboradores, M. VILLORIA MENDIETA, la transparencia se ha convertido en uno de los valores retóricamente dominantes en las políticas públicas y en el

¹⁶¹ Aplicación sectorial del concepto de «Gobierno Abierto», cuya acepción desarrollamos más adelante siguiendo a SAN MARTÍN MORA, María Asunción, en el artículo “Contratación abierta, ¿qué es?”, publicado el 21 de abril de 2014 en el ObCP.
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.150/relcategoria.208/relmenu.3/chk.17eeaccf5c938bc3f7d338ca811de600>

discurso político de nuestro país, con actuaciones, especialmente en el ámbito local *“que van más allá del marketing electoral y de las proclamas anti-corrupción”*¹⁶².

El objetivo principal en esta idea de “transparencia” es lograr un mayor interés e implicación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, al conocer mejor todo su actuar. Es bien elocuente al respecto la expresión de C. DELPIAZZO: *“el principio de transparencia implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal”*¹⁶³. El Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, señala en su considerando segundo: *“La apertura permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. La apertura contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del Tratado UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

La RJCCA de Aragón 1/2014, reconoce que la transparencia se ha convertido en un parámetro fundamental de lo que debe de ser la actuación de los entes del sector público. Transparencia, participación ciudadana y responsabilidad son la esencia de la «buena Gobernanza», *“entendida como la forma de gestionar los asuntos públicos con el objetivo de lograr un desarrollo económico, social e institucional duradero”*¹⁶⁴. La transparencia en la gestión pública es esencial en lo que se ha dado en denominar «Gobierno Abierto», *“un nuevo modo de entender las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad, en el que lo público deja de ser opaco para hacerse transparente a los ciudadanos, a los que se anima —e incluso se reclama— una participación más activa en sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado.”*

¹⁶² VILLORIA MENDIETA, Manuel, en el ya citado artículo “La transparencia en el gobierno local”, publicado el 8 de mayo de 2015 en el blog del Instituto de Derecho Local de la UAM, <http://www.idluam.org/blog/?p=290>

¹⁶³ DEL PIAZZO, Carlos E., “Transparencia en la contratación administrativa”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni”, FCU, 1 edición, abril 2005.

¹⁶⁴ La primera acepción que del término «gobernanza», que da la RAE es la que recoge la RJJCA de Argón 1/2014: “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

Esta idea de la necesidad de hacer transparente a los ojos de los ciudadanos la gestión pública podría ayudar a superar el desapego que se ha generalizado hacia todas las instituciones públicas. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer e implicarse en el proceso de toma de las decisiones que les afectan, de cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, podremos hablar de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder ante una sociedad que es crítica y exigente. La Declaración de la X Asamblea de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local, aprobada en el Congreso celebrado el día 22 de noviembre de 2014, recuerda que la sociedad actual ya no sólo demanda de los poderes públicos el cumplimiento de la Ley y que actúen éticamente en defensa del interés general, los ciudadanos reclaman su derecho a conocer cómo y por los gobiernos hacen las cosas, demanda en definitiva, transparencia en la gestión: *“La transparencia es una condición de la democracia, pues el acto más significativo de esta, el voto, solo puede ser plenamente responsable si quien ejerce el derecho de sufragio lo hace con pleno conocimiento del funcionamiento de las Administraciones y los poderes públicos.*

La preocupación por la transparencia y participación ciudadana no es nueva. Ya en 1989 el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA escribía que *“los principios de transparencia y participación públicas son hoy principios y exigencias básicas de la Administración pública fruto de la reforzada interacción entre el Estado y la sociedad, ya que los ciudadanos exigen más información, más participación y más responsabilidad en los asuntos públicos¹⁶⁵”*. También R. GARCÍA MACHO recuerda como la relación entre acceso a los expedientes, participación ciudadana y transparencia ya fue puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo. Así, la STS de 19 de mayo de 1988 (RJ/1988/5060) señaló que *“el denominador común de los tres supuestos del artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática (f.j. 2º)”*; la STS de 17 de noviembre de 1997 (RJ/1997/8662), en relación con la participación en los asuntos públicos de los cargos electos, condenó que un Ayuntamiento no permitió al grupo de oposición el acceso a los expedientes tratados en la Comisión de Gobierno, porque obstaculiza el derecho a participar en los asuntos públicos y supone *“en realidad una abusiva pretensión de ocultismo para concejales minoritarios, que es opuesta a*

¹⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vía administrativa”, en Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí, (coord. Gómez-Ferrer Morant, Rafael), Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 437-452. Puede leerse también sobre esta cuestión a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La participación del ciudadano en la Administración pública”, CEC, Madrid, 1980

la transparencia propia de un sistema democrático (f.j. 3º)”. El profesor GARCÍA MACHO, señala en consecuencia, que la publicidad y transparencia “*se necesitan mutuamente*”: la transparencia es un resultado que se garantiza con la publicidad y el acceso a los documentos, e implica un modo de actuar de los poderes públicos que permite la participación del ciudadano¹⁶⁶.

Fuera del mundo jurídico, ya aludía a la ‘transparencia’ el Papa Juan Pablo II en la Encíclica *Veritatis Splendor* (de 6 de agosto de 1993), al hablar de la injusticia social y económica, y de la corrupción política: “*se difunde y agudiza cada vez más la necesidad de una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia*”¹⁶⁷.

B. LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO¹⁶⁸.

En este contexto y con ese bagaje, se aprobó en nuestro país la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT). La Ley reconoce en su exposición de motivos que en el ordenamiento jurídico español ya existían normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de “publicidad activa” para determinados sujetos, citando en concreto las que impone la legislación de contratos (además de la de subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos). El objetivo de la nueva Ley de Transparencia es avanzar en esa política de facilitar a los ciudadanos el acceso a la información sobre la actividad pública, pues la regulación existente, afirma “*no satisface las exigencias sociales y políticas del momento*”. El derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos, ya estaba desarrollado partiendo del artículo 105.b) de nuestro texto constitucional con carácter general en el artículo 37 de la LRJPAC

¹⁶⁶ GARCÍA MACHO, Ricardo, ponencia en el IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado el 11 y el 12 de febrero de 2011, a la que se puede acceder en el enlace: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-84-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-VI-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>

Cita este profesor a P. HÄBERLE que ha mantenido que la publicidad de lo público tienen una tradición histórica ya desde la época del Imperio Romano, en el trabajo “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en “*Derecho administrativo de la información y administración transparente*”, Madrid, 2010, p. 28

¹⁶⁷ Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*”, cit. pág. 55.

¹⁶⁸ No pretendemos hacer aquí un análisis completo de esta ley, sino solo una aproximación a sus conceptos y objetivos y su implicación en la contratación pública. Un estudio detallado puede verse al respecto el Libro coordinado por ALMONACID LAMELAS, Víctor, “*Implantación Práctica de La Ley de Transparencia en los Ayuntamientos*. Editorial F. Lefevre, Madrid, 2015.

(13.d LPA 39/2015). y sectorialmente, en varias leyes que cita la propia Ley de Transparencia 19/2013¹⁶⁹. La Ley estatal de Transparencia, por lo tanto, y como reconoce en su exposición de motivos, no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que pretende profundizar en lo ya conseguido con la legislación vigente hasta su promulgación, suplir sus carencias, corregir sus deficiencias y crear un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos¹⁷⁰.

Como ha señalado E. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, en el planteamiento de la Ley subyace la idea de que, permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se garantizan instituciones más fuertes, se contribuye a la necesaria regeneración democrática, y se favorece la eficiencia y eficacia del Estado y con ello el crecimiento económico y el desarrollo social. Además, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos, decidir en consecuencia y participar más activamente en la gestión pública. Mantiene esta Abogada del Estado que *"Una democracia por sí misma no garantiza un mejor gobierno aunque tenga elecciones libres y periódicas si no incorpora mecanismos de checks and balances, transparencia y rendición de cuentas"*; estos mecanismos determinan el grado de madurez de una democracia y la implicación de sus ciudadanos en el gobierno de sus instituciones, y considera que en nuestro país aún no se ha instalado una extensa «cultura de la transparencia»¹⁷¹.

¹⁶⁹ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público; La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Todas estas leyes son citadas en la exposición de motivos de La Ley de Transparencia.

¹⁷⁰ Quizá esos nuevos tiempos hayan motivado en parte la STS 194/2014, que declaró la inconstitucionalidad del art. 5.3 de La Ley 50/1997, de 27 de Noviembre del Gobierno en lo referente a que *"Las deliberaciones del Consejo de Ministros serán secretas"*. Aunque el Tribunal Constitucional desestima su inconstitucionalidad, por considerar que no hay precepto constitucional que imponga la publicidad de las deliberaciones del Consejo de Ministros ni de los Consejos de Gobierno Autonómicos, en cambio considera que el citado artículo 5.3 de La Ley del Gobierno está derogado por La Ley 19/2013, de 9 de Diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ya que su artículo 2 incluye a la Administración General del Estado en su ámbito, de manera que el Consejo de Ministros no solo es órgano de gobierno sino órgano administrativo jerárquico superior de la Administración del Estado. En consecuencia, siendo La Ley de Transparencia norma posterior en el tiempo y especial, ha derogado el precepto de La Ley del Gobierno que imponía el secreto de tales deliberaciones, criterio que debe aplicarse a las deliberaciones de los órganos de gobierno autonómico. Por ello, toda la documentación, notas, grabaciones o Actas si las hubiere, referidas a las deliberaciones del Consejo de Ministros o de los Consejos de Gobierno autonómicos podrán obtenerse al amparo de La Ley de Transparencia por cualquier ciudadano que lo solicite, sin necesidad de motivarlo ni indicar interés legítimo alguno.

¹⁷¹ DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa, en el Blog de la Fundación ¿Hay Derecho?, el 20/12/2014, en el artículo "Por fin entra en vigor La Ley de Transparencia y Buen Gobierno pero ¿van a cambiar las cosas?", afirma que *"podemos decir que para determinar qué nivel de democracia o de buen gobierno tiene una sociedad basta con analizar su nivel de transparencia"*.

J. A PÉREZ PÉREZ, considera que el desarrollo efectivo de la transparencia en la gestión pública permite que los ciudadanos cuenten con todos los elementos disponibles para poder valorar las actuaciones de la administración pública, de forma que pueda decidir si sigue apoyando o no una determinada política pública, lo que en última instancia se puede considerar como un reforzamiento del control democrático que sobre la administración tienen derecho a ejercer los ciudadanos. Afirma que *“en el ámbito público la eficacia y la eficiencia exigen que el principio de transparencia esté presente en todas las fases por las que discurren las diversas políticas públicas”*; por ello aboga también por la publicidad de los actos de control interno *“una fuente de información que contribuye de manera clara a aportar datos acerca de si los recursos se están utilizando de acuerdo con los principios de buena gestión financiera, permite verificar si se han cumplido los objetivos propuestos y detectar posibles deficiencias”*¹⁷².

El principio de transparencia como principio general de acceso a la información no es nuevo, como recuerda R. ÁLVAREZ ÁLVAREZ: se establece en el art. 3.5 de la LRJPAC (13.d y 53.1.a LPA 39/2015), derivado de los artículos de la CE 105.1 (acceso a registros administrativos), 20 (derecho a la información) y 23 (derecho a participar en los asuntos públicos)¹⁷³. El acceso de los interesados a los expedientes ya se recogía en el artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. El apartado 5 del artículo 3 de la LRJPAC, introducido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone que *“5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”*¹⁷⁴; el artículo 3.1.c) de la LRJ 40/2015 añade la *“objetividad”*. El derecho de audiencia y el de acceso a los archivos y registros que establece el artículo 105 de la CE, se complementa con lo regulado en el apartado h) del artículo 35 de la LRJPAC; la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común remite para el ejercicio de este derecho a la LT (art. 13.d LPA 39/2015).

¹⁷² PÉREZ PÉREZ, José Alberto, “Implicaciones de la transparencia en el ámbito de la contabilidad pública y del control interno”, Revista Presupuesto y Gasto Público nº 38/2005, ed. Instituto de Estudios Fiscales

¹⁷³ Rosario ÁLVAREZ ÁLVAREZ en el artículo “La publicidad activa en La Ley de Transparencia y la Administración Local”, publicado en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 22, quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2014, pág. 2395, Editorial La Ley.

¹⁷⁴ Curiosamente este precepto no se cita en La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que alude en su exposición de motivos al artículo 37, que regula el derecho de acceso Archivos y Registros, pero no al artículo 35.

La filosofía sobre la que se asienta y trata de desarrollar la LT se recoge en las primeras palabras de su exposición de motivos: *“la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podemos hablar de una sociedad crítica, exigente y participativa”*. La Ley se propone materializar esas ideas con una triple actuación (art. 1):

- a. incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, a través de obligaciones de **publicidad activa** para todas las Administraciones y entidades públicas;
- b. reconocer y garantizar el **acceso a la información**, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y
- c. establecer las obligaciones de **buen gobierno** que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública.

En lo referente al acceso a los expedientes, la Ley trata de superar, según declara, deficiencias que limitan la articulación práctica del principio, como la falta de claridad del objeto del derecho de acceso, o la limitación del acceso a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados.

En materia de publicidad activa, la Ley amplía y refuerza, tanto objetiva como subjetivamente, las obligaciones de publicar información existentes hasta el momento. Los artículos 2 y 3 relacionan los sujetos pasivos de la Ley, entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas; los órganos del Poder Legislativo, Judicial¹⁷⁵, Tribunal de Cuentas¹⁷⁶, Consejo de Estado, Banco de

¹⁷⁵ En el «Informe sobre la Justicia Administrativa 2015», elaborado por el Centro de Investigación sobre la Justicia Administrativa en marzo de 2015, editado por la Obra Social de la Caixa, y coordinado por DÍAZ SASTRE, Silvia, se propone articular una medida de transparencia para tratar de mejorar en nuestro sistema judicial: *“sería recomendable articular una política de transparencia que permita conocer el funcionamiento real de la vida administrativa”* (pág. 212), *lo que permitiría conocer la litigiosidad real de la actuación administrativa, con el fin de evaluar la necesidad de realizar reformas en el funcionamiento de las Administraciones, y ello a la vista del elevado porcentaje de recursos que son estimados por los TACP* (pág. 214)”.

España, Consejo Económico y Social (y las instituciones autonómicas análogas) en lo que se refiere a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; la Casa Real; las Universidades¹⁷⁷; las fundaciones, sociedades con participación pública de más del 50% y las asociaciones creadas por el sector público; así como otros órganos constitucionales y estatutarios (art. 2). Asimismo, la Ley se aplicará a determinadas entidades por su especial relevancia pública (partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales), o por su condición de perceptores de fondos públicos vía subvenciones (art. 3).

La Ley entra en vigor de manera secuencial (Disposición final novena): las disposiciones sobre “buen gobierno” de su título II entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE; las normas sobre transparencia de la actividad pública y la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (títulos preliminar, I y III), al año de su publicación¹⁷⁸. Para las EELL y CCAA existe una *vacatio legis* de dos años, aunque nada impide que se cumpla antes, como de hecho han acometido muchas EELL al aprobar sus propias normas de transparencia y buen gobierno, promovida por la FEMP ya con el Código de Buen Gobierno Local de 15 de junio de 2012¹⁷⁹. De hecho, las Comunidades Autónomas,

¹⁷⁶ Un ejemplo de desarrollo de La Ley de Transparencia es la Resolución de 3 de diciembre de 2014, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo adoptado por el Pleno en su reunión de 27 de noviembre de 2014, sobre el derecho de acceso a la información.

¹⁷⁷ José Ramón CHAVES GARCÍA, analiza un problema específico en relación con la aplicación de La Ley as Universidades, especialmente en relación con la protección de datos personales. Entrada en su blog del día 05/06/2015, bajo el título “Emergencia de las Universidades ante el conflicto entre protección de datos y transparencia” <http://contencioso.es/2015/06/03/emergencia-de-las-universidades-ante-el-conflicto-entre-proteccion-de-datos-y-transparencia/>

¹⁷⁸ El Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, se aprobó el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y regula la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es un organismo público (de los previstos en el apartado 1 de la DA 10ª de la LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 de abril), que asume las competencias de velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y de buen gobierno previstas en la norma, así como garantizar el derecho de acceso a la información pública. Conocerá de las reclamaciones que, en materia de acceso a la información, presenten los ciudadanos en ejercicio de lo previsto en el artículo 24 de La Ley. Actuará con plena independencia y autonomía en el cumplimiento de sus fines.

Por Real Decreto 1061/2014, de 12 de diciembre, se nombró Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Mediante la Orden HAP/2331/2014, de 12 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2014, que designó los Miembros de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno.

Este Consejo publica en su web las resoluciones a los asuntos que se le somete. En materia de contratación, por ejemplo, la Resolución R/0065/2015 07-07-15, estima que debe darse acceso público a aquellos informes internos preceptivos en los que se basa el órgano de contratación para tomar una decisión con trascendencia en el procedimiento de contratación.

http://www.consejodetransparencia.gob.es/ct_Home/consejo/reclamaciones_2015.html

¹⁷⁹ El Código de Buen Gobierno Local propone entre sus medidas que se articulen “Comisiones de Control y Seguimiento en la contratación pública para garantizar que tanto la contratación realizada por el Ayuntamiento como por sus organismos autónomos y empresas de capital municipal se lleve a efecto

y especialmente las Entidades Locales, no han esperado para actuar a que la Ley entrase en vigor para ellas. Como se desprende de los datos que recoge el Índice de Transparencia en los Ayuntamientos de Transparencia Internacional, ya en 2012 varios Ayuntamientos obtuvieron la puntuación máxima (100), lo cual quiere decir que ya tenían incorporadas a sus páginas web los datos que requeriría un año más tarde la Ley de Transparencia, y en la edición de 2014 casi la totalidad de los Ayuntamientos evaluados habían creado dentro de su web, un portal o apartado especial para la transparencia¹⁸⁰.

Con el fin de promover entre las EELL el cumplimiento de los objetivos de la Ley de Transparencia, la Federación Española de Municipios y Provincias acordó el 16 de diciembre de 2014 crear la «Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana». El objetivo de esta agrupación es desarrollar en común innovaciones y mejoras en la relación entre los gobiernos locales y los ciudadanos, para incrementar la confianza de los ciudadanos en los Gobiernos Locales promoviendo prácticas ejemplares en cumplimiento de los principios de transparencia y de apertura a la participación ciudadana. Paralelamente se pretende buscar herramientas para incrementar la implicación y compromiso de los ciudadanos con la acción pública, como forma de lograr marcos de convivencia estables y favorecedores del desarrollo económico y social¹⁸¹.

La Ley establece obligaciones directas para las entidades a las que se aplica (publicación de datos, “publicidad activa”) e indirectas (derecho de acceso a la información de los ciudadanos,).

En relación con el derecho a la información por parte de los ciudadanos, R. JIMÉNEZ ASENSIO, considera que la Ley 19/2013 realiza una profunda reformulación de ese derecho, con una serie de obligaciones para los sujetos a los que se aplica que suponen articular un sistema estructurado de acceso a la

bajo los principios de transparencia, legalidad, publicidad y libre concurrencia”.
<http://www.femp.es/CartaLocal/Front/Noticias/>

¹⁸⁰ Un ejemplo de regulación singularizada de la transparencia es la Ordenanza sobre Transparencia y Libre acceso a la información del Ayuntamiento de Zaragoza, de abril de 2014, cuyo artículo 22 regula la información sobre contratos y subvenciones.
https://www.zaragoza.es/ciudad/normativa/detalle_Normativa?id=3983

¹⁸¹ Se puede encontrar información ampliada sobre esta Red en la página de la FEMP: http://www.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGDF7hVCHy14AjBJbrBw0bPsMCI91AF5Q35sy0SLzLOH4R4Q
Y en la página de la revista CUNAL <http://www.revistacunal.com/actualidad/3753-la-femp-constituye-la-red-de-entidades-locales-por-la-transparencia-y-participacion-ciudadana>

información pública y proveer con celeridad y transparencia la información solicitada o, en su caso, dar respuestas rápidas y motivadas en los casos en que ese acceso a la información pública sea denegado¹⁸². La Ley exige crear «unidades de información», como órganos especializados para atender las solicitudes de información de los ciudadanos (art. 21).

Por lo que respecta a la publicación de datos, esta ha de hacerse a través de las correspondientes sedes electrónicas o páginas web, de manera clara, estructurada y comprensible, y en formatos reutilizables (art. 4). Para ello la ley impone la creación de un «Portal de la Transparencia», sitio web para publicarla información que señalan los artículos 6, 7 y 8. En el Portal de la Transparencia del Gobierno Central¹⁸³, se puede consultar información de la AGE y también presentar solicitudes de acceso a información. Para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia a las Entidades locales, especialmente a las de menores posibilidades técnicas y económicas, la Administración del Estado creó en junio de 2015 un «Portal de la Transparencia en la nube» gestionado por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones¹⁸⁴.

Como se ha apuntado ya, la LT desarrolla lo que se ha dado en llamar «Gobierno abierto», que incluye los aspectos de la transparencia como ‘datos abiertos’¹⁸⁵,

¹⁸² JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “La "otra" transparencia: el derecho de acceso a la información pública” en el blog <http://www.estudiconsultoria.com/>, entrada del 20 de octubre de 2014.

¹⁸³ El Portal de la Transparencia del Gobierno Central está operativo en la dirección web <http://transparencia.gob.es/>. El blog contratodeobras.com recogió el 25/03/15 una estadística publicada por el Gobierno de la utilización de ese portal en sus primeros tres meses de funcionamiento: En esos noventa días, el portal había recibido 1.319 solicitudes de información, de las que fueron contestadas 954, a una media de 10 respuestas diarias (16, sin contar los días inhábiles). Presidencia del Gobierno con 195 es el departamento (“Unidad de Transparencia”) que más solicitudes ha recibido, seguido del Ministerio de Hacienda (188), Interior (127), Fomento (115) y Seguridad Social (92). El resto, no alcanza la media de una consulta diaria. Ver aquí estadística completa. Ver aquí información periodística (Diario El País 18/12/14) que analiza el porqué de la escasa utilización del Portal. <http://contratodeobras.com/2015/03/noticias-355-estadistica-del-portal-de-transparencia-354-informe-cnmc-pleigos-suministro-energia-electrica/>.

¹⁸⁴ Sobre el Portal de Transparencia en los Ayuntamientos puede verse el artículo homónimo de AYUSO GARCÍA, Isabel Mónica. El Consultor de los Ayuntamientos, N° 10, quincena del 30 mayo al 14 junio de 2015, Ref. 1262/2015, pág. 1262, Editorial La Ley. Recuerda que antes del 10 de diciembre de 2015, los órganos de las Entidades Locales habrán de adaptarse a las obligaciones contenidas en La Ley 19/2013, para lo que se deberán adoptar decisiones organizativas concretas, atribuyendo funciones y responsabilidades a determinados órganos y unidades administrativas para crear y desarrollar un Portal de Transparencia que dé cumplimiento a las obligaciones de publicidad activa contenidas en el capítulo II, del Título I de dicha Ley,

¹⁸⁵ Se utiliza habitualmente la expresión en inglés «open data», literalmente “datos abiertos. ORTIZ DE ZARATE TERCERO, Alberto, ha tratado de aclarar la terminología anglosajona que quizá no siempre se utiliza adecuadamente en el artículo "Apertura de datos públicos: ‘Open Government’ Data vs. Open

participación y la colaboración. La aplicación de esta vertiente de la transparencia a la contratación se ha dado en denominar «Contratación Abierta» aplicación sectorial de la noción Gobierno Abierto. Se trataría, según M. A. SAN MARTÍN MORA de un concepto muy amplio, que abarcaría la transparencia en todos los contratos, incluidos los patrimoniales y en general cualquier intercambio de bienes, activos y recursos públicos; esta transparencia ha de alcanzar a todas las fases de la contratación desde la convocatoria a la ejecución, con especial interés en los rendimientos del contrato, y la finalización; y tiene por destinatarios a todos los ciudadanos¹⁸⁶.

En este campo de la contratación pública, la Ley 19/2013 amplió el deber de suministrar información sobre todos los contratos adjudicados por el sector público (recogido en los arts. 151.4, publicación de la adjudicación, y 154, publicación de la formalización, ambos del TRLCSP) y determinadas entidades privadas. El Anteproyecto de la nueva LCSP ya incorpora las exigencias de la LT: los artículos 149 y 152 recogen el contenido de los preceptos citados del TRLCSP, pero el artículo 63 del ALCSP, que regula el perfil de contratante, amplía considerablemente el contenido del artículo 53 del TRLCSP, en lo referente a la información que ha de publicarse en el mismo, y amplía incluso la información que se ha de publicar en el portal de la transparencia de acuerdo con el artículo 8 de la LT.

El artículo 8 LT impone a todos los poderes adjudicadores del sector público relacionados en el artículo 3 del TRLCSP y las demás Instituciones y personas jurídicas privadas que se recogen en los artículos 2 y 3 de la LT, la obligación de publicar, al menos, los datos que relaciona, de todos los contratos, encomiendas de gestión y convenios, además de información estadística. En relación con los contratos, el apartado a) del artículo 8.1 exige la publicación de los datos siguientes: *“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*

‘Government Data’”. Señala este asesor *“Mi expresión favorita para traducir al español “open government data” es “apertura de datos públicos”, como forma de reconocer que lo importante está en la acción, en la apertura vista como un curso de acción continua que no tiene fin. Esta traducción tiene truco: no se refiere a los datos, sino a las políticas de apertura de datos, que es algo que me parece mucho más interesante”*. Artículo publicado el 24/12/2014 en: <http://www.novagob.org/blog/view/111585/apertura-de-datos-publicos-%E2%80%98open-government%E2%80%99-data-vs-open-%E2%80%98government-data%E2%80%99>

¹⁸⁶ SAN MARTÍN MORA, María Asunción, “Contratación abierta, ¿qué es?”, cit. ObCP 21/04/2014.

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. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”¹⁸⁷.

El artículo 63 del ALCSP añade a esa información, además, aquella de la que han de disponer los interesados para presentar ofertas (pliegos y demás documentos definitorios del objeto del contrato); la composición de las mesas (que ya exige el RPLCSP, art. 21.4); e información sobre los recursos que se interpongan y la eventual suspensión de los procedimientos contractuales.

La obligación de suministrar información sobre los contratos se extiende en la LT a los adjudicatarios. El artículo 4 impone *“a los adjudicatarios de contratos del sector público”,* el deber de suministrar (se supone que al órgano de contratación) *“toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título (el I de la ley)”*, obligación matizada porque lo es *“en los términos previstos en el respectivo contrato”*. Esta previsión respecto a los adjudicatarios de los contratos tiene un antecedente claro, antiguo y aún vigente, en la posibilidad de recabar información por parte del poder adjudicador en sus funciones de controlar la ejecución de los contratos, que ya reconoce el artículo 127.1.2 del vetusto RSCL, o el artículo 246.1.f del TRLCSP. La obligación de facilitar datos por parte de los adjudicatarios se refuerza en el proyecto de Reglamento de desarrollo de la LT, que bajo el título *“Aplicación a personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”*, regula en su disposición adicional segunda la obligación de estos de suministrar al organismo o

¹⁸⁷Artículo 8. *Información económica, presupuestaria y estadística.*

- b) *las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones ¹⁸⁷ que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma”*
- c) *“los convenios suscritos”,* que indirectamente afecta a la contratación pública en cuanto esa publicación puede servir para valorar si se han podido suscribir convenios excluidos indebidamente de la Ley de contratos cuando su objeto pudiera ser propio de un contrato .
- i) *“la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos”,* información que en muchos casos puede derivar de contratos realizados para prestar alguno de esos servicios

entidad público titular del servicio o potestad, *“la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la misma ley”*. En concreto, en relación con los adjudicatarios de contratos, a excepción de los menores, se especifica que deberá preverse expresamente los medios en que los adjudicatarios publicarán, como mínimo, la siguiente información: a) Objeto del contrato; b) Duración; c) Importe de adjudicación; d) Procedimiento de adjudicación; e) Modificaciones del contrato; f) Decisiones de desistimiento y renuncia¹⁸⁸.

Algunas críticas han tildado a la Ley de poco exigente en lo que se refiere a la publicación de datos sobre la actividad contractual de las entidades sometidas a la misma. Así M. A. SAN MARTÍN MORA, considera que la Ley 19/2013 debía haber sido más ambiciosa respecto de la información que sobre los contratos debe publicarse y no centrarse en la publicidad de los procedimientos de adjudicación y en los modificados. Considera que para que la información sobre la gestión de la contratación pública se profile como instrumento de control de la buena administración de los asuntos públicos, *“debe comprender la ejecución”: aspectos como las desviaciones en los precios y en los plazos de ejecución, la aprobación de contratos complementarios o el grado de subcontratación, es imprescindible para hacer un juicio sobre la correcta gestión de la contratación pública”*¹⁸⁹. También F. BLANCO LÓPEZ ha señalado la ausencia en la LT de la obligación de incluir entre los datos que han de publicar, la motivación del acto de adjudicación de los contratos públicos (que sí exigen algunas leyes autonómicas, como la Ley 4/2013 de Extremadura)¹⁹⁰.

En todo caso, las carencias que, en lo referente a la publicación de datos de los contratos públicos tenga la Ley de Transparencia, no ha de olvidarse que, sus exigencias se completan en la normativa autonómica sobre la materia, que seguidamente esbozaremos y que se podrá aplicar supletoriamente; además los datos del portal de transparencia deben estar vinculados, por razones de eficiencia en la gestión, a los del perfil de contratante. La publicación en éste de determinada información que no exige la LT y si la LCSP, que ampliará la que está en

¹⁸⁸ En el momento de redactarse estas páginas, el texto del proyecto de Reglamento de desarrollo de la LT se había expuesto al público en la página http://www.mpr.gob.es/otai/Documents/Proyecto_RD_Ley_19-2013.pdf

¹⁸⁹ SAN MARTÍN MORA, María Asunción, en el artículo citado, *“Contratación Abierta, ¿qué es?”*.

¹⁹⁰ BLANCO LÓPEZ, Francisco, en *“Transparencia y Motivación de la Adjudicación”*, artículo publicado en el blog del Observatorio de la Contratación Pública el 9 de febrero de 2015. <http://obcp.es/>

tramitación, ayudará a completar la información, que en todo caso cualquier poder adjudicador puede decidir voluntariamente completar.

Antes de concluir este apartado, nos parece oportuno hacer una reflexión en relación al personal que ha de dar cumplimiento a las exigencias de la Ley de transparencia, empleados públicos a los que es necesario formar en nuevas habilidades y técnicas. Tal formación resulta imprescindible tanto para el personal informático como jurídico, pues la publicación de datos no solo requiere de plataformas informáticas, a las que por cierto habrá de dotar de interoperabilidad para facilitar el acceso y la reutilización de datos¹⁹¹; es necesario también analizar las implicaciones de la información que se publica en la normativa de protección de datos personales y en la de protección de los secretos comerciales; o formar en la elaboración de estadísticas y en la técnicas de anonimización de datos, por poner algunos ejemplos de las nuevas habilidades que han de contar los encargados de los portales de transparencia. A tal efecto, el Instituto Nacional de Administraciones Públicas convoca periódicamente cursos específicos¹⁹².

C. LAS LEYES AUTONÓMICAS DE TRANSPARENCIA.

La mayoría de las Comunidades Autónomas o tenían ya leyes de transparencia y buen gobierno (como Galicia, Aragón, Navarra, Baleares, Extremadura), o las han aprobado a la vista de la ley estatal (aún no cuentan con Ley propia Asturias, Cantabria y País Vasco¹⁹³). Todas ellas regulan en términos casi idénticos a la

¹⁹¹ La reutilización de datos, se regula en La Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. Esta ley transpone la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, que persigue facilitar la creación de productos y servicios de información basados en documentos del sector público, garantizar la eficacia en el uso transfronterizo de documentos del sector público por empresas privadas y ciudadanos, y promover la libre circulación de información y la comunicación, garantizando el respeto a la seguridad jurídica, la protección de los datos personales, así como la propiedad intelectual e industrial. La Ley exige ofrecer la información en formatos abiertos y legibles por máquina junto con sus metadatos, por lo que La Ley recoge las definiciones de formato legible por máquina, formato abierto, así como la norma formal abierta que garantiza la interoperabilidad, entre otras. La Ley incorpora la obligación prevista en la Directiva de fomentar el uso de licencias abiertas, de tal forma que las licencias para la reutilización de la información del sector público planteen las mínimas restricciones posibles. En parte también supone un desarrollo de La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que recoge entre los principios generales de la publicidad activa y del Portal de Transparencia, el de la reutilización de la información pública.

¹⁹² En esa labor de facilitar el cumplimiento de los objetivos de La Ley de Transparencia del Instituto Nacional de Administración Pública, por la que se convocan actividades formativas en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (Resolución de 2 de marzo de 2015, BOE de 3 de marzo).

¹⁹³ Al concluir la redacción de este trabajo, no había concluido la tramitación del Proyecto de ley del Principado de Asturias de Transparencia, ni del Proyecto de ley de transparencia de la Administración Pública Vasca. Cantabria, Ceuta y Melilla tampoco disponen de leyes propias.

estatal (artículo 8.1.a) las obligaciones de publicación en relación con los contratos administrativos, con algunos interesantes matices. En cuanto a las normas sobre «buen gobierno» que también incluye la Ley 19/2013, algunas Comunidades autónomas también lo han regulado en sus leyes de transparencia, mientras que otras tenían normas anteriores sobre esta cuestión¹⁹⁴. Ha de tenerse en cuenta que algunas leyes autonómicas son anteriores a la Ley 19/2013, con lo que en estos casos el contenido de la normativa regional se ha de completar con la legislación estatal, que también les resulta de aplicación. Igualmente, cuando se apruebe la nueva LCSP, las exigencias de ésta en cuanto a datos a publicar en el perfil, serán obligatorias en todas las Comunidades, a excepción de Navarra. Lo lógico sería en ese momento implementar los portales de transparencia con los datos adicionales del perfil, en caso de exigirse en este la publicación de alguna información que no esté en la normativa estatal o autonómica de transparencia.

Nos limitaremos a citar las normas que afectan a la transparencia, sin abordar un estudio comparado de las mismas, que no es el objeto de este trabajo: Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega; ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de les Illes Balears; Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Acuerdo de 28/02/2013, del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha, por el que se aprueba el Modelo de la Transparencia y el Buen y. Acuerdo de 03/09/2014, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban medidas para la implantación en esta Comunidad Autónoma la Ley estatal 19/2013; Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de Cataluña, 18 de diciembre de 2014; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, de Canarias; Ley 4/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de Madrid; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y

¹⁹⁴ Puede verse una relación de ambos tipos de leyes, con un esquemático análisis de algunos de sus aspectos en el blog de ALMONACID LAMELAS, Víctor, de 12 de junio de 2015, bajo el título “Leyes autonómicas sobre transparencia”.

<https://nosoloytos.wordpress.com/2015/06/12/leyes-autonomicas-sobre-transparencia/#more-2702//>

León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Prácticamente todas las leyes regulan la publicación de datos sobre contratos públicos en un artículo independiente, llegando las más exigentes a imponer la publicación nominal de los contratos menores superiores a ciertas cuantías (Baleares, Extremadura, sin limitación Murcia) y la modificación de todos los contratos (Navarra). La Ley catalana tiene dos singularidades: obliga a las Entidades Locales a aprobar un Código de Conducta para sus altos cargos; y en la web de su Junta Consultiva de Contratación se publica una relación anonimizada de preguntas y respuestas más frecuentes en materia de contratación pública resueltas por el órgano consultivo (art. 13.1.h). Castilla y León impone la tramitación electrónica de los procedimientos de acceso y reutilización de la información publicada (DA 1ª). La ley canaria ha suscitado críticas¹⁹⁵ por cuanto la publicación que hace de los contratos menores no respeta el contenido que establece el artículo 8.1.a de la Ley estatal, al no exigir la publicación de la identidad de los adjudicatarios de estos contratos. El ALCSP dejará sin valor la excepcionalidad de la Ley canaria, pues como se ha señalado, su artículo 63 obliga a incluir esos datos en el propio perfil de contratante. Curiosamente, en esta misma CCAA, la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, regula las obligaciones de transparencia de los contratos de estas EELL, y en su artículo 112, en concreto la información de los contratos, amplía considerablemente las obligaciones de información con respecto a Ley autonómica, incluyendo una muy interesante publicación de la actividad previa (contratos programados) y toda la información sobre los contratos menores que no contemplaba la Ley 12/2014 sobre transparencia. La Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, regula también aspectos sobre la transparencia de la actividad de los Ayuntamientos, aunque prácticamente adapta a la organización y funcionamiento de las entidades municipales la legislación canaria sobre transparencia, y prevé que será el Alcalde el órgano competente para la elaboración, actualización y publicación de la información que debe hacerse pública en la página web (art. 24).

D. LA ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL TRANSPARENCIA INTERNACIONAL

¹⁹⁵ GARCÍA MEILLÁN, Juan Carlos, “Canarias, en el Limbo de la Contratación Pública y el de la Transparencia”, donde alude a esa limitación en su normativa de transparencia y su tardanza en dotarse de Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, 15 de septiembre de 2015. <http://mymabogados.com/canarias-transparencia-y-contratacion-publica.html>

Transparencia Internacional (TI) es una ONG fundada en 1993, a iniciativa de Peter Eigen, ex director regional del Banco Mundial. Su sede se encuentra en Berlín, Alemania, opera en más de 70 países, y está formada por más de 100 delegaciones, una en España, donde comenzó a trabajar en el 2000, gestionada por la Fundación José Ortega y Gasset.

TI declara que no se considera afín a ningún partido y defiende totalmente su independencia política, por lo que no recibe ninguna aportación de ninguna institución u organismo público. Se trata de una organización que promueve medidas contra la corrupción política en el ámbito internacional, entre ellas muy especialmente favorecer la transparencia, tratando de congregarse a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos en una amplia coalición global contra la corrupción. Según indica en su web, su propósito es comprender y enfrentar los dos rostros de la corrupción: quien corrompe y quien permite ser corrompido, para poder abordar el problema.

A Transparencia Internacional se le reconoce buena parte del mérito de colocar el tema de la corrupción en la agenda de muchas Instituciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, la OCDE o la propia ONU, que ven la corrupción como uno de los principales obstáculos para el desarrollo en el mundo, cuando antes de la labor de esta organización no se había realizado un planteamiento común ni adoptado iniciativas de suficiente calado en la lucha contra la corrupción. Así Transparencia Internacional, desempeñó un papel muy relevante en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 y en la Convención contra el Soborno de la OCDE.

En 1995, TI creó el «Índice de Percepción de Corrupción», que clasifica a las naciones según su prevalencia de corrupción, y que se publica anualmente. En 1999, empezó a publicar el «Índice de las Fuentes de Soborno», en el que clasifica las naciones de acuerdo con la facilidad con que las multinacionales de un país dan sobornos. Su metodología se basa en encuestas llevadas a cabo a personas del mundo empresarial.

Transparencia Internacional ha desarrollado también unos «Índices de Transparencia», como herramienta para medir el nivel de transparencia de las instituciones ante los ciudadanos y la sociedad. La evaluación de los datos y la información se realiza a través de lo que cada entidad hace público en su página

web, en relación con ochenta indicadores y áreas de transparencia definidos en cada Índice. En nuestro país ha evaluado la transparencia de los 110 mayores Ayuntamientos a través de ese conjunto integrado de 80 indicadores. También ha evaluado en España a las Diputaciones Provinciales, Comunidades Autónomas, Parlamentos, a los principales partidos políticos, la gestión del agua y los clubes de fútbol. Las seis Áreas de transparencia que se evalúan en el informe de transparencia, son las siguientes:

- a) Información sobre la Corporación municipal
- b) Relaciones con los ciudadanos y la sociedad
- c) Transparencia económico-financiera
- d) Transparencia en las contrataciones y costes de los servicios
- e) Transparencia en materias de urbanismo, obras públicas y medioambiente.
- f) Indicadores Ley de Transparencia.

Según señala la web de la delegación española, sus «Índices de evaluación» no tratan de medir el nivel de corrupción o la conducta de personas que puedan pertenecer administrativamente o dirigir políticamente las citadas instituciones. La evaluación de los Índices de transparencia tiene un carácter institucional, y la valoración informativa se hace de cada una de las entidades públicas, las cuales para TI-España están por encima de las personas que en cada momento tengan o hayan tenido vínculos de carácter político o administrativo con dichas instituciones. Esto ha generado, algunas posibles “disfunciones”, que han permitido que instituciones con varios casos de corrupción en los Juzgados hayan recibido las máximas calificaciones en los Índices de Transparencia de TI.

A la labor de esta ONG hay que agradecer buena parte del interés de los medios de comunicación, y tal vez como consecuencia de este, de la clase política, por divulgar datos y dirigir instituciones que reciban el sello de «transparente», y todos los gobiernos locales, regionales y estatal se preocupan por la puntuación que reciben sus respectivas instituciones en los informes de TI.

Tal vez por ello, a la preocupación de esta organización por la transparencia formal de la publicación de datos, ha sumado su preocupación por la materialización del principio de transparencia. En marzo de 2015, Transparencia Internacional-España ha comenzado a desarrollar un proyecto de cuatro años de duración, controlado por el Banco Mundial y financiado por la Siemens Integrity Initiative, denominado: *«Implementar y evaluar las políticas de integridad*

corporativas en el sector privado en España: un enfoque holístico». El Objetivo 2 del Proyecto se denomina: “mejorar la Integridad en la Contratación Pública en España a través del diseño e implementación de «Pactos de Integridad»”. En la presentación de este proyecto a través del Observatorio de la Contratación Pública¹⁹⁶, se alude a la “preocupación por consolidar sistemas de contratación pública que sean eficientes y eficaces y que respeten los principios de transparencia y de equidad permite minimizar los riesgos que conlleva la corrupción”. El objetivo final es mejorar la eficiencia de la contratación pública a través de la competencia en igualdad. Señala el artículo de presentación del proyecto que “reducir la corrupción en las contrataciones permite a los gobiernos utilizar de manera más eficiente el dinero de los contribuyentes y limitar las consecuencias perniciosas de la corrupción. Ello puede contribuir a afianzar la confianza pública en los gobiernos y los procesos vinculados con decisiones políticas. Para las empresas licitantes esto implica competir en igualdad de condiciones, sin riesgo de que una empresa se imponga por sobre las demás mediante el pago de sobornos”.

Para el diseño e implementación de «Pactos de Integridad», solicitó esta asociación la colaboración de expertos en contratación pública con el objetivo de proponer ideas para desarrollar un sistema de compromisos del sector público y los operadores privados y de controles que permita “reducir la corrupción y el despilfarro” en la contratación pública. El proyecto trata de desarrollar lo que denomina una “idea-herramienta”, para diseñar un proceso de contratación en el cual todas las partes involucradas se comprometan a abstenerse de ofrecer, exigir o aceptar sobornos, además de cumplir con las obligaciones de libre competencia e igualdad de trato. Los objetivos de los Pactos de Integridad serían los tres siguientes:

- Asegurar que las partes involucradas en la contratación se abstengan de participar en sobornos y actividades corruptas e ilícitas.
- Permitir que se apliquen sanciones a los actores que incumplan el contrato.
- Controlar que todas las partes cumplan con el contrato.

Para lograr esos objetivos se propone que los organismos contratantes y la organización de la sociedad civil (entidades privadas “dedicadas, independientes e

¹⁹⁶Entrada en blog del ObCP del 6 de julio de 2015, bajo el título “Elementos para un exitoso pacto de integridad. Llamamiento a la colaboración de Transparencia Internacional – España”. Convocantes: VILLORIA MENDIETA, Manuel y ARRIBAS REYES, Esteban, (TI-España), [http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.809/reلمenu.2/chk.cd217e3c8d42f3c14bb51322463f30e8](http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.809/recategoria.118/reلمenu.2/chk.cd217e3c8d42f3c14bb51322463f30e8)

idóneas”) adopten tres documentos: el Memorándum de Acuerdo; el Pacto de Integridad; y los Términos de Referencia para un “monitor independiente”. El proceso culmina con la suscripción de un «Pacto de Integridad» entre la “autoridad” contratante y cada ofertante, al que seguiría un “monitoreo” durante y después de la licitación. Este monitor sería generalmente un ingeniero, arquitecto o abogado contratado por lo que han denominado, “organización de la sociedad civil”, que precisan que sería *“generalmente, un Capítulo local de Transparency International, en este caso TI-España”*. El monitor independiente controlaría que todas las partes signatarias respetaran los compromisos asumidos, para lo que se precisaría que estos estén bien definidos. El Pacto de Integridad expondría de este modo los procesos de contratación al control de la sociedad civil y al público en general.

Esta idea o proyecto nos suscita varias dudas, tanto de funcionalidad como de legalidad. Para empezar la dificultad de suscribir un pacto para cada contrato y cada empresa o persona interesada en concurrir a un procedimiento de contratación, lo que parece que supondría abrir un plazo antes de cada licitación para que las empresas interesadas en concurrir a la misma suscribiesen el pacto, lo que llevaría tiempo y podría dificultar la concurrencia, ya que en ningún caso podría privarse de participar a quien no suscribiera ese pacto, ni marcar diferencias por ello. No menos problemas operativos suscita la definición de la figura del “monitor independiente” y su intervención: qué requisitos habría de reunir, quien los fijaría, cómo y quién seleccionaría a esta persona; que normas asegurarían su independencia; quien y con qué recursos costearía sus servicios; que potestad tendría para imponer sanciones en caso de quebrantamiento del pacto de integridad, y con qué procedimiento se van a imponer y recaudarían en caso de ser pecuniarias, y quien las ingresaría. Tampoco resulta sencillo encajar esta figura en el procedimiento de contratación, ni en el momento que ha de intervenir ni su interrelación con los legalmente responsables de realizar los controles de legalidad internos (supervisión, informes jurídicos, fiscalización de legalidad y de consignación presupuestaria); los controles materiales durante la fase de ejecución y resolución (director de obra, responsable del contrato, fiscalización material de la inversión); y controles externos (recurso administrativo especial; fiscalización por los OCEX; recursos jurisdiccionales). También suscita dudas la actuación del ‘monitor’ ante el descubrimiento de un incumplimiento del pacto de integridad, por ejemplo si existiera un soborno (a los que se alude en varias ocasiones el proyecto), que implicara un ilícito administrativo o penal, no debería limitarse a aplicar las sanciones previstas en el

pacto, sino que habría de denunciar al menos los posibles delitos ante la fiscalía (de lo contrario podría incurrir en el delito de no denunciar un delito), lo que nos conduce a plantear si es posible o tiene sentido una supuesta ‘sanción privada’ cuando existen mecanismos ya en el derecho administrativo y en el penal.

Quizá este proyecto pueda tener una mayor virtualidad en el campo del sector privado, donde la actividad interna de los operadores económicos que participan en la contratación no está reglada (más allá de la posible comisión de delitos). La formación en políticas empresariales de integridad y de responsabilidad social corporativa, incluyendo la formación de los responsables de contratación de las empresas y compromisos de integridad en los procesos de contratación de las mismas: no ofrecer sobornos, no realizar prácticas colusorias, cumplir fielmente los compromisos contractuales en la ejecución de los contratos de los que resulten adjudicatarios (cumplir plazos y calidades, no tratar de forzar modificados o prórrogas irregulares, etc.).

En esta línea de realizar aportaciones para fomentar medidas de transparencia material en los procedimientos de contratación para combatir la corrupción, TI España elaboró en el mes de octubre de 2015 las que denomina «Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción» en los ámbitos de “licitaciones y contratos públicos” (45 medidas) y “subvenciones y ayudas públicas” (15 medidas)¹⁹⁷. La intención es enviar las medidas a los doce principales partidos políticos para que las puedan tener en consideración e incorporar en su caso en sus Programas de las próximas Elecciones generales. Todas las propuestas están dirigidas a aumentar la transparencia y prevenir la corrupción en los dos ámbitos citados. Las medidas han sido elaboradas por una comisión plural con expertos de diferentes ámbitos: Magistrados, Fuerzas de seguridad, Órganos de control, Servicios antifraude, Instituciones públicas, Colegios profesionales, y Universidades, entre otros¹⁹⁸.

La propuesta parte con una interesante justificación en la que se apela a declaraciones anteriores de la organización a nivel internacional. La constatación de que la contratación pública ofrece tentadoras oportunidades a la corrupción, y que esta se lleva un promedio del 10% del gasto público en contratos, hace imprescindible combatir la corrupción promoviendo la ética pública y la

¹⁹⁷ Publicados en la web de TI España: <http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>

¹⁹⁸ El listado de los miembros se puede consultar en la web: www.transparencia.org.es

responsabilidad empresarial, para lograr con ello una contratación más transparente y eficiente, una “*nueva cultura de la gestión de la contratación pública, claramente vinculada al derecho a una buena administración*”. En este ámbito, unas medidas van dirigidas a reforzar la materialización del principio de transparencia, mientras que otras encierran planteamientos más generales, propios de una política de integridad ética y seguimiento de la eficiencia de la contratación.

La propuesta agrupa las medidas en cuatro apartados.

- I. Medidas orientadas a incrementar la transparencia tanto desde la perspectiva de favorecer la concurrencia como de la rendición de cuentas. Entre estas medidas se incluyen varias que analizaremos en el siguiente capítulo (establecer la misma regulación para la contratación de todo el sector público, eliminar el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, limitar los contratos menores). Se recogen aquí otras medidas más relacionadas con la publicación de información sobre los contratos celebrados (estándares de datos, reutilización de la información, seguimiento integral), junto con otras que plantean de ‘externalización’ del control del cumplimiento normativo en los procedimientos de contratación (auditorias, monitorización, agencias anticorrupción...), y en algunas tareas una duplicidad o redundancia con los órganos legalmente imperativos.
- II. Medidas orientadas a fortalecer los comportamiento éticos y la profesionalización. Aparte de reivindicar la ausencia de representantes políticos en las mesas de contratación y reforzar la figura del responsable del contrato, las propuestas agrupadas bajo este epígrafe se centran mejorar la profesionalización de los gestores de la contratación pública y formación en prevención de la corrupción de estos y del personal de las empresas licitadoras, o la aprobación de códigos de buenas prácticas (tema que abordamos con profundidad en el capítulo IV). También se hace de nuevo un guiño a las “colaboraciones externas”, como los antes comentados «pactos de integridad», los informes independientes para decisiones estratégicas o los informes anuales de eficiencia.
- III. Medidas orientadas a mejorar los mecanismos de control, como estrategia para prevenir la corrupción. Entre ellas reforzar la fiscalización interna y las funciones de los Tribunales y Consejos de Cuentas y consolidar los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, con una mayor dotación de medios y ampliación de la legitimación para recurrir (acción pública, gratuidad del recurso especial); medidas de protección a los denunciantes y casos de

corrupción y exigencias de responsabilidad civil por los sobrecostos. De nuevo encontramos en este grupo propuestas de creación nuevas instituciones, como la Agencia de integridad, y otra referencia a las auditorías para el control posterior.

- IV. Medidas para perfeccionar la legislación vigente. Entre otras, asegurar un marco normativo estable y uniforme; regular medidas para prevenir la injerencia de conflictos de intereses (entre estos alude a las conocidas ya como “puertas giratorias”); someter a la legislación de contratos a los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales que mayoritariamente se financien con recursos públicos; impulsar la contratación electrónica; exigir que los medios propios tengan recursos materiales adecuados para ejecutar los encargos que se les encomiendan; imponer la anulación de los contratos afectados por actos de corrupción; establecer un sistema curricular para asegurar la capacitación de los empleados públicos encargados de la contratación.

En relación con estas propuestas, comparto todas las que buscan potenciar la aplicación práctica del principio de transparencia en los procedimientos de contratación. Todas las medidas de este tipo serán analizadas, junto con otras más, con ese enfoque en el capítulo III de este trabajo. Sin embargo, no considero acertadas las medidas que plantean incorporar nuevas entidades o intervinientes externos (agencias, oficinas, monitores, auditores¹⁹⁹) al proceso de contratación. Como se abordará en el capítulo IV, nuestro ordenamiento jurídico dispone ya de figuras y órganos suficientes a los que se atribuye la verificación y el control desde el inicio al final de la gestación de los contratos públicos. Es necesitan un refuerzo para que puedan ejercer adecuadamente sus funciones: garantizar su independencia; dotarlos de medios personales y materiales adecuados, y dar efectos directos e inmediatos en los procedimientos y entidades que fiscalicen a los informes y resoluciones de los órganos de control interno y externo. De esta última y para nosotros relevante cuestión no se ocupa la propuesta de TI España, ni para los ya existentes ni para los de colaboración externa que proponen crear. La Ley 8/2015, de 7 de agosto de la CCAA de Galicia, supone un avance en esta línea al

¹⁹⁹ La limitación del recurso a las auditorías se señaló en la Resolución de 7 de septiembre de 2011, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de los contratos de asistencia técnica para la realización de auditorías en las Entidades Locales, ejercicios 2004, 2005 y 2006. También en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en la Entidades Locales. Sin embargo, la IGAE acude periódicamente a la contratación de empresas de auditoría para auxiliarse en sus funciones ante la insuficiencia de medios (carencia de recursos propios que es crónica, pues se repite cada año): Orden HAP/2245/2015, de 23 de octubre, por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas de auditoría.

reforzar la independencia de su Consejo de Cuentas, atribuyéndole competencias expresas en materia de prevención de la corrupción.

Dejando al margen las consideraciones en cuanto a la organización Transparencia Internacional, recopilamos lo expuesto en este capítulo: el principio de transparencia es el pilar básico de la contratación pública, estructurante, transversal e instrumental, que ha de aplicarse a todos los contratos, a todas las fases del procedimiento de contratación, y con un objetivo último que es garantizar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos que se utilizan en la contratación. Adecuadamente aplicado, garantiza una contratación objetiva e íntegra, fomentando la competencia efectiva gracias a una concurrencia abundante e igualitaria, lo que permitirá una contratación más eficiente al adjudicar cada contrato a la mejor oferta en relación calidad-precio, al asegurar el cumplimiento íntegro de lo contratado y al evitar los costes que se llevan las prácticas corruptas. Paralelamente, la transparencia de los datos derivados de una contratación así articulada, posibilitará una mejor rendición de cuentas a los ciudadanos de la aplicación de los recursos públicos que ellos mismos generan, permitiendo el control y participación de éstos en las decisiones sobre el destino de las inversiones que se realizan a través de los diferentes contratos. Se ha de buscar por lo tanto la concurrencia de ambas acepciones del principio de transparencia en la actividad contractual de todo el sector público: **la “transparencia material”, para garantizar una contratación íntegra y eficiente, y la “transparencia formal”, favorecedora de una efectiva participación ciudadana en una «Contratación Abierta».**

III. MEDIDAS PRÁCTICAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EN ESPECIAL LA PREPARACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

III.1. CONSIDERACIONES GENERALES Y PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES Y DE DIFERENTES INSTITUCIONES Y ORGANISMOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO HERRAMIENTA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

La transparencia como principio básico en todos los contratos del sector público persigue, como se ha reiterado, esencialmente dos objetivos intrínsecamente relacionados:

- a. Contribuir a la **eficiencia** del gasto público, permitiendo una mayor concurrencia en igualdad de condiciones, que garantice una competencia real y con ella con mejores ofertas.
- b. Asegurar la **integridad** en los procedimientos de contratación, reduciendo la corrupción (cdo. 126 D. 2014/23, ya citado²⁰⁰).

La «Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública», señala esa doble virtualidad del principio de transparencia en los términos siguientes: *“la transparencia puede desempeñar un papel importante no solo en la consecución de la eficiencia en el empleo de fondos públicos, sino también en otros objetivos relevantes como son la integridad y lucha contra la corrupción”*. La conexión entre ambos objetivos es evidente, pues sin duda, una contratación con menos corrupción contribuye muy activamente a lograr una contratación más eficiente en términos de gasto, ya que favorece la concurrencia y evita las pérdidas de recursos que se lleva la corrupción, que como ya hemos recogido que se ha estimado en unos 120.000 millones de euros al año a nivel comunitario²⁰¹.

La aplicación material del principio de transparencia es pues el camino para lograr la eficiencia y la integridad, pues con corrupción la contratación resulta ineficiente, y la transparencia es el mejor “antídoto”²⁰² para combatirla. Para alcanzar ese objetivo resulta imprescindible aunar los principios y mecanismos que impulsan los poderes públicos para dar respuesta a los conflictos de intereses

²⁰⁰Recordemos de nuevo la frase del considerando 126 de la Directiva 2014/24, de contratación: *“La trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude”*.

²⁰¹ Datos recogidos en la Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, COM (2011) 308 final, de 6 de junio (pág. 3). La Comisión Nacional del Mercado de la Competencia ha estimado el coste de la corrupción en España en 47.500 millones de euros, en el informe de la de 5 de febrero de 2015 «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia». Este dato ha sido motivadamente cuestionado en el capítulo I, apartado F de este trabajo.

²⁰² Expresión utilizada por Carlos LESMES SERRANO, Presidente del Consejo General del Poder Judicial en la conferencia a la que ya nos hemos referido "Transparencia y Poder Judicial" en el Parlamento de Canarias pronunciada el 25 de septiembre de 2014: *“la transparencia es un antídoto contra la corrupción y facilita el control del gasto y la acción de gobierno por parte de la ciudadanía”*.

y a la corrupción, señala A. CERRILLO i MARTÍNEZ²⁰³. J. M. GIMENO FELIU ha destacado la integridad como elemento fundamental en la política de compras públicas²⁰⁴, por lo que impele a *“corregir y laminar el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración”*. Y para superar esa patología, la transparencia es la herramienta principal, tanto para lograr una gestión íntegra como para explicar a la ciudadanía como se gestionan los recursos públicos²⁰⁵.

El principio de transparencia ha de garantizarse en todo el procedimiento de contratación: ha de informar la fase previa, la preparación del contrato, presidir la selección de la ofertas, y vigilar su mantenimiento en la posterior, la de ejecución. El TJUE recuerda que los órganos de contratación han de preservar los principios de igualdad de trato y transparencia *“en todas las fases del procedimiento de licitación”* (STGUE, sala sexta de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12). La adjudicación de un contrato puede venir ya predeterminada desde la propia definición del objeto o en la configuración de los criterios de solvencia, y una adjudicación totalmente objetiva, puede derivar en una vulneración del principio de igualdad de trato si el contrato es posteriormente modificado sin respetar los límites que marca la jurisprudencia comunitaria, como ha denunciado este Tribunal cada vez que ha anulado una modificación contractual (por todas, la STJGE de 31 de enero de 2013, asunto T 235/11).

La Directiva 2014/23 se refiere en el apartado 2 de su artículo 3 expresamente a la necesidad de garantizar la materialización del principio de transparencia por todos los poderes y entidades adjudicadoras en la fase de adjudicación y ejecución. En el mismo sentido, la Directiva sobre contratación pública 2014/14, hace de la salvaguarda del principio de transparencia el argumento que justifica de la mayoría de sus medidas, y entre ellas, la novedosa regulación de aspectos concretos de la ejecución de los contratos, que no se habían regulado en las

²⁰³ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, en *“El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción”* cit, pág. 57.

²⁰⁴ En el trabajo *“Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”*, publicado en la Revista española de Derecho Administrativo num.159/2013, Editorial Civitas-Aranzadi-THomsom-Reuters, pág. 29.

²⁰⁵ GIMENO FELIU, José María, *“Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”*. Texto ponencia V Seminario de contratación pública Formigal, septiembre de 2014.

Directivas de las tres “generaciones”²⁰⁶ anteriores, ya que determinadas actuaciones en esta fase, especialmente la modificación de los contratos, pueden suponer un atentado directo contra el principio de igualdad de trato, y por lo tanto del de transparencia²⁰⁷.

La preocupación por el respeto al principio de transparencia en todas las fases de la contratación está presente en los informes del Tribunal de Cuentas, y con base en ellos la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, recomienda reiteradamente a todos los órganos de contratación ajustar más la actividad contractual a los principios de igualdad, objetividad, publicidad, transparencia, concurrencia y eficiencia que informan la contratación pública (demanda que ha hecho incluso al Consejo General del Poder Judicial²⁰⁸). Y referencias expresas a la necesidad de un “*mayor rigor en la tramitación de las fases de preparación y adjudicación de los contratos*” para evitar modificaciones o prórrogas que quebranten los principios de transparencia e igualdad de trato en la fase de ejecución de los contratos, son también habituales en los informes del máximo órgano de control externo²⁰⁹. Un buen ejemplo es el «Informe de fiscalización relativo a la contratación del sector público estatal celebrada durante el ejercicio 2012», nº 1066, de 20 de diciembre de 2014 (asumido por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas mediante Resolución de 29 de junio de 2015): recomienda incrementar la planificación y análisis de las fases preparatorias, aportando una mayor precisión en la elaboración del proyecto (aunque referido a los contratos de obras, es

²⁰⁶ Expresión tomada de GIMENO FELIU, José María, en referencia las Directivas de contratación de anteriores de los años 1970, 1992-93 y 2004, como las de primera, segunda y tercera generación. En el artículo citado “*Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública*”, cit.

²⁰⁷ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, en el libro “*La modificación de los contratos públicos*”, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Zizur menor (Navara) 2015, pág. 65.

²⁰⁸ Informe del Tribunal de Cuentas nº 1046, de 24 de julio de 2014, asumido en la Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Consejo General del Poder Judicial.

²⁰⁹ Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre.

“5. *Propiciar un mayor rigor en la transición en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, a fin de evitar la proliferación de modificaciones en los mismos derivada de deficiencias en dichas fases. Asimismo, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberían establecerse los criterios de adjudicación con claridad y precisión y especificarse los métodos o formas de valoración. Todo ello en beneficio de una mejor calidad y menor precio en todos los procesos de contratación.*”

extrapolable esta recomendación a cualquier tipo de contrato); e incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares el modo concreto en que el órgano de contratación supervisará la ejecución del contrato. Ello sin dejar de proponer, como en todos los informes de fiscalización de la contratación, recomendaciones para garantizar la objetividad en la fase de selección de la oferta más ventajosa. En este informe se realizan también propuestas en orden a dar cumplimiento a objetivos sociales con la contratación pública, en el marco de la ‘contratación estratégica’ que impone la UE (aplicar las previsiones legales para “*promover la igualdad entre mujeres y hombres*”). Destacamos la importancia de los informes del Tribunal de Cuentas y sus recomendaciones y de los órganos autonómicos equivalentes, tanto por lo riguroso de sus análisis, como por lo acertado de sus recomendaciones.

El «**Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE**», elaborado la Comisión Europea en febrero de 2014²¹⁰, como ya hemos recogido, recomienda a España especialmente “*tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de Cuentas central y organismos similares a nivel regional en lo que respecta a las irregularidades en los procedimientos de contratación pública a nivel regional y local, aumentar su capacidad de control y, por otro lado, difundir buenas prácticas normalizadas sobre contratación pública a nivel regional y local*”. Este informe pone de relieve los deficientes controles existentes en España y destaca las siguientes prácticas fraudulentas, denunciadas por las empresas: pliegos de condiciones a la medida para determinadas empresas; abuso de los procedimientos negociados; conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas; licitación colusoria; criterios de selección o evaluación poco claros; y modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato. Los porcentajes de percepción de esas “anomalías” por la empresas españolas son en todo los caso muy superiores a la media del resto de países de la UE²¹¹. En este informe se hace referencia a un estudio encargado por la Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) sobre la corrupción en la contratación pública que afecta a los fondos de la

²¹⁰El Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE (Bruselas, 3.2.2014 OM (2014) 38 final), puede consultarse en la siguiente dirección web: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf

²¹¹ El anexo para España Informe de lucha contra la corrupción de la UE, recoge en su página 4 datos estadísticos sobre la percepción de la corrupción en España de los que nos hemos hecho eco en el apartado D del capítulo anterior, de los que refrescamos aquí solo estos dos: el 97 % de las empresas españolas que la corrupción está muy extendida en su país (media de la UE: 75 %), porcentaje que es de un 95% entre los particulares (media de la UE: 76 %).

UE, que confirmó las conclusiones del Tribunal de Cuentas a las que se hace referencia en el anexo para España del citado Informe de lucha contra la corrupción de la UE. Entre otros factores de riesgo detectados a nivel regional y local destaca la OLAF los siguientes: *“la adquisición de las especificaciones técnicas de licitadores competidores, la falta de controles ex ante eficaces e independientes, la ausencia de una plataforma única para el gran número de perfiles de contratistas y un elevado umbral para contratos de obras y servicios de menor cuantía”*²¹².

Diferentes estudios, en España y fuera de nuestro país, han propuesto en los últimos años medidas para mejorar la transparencia en la contratación pública, y con ella la lucha contra la corrupción. Citamos algunos de los más significativos:

La **«Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción»**, del año 2003, tiene como finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficientemente la corrupción, y favorecer la integridad, con la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos; todo ello apoyado en la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos (art. 1). Esta Convención es de carácter general, abarcando todos los ámbitos de la actividad pública más proclives a la corrupción en todo el mundo. Su artículo 9 aborda medidas preventivas de la corrupción en la contratación pública, requiriendo el establecimiento de sistemas de contratación *“basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones”*. Los remedios a los que alude esta Convención son la información previa y precisa a los licitadores de las condiciones de los contratos con tiempo suficiente; la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones; un mecanismo eficaz de control interno y de apelación –recursos-; y adopción de medidas para evitar conflictos de intereses, como las declaraciones de intereses del personal que

²¹² El título del informe es el siguiente: 'Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption', 30 de junio de 2013, PricewaterhouseCoopers y ECORYS.

La OLAF, junto con la fundación ESADE Universidad Ramón Llull ha realizado el informe titulado «Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación», cuyo capítulo 1 “Detección y reducción de las irregularidades en la gestión e implementación de los fondos europeos: el correcto cumplimiento de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública”, hace un amplio estudio de posibles incumplimientos de la normativa de contratación en las diferentes fases de los procedimientos de contratación (si vienen cuanto a la ejecución se limitan a las modificaciones de los contratos). El estudio está disponible en el enlace web siguiente:

<https://drive.google.com/file/d/0B0IyrQ60lu7GR2dzNUFjZm5jYWZPMmlpX2czM3NUanRwd2ln/view>

maneja las contrataciones. En el ámbito correctivo, la Convención define delitos internacionales de corrupción, y propone exigir responsabilidades a personas físicas y jurídicas; medidas contra el blanqueo del producto del delito y los paraísos fiscales; y la cooperación internacional para la persecución de esos delitos y recuperación de activos²¹³.

Más específico en el campo objeto de este estudio, el trabajo «**Integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la “A” a la “Z”**», suscrito por la OCDE en el año 2007, califica la contratación pública como “*un proceso empresarial inserto en un contexto de buena gobernanza*”. Mantiene que la contratación es el ámbito de la actividad pública más vulnerable a los sobornos y aboga por la “*transparencia, responsabilidad y profesionalidad*” para lograr la integridad del proceso²¹⁴. Este trabajo parte de una investigación realizada entre los años 2004 y 2006, a partir del Fórum Global sobre la Gobernanza de la OCDE 2004, bajo el título «La Lucha contra la Corrupción y el fomento de la Integridad en la contratación Pública» y en el que se llegó a la conclusión de que la mayor amenazada contra la integridad en la contratación pública era (y es) “*la falta de transparencia y la necesidad de responsabilidad por la gestión*”. En ese estudio se analizaron los riesgos para la integridad en todas las fases de la contratación pública, y se proponen medidas concretas para tratar de garantizar esa integridad, incluso en los procedimientos excepcionados de concurrencia, con un análisis de experiencias en más de treinta países de todo el mundo²¹⁵. Se analizan las tres fases de la contratación: en la que denomina “fase previa al concurso público”, pone el acento en la necesidad de una adecuada evaluación de las necesidades; analiza los riesgos en la “fase de licitación”; y en la “fase post-concurso público”, se

²¹³ No ocultamos sin embargo cierto desánimo que nos produce las referencias que se recogen en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del año 2005, a otras Convenciones internacionales con este objetivo que se han ido sucediendo desde 1961 hasta ésta, con unos resultados poco esperanzadores, que parecen negar totalmente al menos en nuestro país a la vista de los continuos casos de corrupción que desbordan a diario los medios de comunicación.

²¹⁴ la traducción de SÁNCHEZ GIL, Isabel, publicada por el INAP en el año 2009, está publicada en la dirección web de la OCDE: www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/www.oecd.org/gov/ethics/integrityinpublicprocurement.htm

²¹⁵ En España analiza las reformas para impedir los conflictos de intereses en La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y en el entonces proyecto de LCSP. En Portugal su entonces proyecto de plataforma on-line que abarca todas las fases de la contratación pública y que ha hecho de este país en pionero en Europa en imponer en el año 2008 la contratación electrónica como único medio de contratación pública. En Australia la revisión independiente de los proyectos de riesgo. En Turquía establecieron estándares éticamente claros para los funcionarios encargados de la contratación pública y se creó en el año 2002 la Autoridad de la Contratación Pública autónoma para hacer un seguimiento de su cumplimiento....

centra el estudio en el control de la gestión contractual y del pago. Entre sus consideraciones, dedica un capítulo específico al “aumento de la profesionalidad”, con la especialización y formación permanente de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento de la contratación (analiza los casos de Nueva Zelanda, Turquía o Francia), y otro apartado a “garantizar la responsabilidad” por la gestión y el control de la contratación pública, en donde aboga por los controles interno y externos, los recursos y la “verificación por el público”, involucrando a los interesados en sentido amplio, incluidos los usuarios, en la verificación de la integridad de la contratación (recoge, por ejemplo, como en Méjico se publican las sanciones relacionadas con la contratación pública). Reclama este trabajo tratar el ciclo completo de contratación, pues aunque el proceso de licitación ha sido tradicionalmente el centro de los esfuerzos contra la corrupción, sin embargo es sólo la “punta del iceberg”. En el Foro OCDE 2004 los países reivindicaron la atención específica a “**zonas oscuras**”, las fases previa y posterior a la adjudicación, que están menos sujetas a los requisitos de transparencia y, por lo tanto, son potencialmente vulnerables a la corrupción.

La «**Guía sobre Gobierno Abierto**», elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la Asociación Internacional Open Contracting Partnership, da pautas para lograr un sistema de ‘contratación abierta’, que garantice unos procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismos activos de participación ciudadana y “reparación” de la contratación pública. Presenta una visión panorámica de las prácticas y las metodologías que están apareciendo en el ámbito de la divulgación y la participación en la contratación pública. Además, indica qué tipo de acciones ya se están poniendo en práctica por parte de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado y los donantes, con el objetivo de apoyar la contratación abierta, aportando ejemplos concretos de diferentes lugares del mundo²¹⁶.

Estos trabajos, la Convención de la ONU o las manifestaciones de los dos últimos Papas que se han citado, entre otros muchos estudios, constatan el alcance mundial del problema. “*En una sociedad globalizada, una corrupción generalizada*”, ha enfatizado J. GONZÁLEZ PÉREZ²¹⁷, lo que a su vez exige una “*globalización de la lucha contra la corrupción*” mediante la aproximación de los ordenamientos

²¹⁶ Accesible en inglés en la dirección web <http://pro-act.org/profiles/blogs/research-highlights-open-contracting-practices-from-around-the-wo>

²¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*”, cit. pág. 29.

jurídicos para lograr unos mercados públicos más abiertos (R. RIVERO ORTEGA en relación con los contratos públicos²¹⁸).

En nuestro país, los informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y las resoluciones o acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales son documentos cargados de sólidos argumentos para corregir las deficiencias en los expedientes de contratación, a la vista de respuestas a consultas específicas o fallos concretos en expedientes reales. De ellos tomamos, junto con los informes de los OCEX, muchas de las consideraciones que nos sirven en el apartado siguiente de este trabajo para proponer medidas de actuación concreta para implementar la transparencia en todas las etapas del *iter* de gestación de los contratos. Damos cuenta de algunos trabajos más generales de estos órganos.

La «**Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**»²¹⁹, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, señala expresamente la necesidad de adoptar medidas para mejorar la aplicación material de la transparencia en todas las fases de los procedimientos de contratación y en todos los contratos, extremando las garantías de las exigencias que establece la legislación de contratos, destacando por la motivación adecuada de todas las decisiones que adopten los diferentes intervinientes en el procedimiento de contratación. Desarrolla una serie de Manifestaciones prácticas del principio de transparencia que deben tener en cuenta los órganos de contratación: publicación de la normativa específica sobre contratación y de los informes y dictámenes de los órganos especializados en la materia; elaboración de guías a disposición de los licitadores; publicación de los anuncios de licitación y de las resoluciones administrativas dictadas por los órganos de contratación en los procedimientos que tramiten; especificación completa, clara y concreta en los anuncios de contratación o en los pliegos de las condiciones de licitación, adjudicación y ejecución del contrato; publicidad de la composición y de los actos de las Mesas de contratación y de los Comités de expertos; motivación

²¹⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo en el trabajo “Corrupción y contratos públicos: la respuesta europea y latinoamericana”, en el libro “*La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*”, Edit. Cit., pág. 124.

²¹⁹ La Dirección de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya ha aprobado la Instrucción 1/2014, de 9 de enero, sobre el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de la contratación pública. Podría resultar interesante ver los planteamientos de la Administración en la que se ha destapado el caso más grave por las cuantías (se habla de hasta 5 mil millones de euros) y lo continuado en el tiempo (casi 30 años) de un sistema de sobornos institucionalizado en contratación pública, pero nos ha resultado imposible acceder a un texto en español de esta Instrucción.

suficiente de las decisiones adoptadas en el procedimiento contractual; información sobre los modificados y otras incidencias que se produzcan durante la ejecución del contrato; evitar la dispersión de los Perfiles de contratante²²⁰.

La «**Memoria del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid**», año 2014²²¹ relaciona las soluciones que a lo largo del año ha adoptado en los diferentes recursos que resolvió. Su capítulo 6 se titula «El Tribunal Administrativo de Contratación Pública como instrumento de transparencia y de buenas prácticas (Principales criterios sentados por el Tribunal en sus resoluciones en esta dirección durante el año 2014)», y aborda las siguientes cuestiones: fórmulas de valoración del criterio precio; acceso a los expedientes de contratación y confidencialidad; conflicto de intereses; prácticas colusorias distorsionadoras de la licitación; retroacción del procedimiento de licitación como consecuencia de un recurso o de una reclamación cuando se haya abierto la documentación correspondiente a los criterios de valoración subjetiva.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha elaborado un informe titulado «**Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia**», fechado el 5 de febrero de 2015, en el que recuerda que la necesidad de mayor transparencia en la contratación pública está considerada internacionalmente como el factor fundamental para mejorar adicionalmente la eficiencia en el aprovisionamiento de las Administraciones Públicas en el siglo XXI²²². El informe parte de la consideración de la competencia y la eficiencia económica como los valores centrales de la contratación pública, y valora positivamente el esfuerzo que se ha realizado para consolidar en el ordenamiento jurídico principios jurídicos sólidos como son la igualdad y la transparencia, con la implantación de la normativa de transparencia. El trabajo estima necesario facilitar un mejor acceso a

²²⁰ Cuestión que ha tratado de resolver La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que modificó el art. 334 del TRLCSP al imponer al publicación de todos los anuncios de contratación en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

²²¹ Publicada en

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=filename%3DMemoria+TACP+2014.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352865648456&ssbinary=true>

El resto de TACP suele presentar también memorias anuales, pero evidentemente resulta materialmente imposible analizarlos y sintetizarlos todos. Desde la óptica del estudio y de la uniformidad doctrinal, la existencia de tantos tribunales resulta desbordante.

²²² Publicado en la dirección web de la CNMC:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf

la información, una mayor publicidad y en general una mayor transparencia en todos los procedimientos de contratación, y centra su análisis, en cinco áreas que considera, que ofrecen “importantes oportunidades de mejora”:

- mejor acceso, transparencia y publicidad de los procedimientos, y valoración y motivación expresa del elegido en cada caso;
- evaluar la eficiencia económica y la competencia efectiva al optar por la forma de contratación, como por ejemplo a la necesidad de evaluación de las posibles ineficiencias económicas de las encomiendas de gestión o convenios²²³;
- mayor aprovechamiento de las tecnologías de la información, tanto para obtener información del mercado como para facilitarla, incluida para la supervisión de la eficiencia económica por organismos especializados y la facilidad de acceso eficiente a la información electrónica sobre las licitaciones²²⁴;
- implementar una mayor cooperación administrativa para reducir las asimetrías de información presentes en los contratos públicos;
- simplificar los procedimientos en la contratación pública: a través tanto del mayor recurso a la contratación vía procedimientos electrónicos, como de la reducción de la dispersión normativa de la materia.

Ya nos hemos referido en el capítulo II.2 a las **«Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción»** elaboradas por la organización Transparencia Internacional España y un grupo de expertos, que relaciona 45 medidas en el ámbito de “licitaciones y contratos públicos”. De estas medidas muchas van directamente dirigidas a reformar la materialización del principio de transparencia, mientras que otras inciden en cuestiones propias de una política de integridad y buena gobernanza de más amplio espectro. De las primeras, de las que nos ocupamos en este epígrafe destacamos las siguientes, muchas de ellas ya recogidas en la últimas reformas legislativas o en el ALCSP: imponer un único portal de licitaciones; aplicar las mismas reglas de contratación a todos los poderes adjudicadores; obligar a recoger

²²³ Remite la CNMC a su “Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” (2013).

²²⁴ Se refiere en concreto la CNMC a la necesidad de incrementar la transparencia en el acceso eficiente a la información, a través de las diferentes plataformas informáticas de publicación de información sobre los contratos, uno de cuyos problemas considera que es: “*La pluralidad, heterogeneidad y falta de interoperabilidad de estas plataformas. No existe actualmente posibilidad práctica por parte de las empresas, los centros de investigación o los órganos supervisores de agregar los datos y/o de hacer búsquedas generales de procedimientos ya concluidos, abiertos o previstos.*” (pág. 13).

en todas las licitaciones el código CPV; eliminar el procedimiento negociado por razón de la cuantía; limitar los importes de los contratos menores; obligar la publicación de las cesiones de contratos, subcontrataciones y modificaciones; excluir de las mesas de contratación la representación política; reforzar la figura del responsable del contrato; consolidar los Tribunales Administrativos de Contratación Pública –mayor dotación de medios, planta cerrada, acción pública-; reforzar la fiscalización interna y las funciones de los Tribunales y consejos de Cuentas; someter a las legislaciones de contratos a los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales que mayoritariamente se financien con recursos públicos; impulsar la contratación electrónica; exigir que los medios propios tengan medios materiales adecuados para ejecutar los encargos que se les encomiendan; imponer la anulación de los contratos afectados por actos de corrupción. Entre las propuestas de TI se incluyen otras serie de medidas que suponen crear nuevos organismos (agencias de integridad, oficinas de transparencia) o colaboraciones externas (auditorías, informes, evaluaciones), que no estimamos necesarias, sino que deben reforzarse la independencia, medios y recursos de las que existentes órganos de control, fiscalización y revisión internos y externos.

La Fundación ¿Hay Derecho? y el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local presentaron el 29 de abril de 2015 unas **«Propuestas para la Regeneración Municipal»**, que se agrupan en tres bloques, el segundo dedicado a la contratación pública²²⁵, bajo el título “Medidas para garantizar que la contratación pública sea neutral, transparente, profesional y que sirva a los intereses municipales”. Agrupa las propuestas en tres fases de la contratación:

- a. Buenas prácticas en fase pre licitatoria
 - establecer metodologías que permitan el análisis de sus necesidades y definan la prestación que más adecuadamente las satisfaga. Se hará pública la metodología general y los datos objetivos que han servido para decidir sobre la procedencia de realizar la contratación.
 - auxilio de la Administraciones competentes a las EELL de pequeña dimensión para permitirles que la definición de las prestaciones sea la adecuada para la satisfacción de las necesidades detectadas, y que su precio sea adecuado al mercado. Se promoverán la fijación y consulta de precios de

²²⁵Presentado el 29 de abril de 2015. Accesible en la web <http://www.fundacionhayderecho.com/presentacion-de-las-propuestas-para-la-regeneracion-municipal/>

referencia y las Centrales de Contratación de ámbito provincial, autonómico o estatal. De existir esa central deberá justificarse el no acudir al mismo.

- supervisión de los contratos relevantes por un órgano diferente del que defina las prestaciones, con objeto de acreditar que las mismas satisfacen adecuadamente las necesidades de la Administración contratante, y que los precios de referencia son adecuados al mercado.

b. Buenas prácticas en la licitación

- definición del contrato menor por referencia a magnitudes presupuestarias de cada Entidad Local (propuesta legislativa).
- prescindir del procedimiento negociado salvo cuando las características objetivas del contrato, y no su precio, aconsejen su utilización. En estos supuestos, las Entidades Locales negociarán de forma efectiva las condiciones de ejecución del contrato en los términos establecidos por la legislación de contratos públicos. No utilizar el procedimiento negociado por razón de la cuantía
- prioridad al precio y, eventualmente, a otros criterios de valoración objetiva en la licitación. Los criterios de valoración evaluables mediante juicios de valor no serán utilizados salvo en los supuestos en los que, ni por si ni con el auxilio técnico de otras Entidades o de terceros, puedan definirse adecuadamente las prestaciones y deban ser determinadas con la colaboración de los licitadores.
- composición exclusivamente técnica de las mesas de contratación

c. Buenas prácticas en fase de gestión

- En los supuestos en los que se produzca un reconocimiento extrajudicial de créditos como consecuencia de haberse omitido las formalidades para la adjudicación del contrato, o para la modificación del mismo con posterioridad a su adjudicación, la propuesta de reconocimiento extrajudicial de créditos formulada al órgano competente incorporará un informe motivado, determinando a la persona responsable del incumplimiento, y propuesta de medidas sancionadoras que correspondan.

Un paso imitable en la lucha contra la corrupción es el dado en el **Consejo de Cuentas de la CCAA de Galicia** con la Ley 8/2015, de 7 de agosto, que modifica la regulación de ese órgano (Ley 6/1985, de 24 de junio). La reforma atribuye a este OCEX una nueva competencia la «**prevención de la corrupción**» (art. 1.1) con una completa batería de actuaciones al respecto (art. 5 bis) que se atribuyen a una sección que se crea la efecto en el seno del Consejo. Además, esta reforma legislativa refuerza la independencia política de los miembros de este órgano de

fiscalización con nuevas limitaciones e incompatibilidades de las personas que pueden ser designados miembros de este Consejo de Cuentas (arts. 12 y 13).

Desde el ámbito académico y profesional han sido muchos los autores que han realizado interesantes propuestas para tratar de mejorar la transparencia en la contratación pública y combatir la corrupción, denunciando las prácticas corruptas en las diferentes fases de la contratación y planteando medidas concretas para atajarla.

El profesor GIMENO FELIU ha analizado las patologías que pueden corromper un contrato en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación²²⁶. Esas mismas anomalías han sido también puestas de manifiesto por T. MEDINA ARANAIZ, que reconoce que *“aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan a esa fase contractual”*²²⁷. A. CERRILLO I MARTÍNEZ recoge también diferentes manifestaciones de la corrupción a lo largo de procedimiento de contratación, con ejemplos apoyados en referencias jurisprudenciales, y señala la *“elevada discrecionalidad existente en diferentes fases del procedimiento”* como uno de los factores que facilitan la corrupción²²⁸.

Las irregularidades que se detectan en las diferentes fases de la contratación pública son, sin ánimo de ser exhaustivos, las siguientes:

- a. Fase precontractual: falta de una adecuada evaluación de las necesidades, creación de una demanda artificial que no responde a necesidades reales; facilitar información privilegiada a determinados operadores o establecimiento de prescripciones técnicas que solo pueden satisfacer uno o unos pocos empresarios. A. CERILLO hace referencia, con cita de supuestos reales judicializados, a los contratos públicos celebrados en interés de un empleado público, a la demanda inducida por los propios empresarios o al

²²⁶ “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, GIMENO FELIU, José María, Reda, REDA 147, 2010, págs. 525-526.

²²⁷ MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, Diario La Ley, Nº 7382, 16 de abril de 2010, Separa en este trabajo diferentes actuaciones corruptas en la fase que denomina “precontractual”, en la “fase de adjudicación” y en la fase de ejecución.

²²⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “El principio de integridad en la contratación públicas...”; cit., págs. 45 a 48.

acuerdo o colusión entre estos. Añadimos que a través de la inadecuada fijación de las condiciones de solvencia o clasificación puede también orientarse la adjudicación de un contrato.

- b. Fase de elección del procedimiento de adjudicación: utilización fraudulenta o abusiva del contrato menor o el procedimiento negociado sin publicidad; fraccionamiento irregular del objeto del contrato para eludir una licitación abierta. También podemos añadir la utilización improcedente de procedimientos sin publicidad comunitaria, como contratos de gestión de servicios públicos en lugar de servicios, o administrativos especiales.
- c. Fase de adjudicación: adjudicación de contratos a personas incursas en situación de incompatibilidad; intervención en el procedimiento de personas en situación de conflicto de intereses; inadecuada ponderación de los criterios de adjudicación, a lo que T. MEDINA añade la falta de claridad al fijar los criterios de adjudicación; deficiente motivación de la valoración de las ofertas; inexistencia de mecanismos de control eficaces ex ante y un sistema de recurso igualmente ineficaz.
- d. Fase de ejecución: utilización de las prerrogativas con fines distintos al de garantizar la correcta ejecución del contrato; ausencia de controles sobre la calidad de la ejecución; modificaciones en fraude legal del contrato. T. ARNÁIZ añade en esta fase el abuso de la subcontratación y la utilización arbitraria de las prórrogas; A. CERILLO incluye la revisión de precios en relación a ofertas anormalmente bajas (más habitual nos parece el reconocimiento de desequilibrio económicos concesionales improcedentes) y la expedición de facturas falsas. Añadimos una práctica muy habitual la aprobación de liquidaciones de los contratos de obra en beneficio del contratista, siempre próximos al 10%, el máximo que permite el artículo 160 del RGLCAP, por variaciones en las unidades de obra ejecutadas.

Para prevenir y combatir esas anomalías, el profesor GIMENO ha divulgado en diferentes trabajos un preciso «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos»²²⁹, con medidas para mejorar la transparencia de los

²²⁹ GIMENO FELIU, José María, ObCP, entrada del 12/11/2014.

www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/chk.1abf4f72eec6428bf4c7677c7ce41717

Este artículo en parte resume el elaborado para el V Seminario de contratación pública, Formigal, septiembre de 2014, “Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”. Texto ponencia V Seminario de contratación pública. La preocupación de este catedrático por estas cuestiones ya se esbozaba en el libro “El control de la contratación pública. (Las normas comunitarias y su adaptación en España)”, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

También aborda GIMENO FELIU estas cuestiones en el trabajo “Transparencia activa y acceso a la información en la contratación pública: posibilidades y límites actuales”, conferencia impartida en la

procedimientos y del proceso integral de la contratación, muchas de las cuales se han incorporado al ALCSP²³⁰:

1. Publicidad adecuada y efectiva mediante un sistema ágil, accesible y universal de las licitaciones, superando la enorme dispersión de perfiles de contratante existentes y sus efectos limitativos de la concurrencia (algo ya solventado con la obligatoriedad de utilizar la Plataforma de Contratos del Sector Público, PLACE que impuso la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, modificando el art. 334 del TRLCSP).
2. Limitar los procedimientos sin concurrencia: eliminar el procedimiento negociado por razón de la cuantía y exigir al menos tres ofertas en los contratos menores. A cambio, como medida de flexibilización, introducir un procedimiento de adjudicación abierto simplificado.
3. Exigir que todas las condiciones y modalidades de los contratos estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca, incluidos los criterios de adjudicación, su ponderación y puntuación.
4. Minimizar las diferencias en los procedimientos por razones objetivas y subjetivas.
5. Aplicar a todo el sector público las mismas reglas y exigencias, iguales además para todo tipo de contrato, acabando con las diferencias entre contratos de las Administraciones Públicas y otro tipo de entidades públicas y la diferencia entre contratos sometidos o no a regulación armonizada. Eliminar las instrucciones internas de contratación de las entidades del sector público que permite el artículo 191 del TRLCSP.
6. Limitar la potestad de modificar los contratos y publicar las modificaciones. Configurar un sistema de control rápido y efectivo, consolidando y facilitando el acceso a los Tribunales de recursos contractuales.
7. Reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, Agencias de Lucha Antifraude, o la creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos: creación de una Oficina Antifraude u organismo de

Jornadas sobre transparencia en la contratación pública organizada por la Oficina Antifraude de Cataluña, en Barcelona el 13 de octubre de 2013.

²³⁰ Este catedrático ha formado parte del grupo de trabajo de redacción del anteproyecto de La Ley de Contratos del Sector Público, en dónde se han incorporado las siguientes medidas de las relacionadas por Gimeno Feliu en su “decálogo”: establecer un procedimiento de adjudicación simplificado; suprimir la posibilidad de que las entidades del sector público que no son administraciones públicas puedan aprobar diferentes “instrucciones internas de contratación”; suprimir el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía; o la justificación, publicidad e impugnabilidad de las modificaciones de los contratos.

supervisión a que se refiere el artículo 83 de la Directiva 24/2014²³¹. Considera muy conveniente la redefinición de las competencias de Órganos de Control Externos (Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos), con facultades ejecutivas correctivas y con potestad de imposición de sanciones.

8. Profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación. Implicar al sector empresarial en la lucha contra la corrupción, abordando la integridad y su prevención de manera bidireccional.
9. Implicar la responsabilidad social de las empresas y la valorización social de la ética empresarial en la lucha contra la corrupción²³², que se ha de traducir en la exigencia legal de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública instaure un programa de reglas éticas internas «anti-corrupción». Deben igualmente prevenirse los acuerdos de carácter colusorio.
10. Avanzar hacia la “contratación abierta”. La función del principio de transparencia es, en este caso, de carácter sustantivo y no instrumental en tanto tiene por objetivo la rendición de cuentas a la sociedad. Desarrollar las exigencias de regular una nueva gobernanza exigida por el artículo 83 de la Directiva 24/2014, mediante la creación de un organismo de supervisión, que deberá contar con medios y preparación suficiente.

T. MEDINA ARNÁIZ, tras relacionar las prácticas corruptas en las diferentes fases del proceso de contratación que hemos recogido, analiza las medidas que ya ofrece nuestro ordenamiento jurídico (en la LCSP 30/2007) para “*neutralizar el riesgo de corrupción*”: las exigencias legales de publicidad de las licitaciones; la prohibición de fraccionar el objeto del contrato, con el objetivo de eludir un procedimiento con publicidad; el carácter restrictivo del recurso al procedimiento negociado sin publicidad; la objetividad y motivación de los criterios de adjudicación; las prohibiciones de contratar. Demanda una mejora en la regulación de las limitaciones a las modificaciones de los contratos y en materia de recursos (en la fecha de redacción del trabajo estaban en tramitación las reformas de estas instituciones); y propone que las recomendaciones del Tribunal de Cuentas y

²³¹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, , al hilo del Informe sobre la corrupción en la UE, plantea las deficiencias de funcionamiento de la OLAF y justifica la necesidad de articular un procedimiento específico para luchar contra el fraude en el artículo “La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)”, publicado en la Revista de Administración Pública. nº 175, septiembre-diciembre 2014, págs. 269-301.

²³² Cita al respecto al profesor Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, que ha abordado esta cuestión en el trabajo “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública: a propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”. Diario La Ley, Nº 8423, 2014.

órganos equivalentes de las CCAA sean utilizadas por el legislador para mejorar la regulación de aquellos aspectos de la contratación en los que los OCEX detecten que se comente mayores irregularidades.

F. J. VAZQUEZ MATILLA, considera que “*no hace falta inventar nada nuevo*”, sólo “*es necesaria la contratación transparente en todas las fases del procesos de compra pública*”. Por ello proponía, al hilo del anteproyecto de la Ley de transparencia, realizar una gestión de la contratación abierta a los ciudadanos, que les rinda cuentas de todo el proceso de contratación, recogiendo los indicadores de valoración de la transparencia que utiliza Transparencia Internacional y acudiendo a los remedios que ofrece la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Plantea la implantación de códigos de conducta para todas las partes implicadas en el proceso de contratación pública, definiendo restricciones y prohibiciones claras y ofreciendo recomendaciones sobre cómo gestionar su interacción con los sectores privados, para crear una “*cultura ética de la buena contratación*”. Incide también VAZQUEZ MATILLA en medidas en relación con los criterios de valoración de las ofertas, como el carácter matemático de la mayoría de los criterios, la utilización de fórmulas que repartan todos los puntos, y la descripción “*pormenorizada*” de los criterios no matemáticos sin margen a la ambigüedad; plantea igualmente la necesidad de controlar la fase de ejecución de los contratos, especialmente las modificaciones y los contratos complementarios, donde aprecia un alto riesgo de favoritismo al contratista; en materia de controles externos, propone abiertamente ampliar a cualquier persona la legitimación para recurrir la adjudicación y las modificaciones de los contratos²³³.

B. COLON de CARBAJAL FIBLA, al hilo de un análisis de la colusión en la contratación pública, plantea medidas para “*diseñar un procedimiento más competitivo*”, analizando la elección del procedimiento de adjudicación; los criterios de solvencia y valoración de las ofertas; el recurso riguroso a la tramitación de urgencia de los expedientes; o la adecuada duración de los contratos²³⁴. A. CERRILLO I MARTÍNEZ alude a los mecanismos de rendición de cuentas y control propuestos por la OCDE (incluyendo el apoderamiento del a

²³³ VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, publicó en el ObCP el 10/12/2012, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/relicategoria.208/chk.323fff7da9c09c95c3f247edadd83b10>

²³⁴ COLON de CARBAJAL FIBLA, Borja, “derecho de la competencia y contratos públicos: medidas de lucha contra las prácticas ilícitas en el libre mercado”, entrada del 2012/11/26 en su blog <http://borjacolon.blogspot.com.es/>.

sociedad civil para “escudriñar” en la contratación pública), la transparencia en la difusión y acceso a la información y se centra en la prevención del conflicto de intereses²³⁵.

Con un ámbito más general de la actividad pública y política, el magistrado J. R. CHAVES GARCÍA publicó diez medidas contra la corrupción en general. La mayoría son perfectamente aplicables a la contratación pública, amén de las referencias expresas a este campo de actividad pública. Propone reforzar la independencia y capacidad de actuación de los órganos de control internos (Secretarios e Interventores en los Ayuntamientos y Diputaciones) y paralelamente reducir el personal eventual y laboral; y agilizar los controles externos, con una mayor autonomía y capacidad de la fiscalía para impugnar ante lo contencioso-administrativo actos y con la ejecutividad inmediata de las sentencias anulatorias que se dicten en primera instancia en materia de contratación. Concluye su decálogo emulando los diez mandamientos: *“Esos diez mandamientos anticorrupción se encerrarían en dos. El político gobernante ha de tener lealtad institucional por encima de partidos y grupos de presión. Y ha de administrar los recursos públicos como le gustaría que se administrasen los propios”*²³⁶.

El ex magistrado B. GARZÓN REAL, detalla hasta veintidós medidas para combatir la corrupción en todos los ámbitos de la vida pública, todas con efectos también sobre la corrupción en la contratación pública, entre estos: reforzar el sistema de incompatibilidades; la exigencia de responsabilidades políticas; la transparencia en el aparato burocrático del Estado o la regulación de los lobbies; a medidas en relación con el funcionamiento de la justicia, la coordinación internacional o la prohibición de paraísos fiscales, para concluir con una referencia al papel de los medios de comunicación en la denuncia y difusión imparcial de los casos de corrupción²³⁷.

²³⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “*El principio de integridad en la contratación pública....*”, cit., pág. 69.

²³⁶ CHAVES GARCÍA, José Ramón, “La fórmula de la corrupción y su antídoto” <http://contencioso.es/2011/02/05/>

²³⁷ GARZÓN REAL, Baltasar, en el libro citado “*el Fango, cuarenta años de corrupción en España*”, editorial Debate, págs. 452 a 497.

Algunas de las propuestas que propone en relación con la Administración de Justicia se señalaron también en las “Conclusiones de la XXIV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España”, celebrada en Valencia del 1 al 3 de diciembre de 2014.

El Presidente del Gobierno anunció en el Parlamento el día 27 de noviembre de 2014 en el debate sobre corrupción, un paquete de “*Medidas para la Regeneración Democrática*” anticipando, bajo el epígrafe “Reforma de la ley de contratos”, alguna de las que se incluirían en la nueva ley: nueva regulación del perfil del contratante; nuevas obligaciones de los órganos de contratación para de tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses; nueva regulación de los procedimientos de adjudicación de contratos, limitación de los casos en los que se puede usar el procedimiento negociado; nueva regulación de prohibiciones e incompatibilidades para contratar con el sector público. Alguna de estas propuestas ya se han puesto en marcha, como la uniformidad informativa de todas las licitaciones mediante la integración de los más de veinte mil perfiles de contratantes existentes en el país a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público, o la mejora de la prevención de los conflictos de intereses con la regulación del sistema de prohibiciones para contratar²³⁸. El Gobierno concreta más propuestas de mejora del sistema de contratación pública en el Programa Nacional de Reformas 2015²³⁹ que, como cada año, presenta ante la Comisión Europea. En este programa, además de otras reformas normativas de “regeneración democrática” de las que nos ocuparemos en el capítulo IV, anticipa diferentes contenidos de la futura Ley de contratos del sector público para mejorar la lucha contra la corrupción, además de las que había anunciado el Presidente del Gobierno:

- ampliación del ámbito subjetivo de la Ley incluyendo, entre otros, a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales.
- eliminación del procedimiento negociado por cuantía, entre otras medidas.
- revisión de los procedimientos de publicidad y del Registro de Contratos del Sector Público.
- modificación del régimen de los pagos por responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución de contratos por causa imputable al

²³⁸ Esta cuestión ya había sido planteada por UPyD Proposición de Ley sobre Transparencia y Lucha Contra la Corrupción (B.O. de las Cortes de 5 de enero de 2012). Comentado por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, al poner de manifiesto algunos “escapes” del sistema actual de incompatibilidades en el trabajo “Prohibición-incompatibilidad para contratar con el sector público de empresas participadas o dirigidas por cargos corporativos”, revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 23, Sección Colaboraciones, quincena del 15 al 29 Dic. 2012, pág. 2640, tomo 2, Editorial La Ley.

²³⁹ Puede verse en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/SP%20PNR%20%202015%20FINAL.PDF>

contratista: no se abonará la totalidad de las inversiones realizadas (como ocurre con la legislación vigente) sino el valor de mercado de la concesión. En relación con las concesiones, se asegurará que las garantías públicas a los contratos de concesión se conceden de forma transparente y que la rentabilidad de los concesionarios se ajusta al nivel de riesgo que realmente asumen en función de dichas garantías. Estas medidas se anticiparon a la nueva LCSP y se han introducido en el TRLCSP mediante la modificación por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público de los artículos 254; 256; 261; 271. 1 y 3; nuevos artículos, 271 bis y ter ; 288.1.

- profundizar en la dimensión social de la contratación pública.
- fomentar la contratación por medios telemáticos.

En el momento de concluirse este trabajo, octubre de 2015, ya se ha constatado la imposibilidad material de concluir la redacción de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en esta legislatura, que concluirá con las elecciones generales anunciadas para el día 20 de diciembre. Es por ello también muy poco probable que se pueda aprobar antes de que concluya el plazo para trasponer las Directivas comunitarias sobre contratación, el 18 de abril. Ello hace que las medidas que se desarrollan a continuación cobren especial valor, dado que analizan las instituciones y actuaciones de los procedimientos de contratación aplicando los preceptos del TRLCSP bajo la óptica de los principios comunitarios de contratación pública, esencial del de igualdad de trato y transparencia, en la interpretación del TJUE y de los órganos jurisdiccionales, consultivos y fiscalizadores españoles basado en los mimos, así como en las propuestas de las Directivas pendientes de transposición.

Ponemos el énfasis en la necesidad de extremar las cautelas en las dos fases más “oscuras”, la previa y posterior a la licitación, desde la evaluación de las necesidades y la elección del tipo y procedimiento de contratación, a la gestión del contrato. Algunos ejemplos pueden ilustrar cómo en estas fases pueden darse supuestos de corrupción que no se detectan en los documentos del expediente de contratación. En la preparación de los contratos, el redactor del proyecto o documento técnico, deliberadamente o por desconocimiento, puede definir algunas características de una unidad de obra, suministro o servicio que sólo produce, comercializa o instala determinado empresario²⁴⁰. Durante la ejecución

²⁴⁰ Por citar algunos casos que hemos constatado en la práctica: tipo de farolas; baldosa de determina medidas; cierre de forja o juegos infantiles de determinados diseños; capacidad del maletero de un vehículo; determinados porcentajes de composición de materiales de ropa de trabajo...

del contrato, determinados aspectos de la obra, suministro o servicio pueden ser sólo constatados por el director de la obra o responsable del contrato, quien puede convenir con el empresario niveles de calidad o cantidad inferiores a los contratados; un ejemplo bien elocuente: si en un plan de asfaltado de calles de cinco millones de euros de inversión en obra, que consiste en fresar diez centímetros del pavimento existente y extender diez nuevos, se liman solo ocho centímetros y se echan otros tantos de nuevo asfalto, se habrá hurtado una quinta parte de la inversión, un millón de euros.

Para tratar de minimizar los riesgos de corrupción en esas etapas del procedimiento de contratación, además de por supuesto de la fase central del procedimiento de contratación, la licitación y adjudicación, proponemos actuaciones que tienen cobertura legal suficiente y cuya aplicación contribuirá a incrementar la transparencia material en los contratos de cualquier entidad del sector público.

ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA COMO HERRAMIENTA CONTRA LA CORRUPCIÓN²⁴¹

La contratación electrónica se ha presentado por algunos autores y partidos políticos²⁴² como un instrumento esencial para garantizar la integridad en la

²⁴¹La contratación electrónica va a ser obligatoria en toda la Unión europea en el escenario temporal marcado por el Acuerdo del IMCO sobre el Inicio de la transición definitiva a la Contratación Pública Electrónica en la UE, de 5 de septiembre de 2013. El Committee on Internal Market and Consumer Protection of the European Parliament (IMCO) aprobó el siguiente calendario de transición a la contratación pública electrónica en la UE:

- Enero-Febrero 2016: obligatoriedad para todos los estados miembros de la UE la notificación electrónica en el proceso de contratación y acceso a la información del procedimiento de forma electrónica;

- Enero-Febrero 2017: licitación electrónica obligatoria para las centrales de contratación;

- Junio-Julio 2018: contratación electrónica obligatoria para todos los estados miembros UE.

En este avance hacia la contratación electrónica se van dando pasos, como la implantación obligatoria de la factura electrónica para las empresas en importes superiores a 5.000€, por La Ley 25/ 2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas electrónicas. En España ya el Gobierno Vasco ha sido quizá el pionero y ha desarrollado hace años su propia plataforma de contratación electrónica, y a nivel europeo, Portugal ha sido el país más avanzado, que ya impuso en el año 2008 la licitación electrónica de manera generalizada. El Gobierno Central también lleva años ofreciendo información y formación a los empleados del sector público para dotarse de las habilidades necesarias para tramitar expedientes de contratación en formato electrónico.

²⁴² El partido político Ciudadanos propuso en la campaña para las elecciones locales y autonómicas de del 24 de mayo de 2015 tramitar todas las licitaciones de las administraciones públicas a través de un sistema electrónico. El objetivo, explican, es “*dejar constancia de todos los pasos que se dan*”. La propuesta pretende “*limitar la intervención de los políticos en la adjudicación de contratos*”. Y mantuvo la exigencia en su documento aprobado por su Comité Nacional de Acuerdos pos electorales dentro del documento titulado Texto base de Ciudadanos de cara a su posicionamiento ante votaciones de investidura en municipios y Comunidades Autónomas.

contratación pública. Esta afirmación nos parece cuestionable, pues entendemos que la contratación electrónica por sí sola no evita corrupción en la contratación si no va acompañada de la aplicación del principio de transparencia en todo el *iter* procedimental de los contratos.

V. ALMONACID LAMELAS, vaticina que “*cuando la contratación electrónica sea una realidad habrá mucho menos espacio para el fraude y la corrupción*”, y basa esta afirmación en que con la contratación electrónica se “*obligaría a hacer pública toda la información y a que de verdad los contratos se asignen a las ofertas económicamente más ventajosas, dentro de la más absoluta objetividad*”²⁴³. G. YÁÑEZ SÁNCHEZ ha mantenido también que con la implantación de la contratación electrónica la transparencia en las adjudicaciones será casi absoluta²⁴⁴.

Más moderado A. CERRILLO I MARTÍNEZ, pone de relieve el valor de la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación en la ampliación de la transparencia, fortaleciendo las relaciones con los ciudadanos, e internamente, la posibilidad de una mejor supervisión del comportamiento de los empleados públicos²⁴⁵. Sin duda, los procedimientos de contratación electrónica facilitan la gestión de la contratación pública, la publicación de los datos y la supervisión por los organismos especializados de la eficiencia económica de la contratación pública, y pueden reportar ahorros en la gestión, como ha cuantificado J. DOMÍNGUEZ MACAYA²⁴⁶. El citado informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia», de 5 de febrero de 2015, propone un mayor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de

²⁴³ ALMONACID LAMELAS, Víctor, en el “*Libro Blanco de la contratación electrónica*”, editado por la Federación de Municipios de Madrid, 2015, (pág. 20).

²⁴⁴ YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, escribe “*con la implantación de la contratación electrónica la transparencia en las adjudicaciones era casi absoluta*” (habla en pasado a modo de relato de ficción, que fecha en el año 2037 como año el que se consiguió que los últimos Ayuntamientos y Diputaciones fueran acreditados como *Smart Contratación*, identificando “contratación inteligente” con “contratación electrónica”) en el libro colectivo, coordinado por Víctor Almonacid Lamelas, “*Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento*”, cap. 4 “Contratación electrónica: transparencia, legalidad, ahorro... y muchas resistencias”. Ed. El Consultor-La Ley, oct. 2013, pág. 263.

²⁴⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “*El principio de integridad en la contratación pública...*”, cit., pág. 153.

²⁴⁶ DOMÍNGUEZ MACAYA, Jaime, cuenta la experiencia exitosa de la implantación de la contratación electrónica en el Gobierno vasco y estima que la implantación de la contratación electrónica puede producir un ahorro del entorno al 5% de los costes totales de la contratación. También en el citado libro “*Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento*”, cap. 4, págs. 267-268.

la información, por lo que supone de facilitación en el suministro de información, ya que permitirá *“una importante oportunidad para la mejora en la obtención de información microeconómica en términos de contratación pública”*, y *“aprovechar al máximo las posibilidades que ofrecen actualmente los sistemas informáticos basados en open data y big data²⁴⁷”*.

Pero se necesita mucho más que publicar la información y recibir las ofertas en formato electrónico para asegurar la efectividad del principio de transparencia, que ha de ser apuntalado desde antes de entrar en el programa de licitación electrónica, garantizado durante la valoración de las ofertas, y mantenido después de salir de él. La contratación a través de un programa informático no evita, por ejemplo, unos criterios técnicos o de solvencia que sólo cumpla un determinado licitador o lo beneficie considerablemente; una fórmula de valoración matemática que no reparta todos los puntos o la “manipulación” en un informe de valoración de las ofertas técnicas; ni por supuesto evita una modificación, cesión o prórroga ilegal del contrato, por poner solo algunos ejemplos. La contratación electrónica es como un robot de cocina: ayuda a preparar un buen guiso, pero es necesario introducirle buenos ingredientes...

Por otro lado, no puede olvidarse que hoy en día la contratación electrónica tiene un déficit de transparencia real, ya que no facilita la concurrencia, especialmente de las pequeñas y medianas empresas, lo que supone una reducción de la concurrencia, objetivo clave, junto con la igualdad de trato, para el cumplimiento del principio de transparencia. En la actual implantación de procedimientos de contratación electrónica, han ido apareciendo diferentes empresas que comercializan programas de contratación y licitación electrónica, cada uno con sus peculiaridades. Esto ha producido una dispersión de sistemas que dificulta enormemente a las empresas poder presentar ofertas en los procedimientos de licitación electrónica, convirtiéndose, de momento, es un obstáculo casi insalvable para las pequeñas y medianas empresas²⁴⁸.

²⁴⁷ Señala la CNMC que el mayor recurso a las aproximaciones cuantitativas y la utilización de nuevos instrumentos de análisis de datos, puede ser considerada como una tendencia generalizada en el ámbito de la mejora del diseño y evaluación de las políticas públicas. Vid. “New Approaches to Economic Challenges: Reflection and Horizon Scanning” OCDE. Cita igualmente la CNMC como ejemplo de utilización incipiente de estas tecnologías en relación con la contratación pública en España, la consulta del perfil del contratante del Ayuntamiento de Lorca en formato Open data o el perfil del contratante del Ayuntamiento de Zaragoza en formato semántico.

²⁴⁸ Algo que he constatado en la práctica: el Ayuntamiento de Valladolid adquirió en febrero de 2014 una licencia para realizar hasta 50 licitaciones electrónica. Comenzó por tramitar en formato electrónico un contrato de pequeña cuantía de productos informáticos (...) y contrató la enorme dificultad de las propias empresas del sector en preparar y presentar sus ofertas en ese formato. El “experimento” se ha paralizado

Así lo denuncia el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en el informe “Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública [COM (2013) 453 final] (2014/C 67/19) (DOUE de 6 de marzo)”. El CESE reconoce la importancia de avanzar hacia una contratación pública electrónica obligatoria como instrumento para introducir más disciplina y transparencia en un sector que, *“debe servir de ejemplo en el establecimiento de patrones de honradez y seriedad”*. Pero lamenta *“que los Estados miembros han avanzado de forma independiente y fragmentada, adoptando diversas soluciones y plataformas que, por una falta de orientaciones estratégicas, no permiten su interoperabilidad, condición esencial para el acceso universal”*. Esta dificultad de acceso universal por la dispersión y dificultades de interoperatividad²⁴⁹ es, como se acaba de señalar, contraria a la transparencia, porque limita la posibilidad de libre competencia a las empresas con menos recursos humanos y especializados en programas de e-contratación.

Efectivamente, la existencia de diferentes programas de licitación electrónica (más de media docena se manejan en las diferentes administraciones en nuestro país), exige un esfuerzo adicional al de estudiar los contratos y preparar las ofertas, que muchas pequeñas empresas no pueden alcanzar. Incluso aunque los diferentes programas y plataformas sean interoperativas, alcanzar una satisfactoria ‘experiencia de uso’ en diferentes programas, requiere un esfuerzo de medios humanos que dificulta el acceso real a las pymes, como también se ha detectado en el estudio encargado en 2013 por la Comisión europea recogido en el

para formar primero a las empresas (locales, el Ayuntamiento carece de competencia para invertir en formar empresas que no sean “vecinos” de su municipio) en el manejo del programa de licitación electrónica.

²⁴⁹ DACA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, en *“Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos”*, edit. La Ley-El Consultor, 2010, págs. 519 a 566, define la interoperatividad desde la óptica de la Administración Pública como *“la capacidad de los procesos y/o procedimientos de distintas Administraciones para lograr la sincronización necesaria que permita atender íntegramente un requerimiento de servicio a un ciudadano.”* Asociado a un sistema de información, *“la interoperatividad consiste en la capacidad de distintos elementos tecnológicos para permitir el intercambio de datos e información, interactuando entre ellos con la utilización de determinado estándares”*. (pág. 521).

CAÑO GÓMEZ, Manuel, incide en la *“ineludible interoperatividad del formato electrónico”*, para lo que existen estándares oficiales definidos en el Esquema Nacional de Interoperatividad (CEN BII) y a lo que ayuda la red de contratación pública OpnPeppol; en *“La contratación pública, la tecnología y la interoperatividad: los puntos ciegos”*, publicado el 23/06/2015 3 en su blog www.contratacion-publica-electronica.es.

«El Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica»²⁵⁰. Es por ello necesario un esfuerzo previo de uniformidad en los programas de licitación electrónica, y una formación específica para las pymes para que puedan presentar sus ofertas en ese formato en igualdad de condiciones.

En el documento «100 Recomendaciones en materia de administración electrónica para la mejora de la eficiencia y la regeneración democrática manifiesto administración electrónica», se reconoce que la administración electrónica es solo “*un medio*” al servicio de los fines generales que han de regir la vida pública: la transparencia, la eficiencia, el servicio público, la democracia, la sostenibilidad, la lucha contra las malas prácticas y el desarrollo de todo tipo de políticas públicas. Incide también este trabajo en que la incorporación de la tecnología a los procesos administrativos debe de ir acompañada de otras medidas tendentes a reconfigurar la organización de las entidades públicas y el propio perfil profesional de sus empleados. Este documento dedica su Recomendación 41 a la «Contratación pública electrónica obligatoria», con una referencia expresa a que cualquier plataforma de licitación electrónica debe estar integrada en Plataforma de Contratación del Sector Público²⁵¹.

La aludidas «Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción» de Transparencia Internacional España en parte recogen esta problemática cuando proponen impulsar la contratación electrónica como medio de transparencia. Plantea la necesidad de coordinación de las soluciones que se adopten con la elaboración de un plan de implementación de la e-Contratación, con el impulso de la misma desde el propio Estado (III.5), que conduzca a la “utilización de medios electrónicos en presentación de ofertas con sistemas “sencillos” e interoperables” (III.4).

²⁵⁰ «El Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica» parte de un estudio, encargado por la Comisión Europea publicado en marzo de 2013, analiza en profundidad alrededor de 30 plataformas electrónicas utilizadas para la contratación pública en la UE. Pone de manifiesto las dificultades que especialmente para las pymes supone la multitud de programas que no les permite tener experiencia de uso en todas ellas, aunque sean interoperativas. Puede consultarse, en inglés, en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/golden-book/catalogue_en.htm

²⁵¹ Manual coordinado por ALMONACID LAMELAS, Víctor, y Virginia MORENO BONILLA, y promovido por el INAP, COSITAL, FEMP y la Agencia de Evaluación de la Calidad, de mayo 2015. En relación con la utilización de PLACE recoge lo siguiente: “*Uso de una plataforma de contratación pública electrónica que cubra íntegramente todos los procesos previstos por La Ley de contratos del sector público. Tanto la entidad pública como los licitadores tienen que realizar en formato electrónico todo el proceso de licitación pública; desde la publicación de los pliegos hasta la adjudicación del contrato. La plataforma deberá estar integrada con la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACE), de forma que le permita la publicación automática de los pliegos, respuestas, aclaraciones y adjudicaciones*”.

La solución a la dispersión de programas puede venir de la Plataforma de Contratos del Sector Público, que tiene previsto poner en el primer trimestre de 2016, a disposición del sector público estatal y del resto de sector público adherido a ella un servicio de licitación electrónica. Parece que se tratará de un programa en software libre, interoperable y seguro²⁵² que permita a todo el sector público licitar sobre el mismo programa, con lo que las empresas sólo tendrán que aprender a manejar éste para la mayoría de las licitaciones. Lo deseable es que se imponga como obligatorio este programa, con independencia de que cada entidad adquiera, si lo estima oportuno, un gestor de contratación electrónica de cualquier proveedor privado, pero enlazando con el programa de licitación electrónica de la PCSP para la parte pública, donde los licitadores han de enviar sus ofertas.

Sea como fuese, la implantación de la tramitación electrónica de todos los expedientes viene impuesta ya en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas la ley entrará en vigor al año de su publicación, el 2 de octubre de 2016 (salvo en algunas cuestiones de registros y administración electrónica, para lo que el plazo de adaptación es de dos años). Esta Ley impone que los expedientes (sin limitación del tipo o entidad) tendrán 'formato electrónico' (art. 70.2), por lo tanto, también los de contratación. Obliga a las personas jurídicas a relacionarse con la Administración en formato electrónico (art. 14.2), dejando en principio libertad en cuanto al canal de relación a las personas físicas (14.1). El archivo de los expedientes será también electrónico y único en cada Administración (art. 17.1)

Con todo, reiteramos, no pensamos que la contratación electrónica sea como un "bálsamo de Fierabrás" en la lucha contra la corrupción si no se integra con medidas para asegurar la transparencia material, 'interna', en todas las fases del procedimiento de contratación. La contratación electrónica, como la Administración electrónica en general, es un medio al servicio de los principios y fines que han de regir la actividad de la Administración, que ha de ir acompañado de otras medidas, especialmente las tendentes a garantizar la integridad de los procedimientos, el control y las responsabilidades en quienes la utilicen.

III. 2. PROPUESTA DE MEDIDAS CONCRETAS PARA MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS CON COBERTURA EN LA NORMATIVA VIGENTE Y EN EL ALCSP.

²⁵² Ha de cumplir el Esquema Nacional de Seguridad, ENS (Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica. Actualmente en fase de revisión un trabajo coordinado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Centro Criptológico Nacional, que toma como base la información recopilada de todas las Administraciones Públicas) y el Esquema Nacional de Interoperatividad (ENI, Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad).

Se repasan a continuación las principales actuaciones e instituciones de la contratación pública por las que se ha detectado que puede ‘colarse’ la corrupción, para tratar de adoptar medidas que minimicen el riesgo de contaminación de cualquier trámite del proceso. Estas medidas se apoyan en la doctrina científica y legal que en cada caso se aporta, y en su mayoría han sido ya testadas en mi práctica laboral, especialmente en el Ayuntamiento de Valladolid, donde se han integrado en la «Instrucción, 1/2015, de Secretaría general, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes», aprobada por la Junta de Gobierno local el día 17 de abril de 2015.

Desarrollamos esas medidas agrupadas en las tres fases de la contratación: preparación, adjudicación y ejecución.

FASE DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO

La preparación de los contratos es una fase determinante del procedimiento de contratación, pues define las necesidades que precisa cubrir el órgano de contratación a través de un tercero y las prestaciones con las que considera van a cubrirse de forma eficaz y eficiente esas necesidades. Como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1992 *“la preparación de un contrato es una etapa puramente administrativa, pero de tal relieve que influye decisivamente en la consecución de los bienes últimos del negocio”*. También el Tribunal de Cuentas, reclama en sus informes más recientes un mayor rigor y control en la fase de preparación de los contratos, considerando que ello *“redundará en la mejora de la economía y en la eficacia de la gestión de los recursos públicos destinados a la contratación, así como en beneficio de los principios de igualdad, transparencia y objetividad que han de presidir la contratación administrativa”* (Informe 1046, de 24 de julio de 2014²⁵³). Esta dedicación del tiempo suficiente para realizar las actuaciones preparatorias de los contratos es proporcionalmente más necesaria

²⁵³ Recomendación que ha sido asumida por el legislativo en la Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, repite en dos ocasiones la necesidad de extremar el rigor en la fase de preparación de los contratos :

“2. Instar, en relación con la contratación administrativa desarrollada por las Entidades Locales a que: (...) exista un mayor rigor en la tramitación de las fases de preparación y adjudicación de los contratos, a fin de evitar la proliferación de modificaciones en los mismos derivada de deficiencias en dichas fases o de causas que no responden a las previstas legalmente

5. Propiciar un mayor rigor en la transición en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, a fin de evitar la proliferación de modificaciones en los mismos derivada de deficiencias en dichas fases. (...)”.

cuanto mayor sea la complejidad de éstos, como en cualquier tipo de contratación de colaboración público privada, como ha señalado J. M. GIMERÁNS RUBIO²⁵⁴.

El Dictamen 171/10, de 23 de junio, del Consejo Consultivo de Madrid²⁵⁵, recuerda al respecto lo que ya decía la Ley de Bases de 1963: *“Resta por último resaltar, tal y como viene repitiendo hasta la saciedad el Consejo de Estado, la necesidad de que la Administración extreme el rigor en la fase preparatoria de los contratos, de forma que solo muy excepcionalmente se haya de recurrir a su ulterior modificación. En el presente caso si la Administración consultante se hubiera atenido a norma ya explicitada en la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el sentido de que los contratos de obras “deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida”, se hubiera evitado la incoación del presente procedimiento de modificación, que ha de constituir siempre una excepción en el régimen normal de adjudicación de obras públicas, por la merma que puede suponer en las garantías jurídicas que han de presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”*. Esta idea subyace en parte en la opinión del Foro para la Ingeniería de la Excelencia, que considera que una correcta planificación y una adjudicación de los contratos de consultoría para redactar los proyectos, que primen la calidad sobre el precio, es una medida básica para reducir los problemas en la ejecución de las obras, especialmente de los modificados y de los retrasos en los plazos²⁵⁶.

En la misma línea, la Resolución de 8 de abril de 2014, de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el «Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas», insta a las Entidades Locales a: *“5. Mejorar los estudios previos y elaboración de los proyectos, aportando mayor precisión en la determinación de las necesidades a cubrir, con el fin de evitar*

²⁵⁴ GIMERÁNS RUBIO, Juan Manuel, alude a ello en relación con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: *“Dedicar el tiempo suficiente para desarrollar un trabajo previo de análisis de las oportunidades y riesgo que vamos a encontrar al utilizar la fórmula CPP”*. En el artículo “La colaboración público-privada como estrategia para la sostenibilidad de las funciones y servicios locales”, Revista Internacional de Administración Pública X, 2012, pág. 105, ed. Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Méjico.

²⁵⁵ Recogido en la “compilación de criterios” que extracta este órgano consultivo, septiembre de 2013.

²⁵⁶ *“Es necesario un cambio cultural y concienciarse de que las grandes infraestructuras no se hacen para la próxima legislatura, sino para las próximas generaciones. El problema en España es el cortoplacismo, la planificación no se hace por criterios técnicos, sino políticos”*, declaró el Director general de Fidex (Foro de la Ingeniería por la Excelencia), Fernando Argüello en el periódico La Vanguardia, el día 21 de mayo de 2015, quien ha defendido también que *“anteponer la calidad frente al precio y ha asegurado que un aumento de dos puntos en la inversión destinada a la elaboración de los proyectos supondría un ahorro de costes en la ejecución de las obras del 20 %”*.

<http://www.lavanguardia.com/economia/20150521/54431781233/primar-el-precio-al-adjudicar-suben-los-costes-hasta-el-50-segun-ingenierias.html#ixzz3bqDAUGRC>

*las modificaciones, ampliaciones de plazo, retrasos y obras complementarias no justificadas. Asimismo, deberán justificarse adecuadamente las necesidades o las causas imprevistas que originan las modificaciones contractuales.*²⁵⁷

Desde la óptica de la transparencia y la integridad en los procedimientos de contratación, las actuaciones de los técnicos del órgano de contratación que elaboran los proyectos, estudios y pliegos técnicos y administrativos, pueden ser determinantes de la adjudicación del contrato, además de esenciales para asegurar que el contrato efectivamente cubra las necesidades que se pretenden satisfacer con el mismo, y para garantizar la correcta ejecución del contrato. La orientación de la documentación preparatoria de un contrato hacia determinado producto o solución técnica; una información anticipada, confidencial o exclusiva de la que pueda disponer determinado empresario; una publicidad restringida o en medios de escasa o difícil localización, por recordar de nuevo algunos ejemplos, pueden acabar con cualquier intento de adjudicar un contrato en condiciones de igualdad y concurrencia.

Las causas de una participación escasa o incluso nula participación en un procedimiento de contratación abierto, pueden estar muchas veces en maniobras como las citadas, ya se haga de manera consciente o por simple desconocimiento. También pueden venir de una incorrecta aplicación de los supuestos de exclusión de la aplicación de la ley de contratos previstos en el artículo 4 del TRLCSP (artículos 6 a 10 del ALCSP). Y no pocas veces, la creación de entidades instrumentales de diferente tipo lo que persiguen realmente es una ‘huida del derecho administrativo’, en este caso de la legislación de contratos, en busca de una aplicación menos exigente de los principios esenciales de la contratación pública (amén de eludir otras normativa, especialmente la de personal)²⁵⁸.

Es imprescindible por ello establecer y aplicar medidas para garantizar una adecuada concurrencia en condiciones de igualdad. Medidas que van desde ofrecer información “temprana” de la actividad contractual prevista por los órganos de contratación; asegurar una adecuada información mediante una documentación clara y precisa disponible para todos los interesados; un sistema abierto y público

²⁵⁷Reitera esta idea en la Resolución de 27 de mayo de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ejercicios 2010 y 2011; Resolución de 27 de mayo de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de fiscalización de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicios 2010 y 2011; Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con La Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

²⁵⁸ Puede verse al respecto, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Límites a la “huida del derecho administrativo” a través de entidades instrumentales”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 37, abril 2000, págs. 31 a 49.

para resolver dudas sobre esa documentación; un lugar único y de fácil acceso de información sobre los procedimientos de contratación abiertos; asegurar que las prescripciones técnicas permiten una competencia efectiva; o realizar consultas al mercado de manera “transparente”.

Todas las medidas que se propondrán en esta fase de preparación del contrato tratan de garantizar el cumplimiento del mandato del artículo 139 del TRLCP, que exige que todos *“los órganos de contratación darán a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*. Precepto derivado del artículo 2 de la Directiva 2004/18 y que recogen en similares términos los artículo 18.1 de la Directiva 2014/24, y 3.1 de la 2014/23, que añade *“y actuarán de forma transparente y proporcionada”*. El artículo 132.1 del ALCSP transcribe literalmente el texto de la Directivas e incorpora un párrafo segundo en el que exige que la contratación no sea concebida para eludir los requisitos de publicidad o del procedimiento que corresponda, *“ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”*.

Desgranamos y precisamos a continuación medidas para esta fase en la que algunas actuaciones o trámites a menudo pasan desapercibidas desde el análisis de la integridad en la contratación pública:

A.1. Programar e informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación del órgano de contratación, publicando anualmente los contratos que prevea celebrar a lo largo de cada ejercicio.

Se trata con esta medida de ofrecer a todos los potenciales licitadores de una información temprana, anticipada, de los posibles contratos que a lo largo del año tenga previsto licitar cada entidad, de manera que puedan realizar sus previsiones para organizar mejor los recursos y los medios materiales y humanos necesarios de la empresa para poder concurrir a esas licitaciones.

Uno de los objetivos del principio de transparencia en la contratación pública es garantizar la mayor concurrencia posible de licitadores en condiciones de igualdad, para hacer efectiva la libertad de competencia (artículo 1 de TRLCSP y 18.1 de la Directiva 2014/24). Conocer con anticipación que una entidad pública va a licitar un determinado contrato permite a las empresas estudiar con tiempo la obra, suministro o servicio de que se trate, realizar contactos con proveedores o personal, en definitiva, disponer del tiempo necesario para preparar su oferta. Los plazos mínimos para presentar las ofertas que prevé la ley (arts. 159 y 167 TRLCSP, arts. 154 y 162 ALCSP), no suelen ampliarse adecuadamente en función de la complejidad del contrato de que se trate como prevé el artículo 143 del TRLCSP (136 ALCSP), lo que limita las posibilidades de las empresas que no

conozcan muy bien el objeto el contrato, beneficiando claramente a las grandes empresas, a las empresas locales y, muy especialmente, a aquellas que ya hayan ejecutado o estén ejecutando contratos similares o idénticos. La información anticipada de las previsiones sobre la contratación que a lo largo de un ejercicio va a realizar cada órgano de contratación, reduce esas ventajas comparativas iniciales.

Aunque no es posible garantizar que todas las empresas puedan estar en absoluta igualdad de condiciones para preparar sus ofertas, pues la experiencia y recurso de cada una marcan diferencias lógicas, no cabe duda que una información anticipada permite a todos los potenciales interesados planificar sus recursos y el esfuerzo de concurrir a una licitación, así como buscar en su caso socios y proveedores para satisfacer adecuadamente las demandas objeto del contrato. Con ello aumentarán considerablemente las posibilidades de concurrir con ofertas bien estudiadas y planteadas, lo que asegurará una mayor concurrencia y una mejor competencia.

Esta información anticipada ayuda especialmente a las pequeñas y medianas empresas, con menos medios materiales y mayor necesidad de planificación y búsqueda de recursos y socios externos. El «Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar a las PYME el acceso a los contratos públicos» (2008²⁵⁹) y el Informe del Ministerio de Industria «Fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en los procesos de contratación pública» (2005²⁶⁰), señalan como uno de los problemas de estas empresas para acceder a los contratos públicos el “reducido plazo para presentar las ofertas”. El artículo 41 de la Directiva 2014/2 alude a la posibilidad de realizar información previa al anuncio de licitación, al regular las “consultas preliminares del mercado” que se pueden utilizar, además de para preparar la contratación, con vistas a “*informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación*” (art. Art. 40 D. 2014/24, y en los mismos términos el artículo 115 del ALCSP).

Ofrecer esa información de manera anticipada a comienzos de cada año, es relativamente sencillo, pues, por un lado, se sabe cuándo vence un contrato y es necesario licitar de nuevo su objeto, y por otro, al preparar y aprobar los presupuestos del ejercicio siguiente, se analizan los contratos en vigor para prever la consignación adecuada, y se planifican en el anexo de inversiones las obras y nuevos servicios que se pretenden acometer en el ejercicio. Se cuenta además con unos estudios y anteproyectos básicos que permiten precisar los datos económicos que se reflejan en el presupuesto. La información se puede completar con unos

²⁵⁹ Bruselas, 25.06.2008 SEC (2008)2193).

²⁶⁰ Realizado para la Dirección General de Política de la PYME del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la empresa Red2red Consultores SL, en septiembre de 2005.

datos básicos de las necesidades que se pretenden cubrir con los nuevos contratos que se programan (art. 22.1 y 109.1 del TRLCSP, 281 y 116.1 del ALCSP) y con la cuantía estimada en los presupuestos de la entidad contratante. J. M. CARBONERO GALLARDO, ha abogado por esta medida para mejorar la eficiencia de los procedimientos de contratación, afirmando que la contratación de una Administración puede y deber ser planificada a tiempo, pues la mayoría de sus necesidades se conocen con suficiente antelación y son periódicas²⁶¹.

Esta previsión anticipada de los contratos que se han de licitar en el nuevo ejercicio, permite además al propio órgano de contratación planificar con anticipación el trabajo de sus servicios técnicos y administrativos. Así le será más fácil tramitar con la antelación necesaria los nuevos contratos, articular adecuadamente los estudios, proyectos y pliegos, y poder gestar un completo y cabal expediente de contratación y adjudicarlo en el momento adecuado (antes de que termine el anterior que se pretende sustituir, o para poder ejecutarlo en el momento correspondiente, cuando se ha de hacer en fechas o plazos concretos, o con buen tiempo si se trata de obras a la intemperie).

Con esta información que hemos denominado “temprana”, no nos estamos refiriendo, como se aprecia, a los “anuncios previos” de licitaciones ya en fase de tramitación que regula el artículo 141 del TRLCSP (159.1 y 167.1 TRLCSP; 134.154 y 162 ALCSP) para reducir los plazos para presentar ofertas en los contratos sometidos a regulación armonizada, aunque tiene un objetivo similar. Anuncios de información previa que regula el artículo 8 de la Directiva 2014/24 y al que el artículo 134 del anteproyecto de LCSP que transpondrá esa Directiva denomina “anuncio voluntario de información previa”.

Se recomienda por lo tanto publicar en el perfil de contratante a principios de cada año, al aprobar sus presupuestos, una relación valorada y datos mínimos de los contratos que tiene previsto cada entidad licitar a lo largo del ejercicio.

A.2. Motivación y valoración precisa de la necesidad e idoneidad del contrato.

El objetivo de esta medida, es asegurar que existe una necesidad real para satisfacer el interés general que justifica celebrar cada contrato, acreditado que el que se propone es la forma más eficiente e idónea para cubrir dicha necesidad, tratando con ello de evitar gastos innecesarios.

²⁶¹ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, “Hacia la eficiencia en la contratación Pública...”, cit., CUNAL, septiembre 2012, pág. 164.

Existe ya una exigencia legal directa y clara. Pero algo falla cuando en nuestro país existen tantas obras incompletas o infrautilizadas²⁶², y ese es el aspecto más visible de los contratos innecesarios, pero podría afirmarse que casi en cada entidad pública se han adquirido bienes o solicitado informes o estudios carentes de toda utilidad.

El artículo 1 del TRLCSP, y en los mismos términos el artículo 1 del ALCSP, imponen *“la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer”* para asegurar así *“una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios”*. El artículo 22.1 del TRLCSP, es, si cabe, aún más explícito y contundente: *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”* (el art. 28.1 del ALCSP reproduce las mismas palabras). Y el artículo 109 del TRLCSP impone que el órgano de contratación ha de iniciar los procedimientos de contratación *“motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley”* (art. 116.1 del ALCSP). El artículo 73 RGLCAP, añade la referencia a que esa necesidad figure en planes previamente aprobados o autorizados, o se estime singularmente necesaria, y exige un informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato. El artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera viene a reforzar, desde la demanda de la eficiencia y sostenibilidad económica, estos requerimientos al imponer la necesidad de que en todos los contratos se incluya una valoración de sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Esta obligación de motivación no es una mera exigencia formal derivada de la establecida en la LRJPAC para todos los actos administrativos (art. 54 L. 30/1992; art. 35 LPA 39/2015), sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación, determinante de la validez del mismo. El Tribunal de Cuentas, así como la mayoría de los OCEX autonómicos, han instado en más de una ocasión a cumplir esta obligación de *“justificar debidamente en los expedientes la necesidad de*

²⁶² En el apartado E del capítulo I hemos abordado con algo más de detalle esta cara de la corrupción.

la contratación”²⁶³. El Tribunal Supremo ha apelado también a esta obligatoriedad, por ejemplo en la STS de 3 de noviembre de 2011 (rec. 2757/2009), que declaró la nulidad de un contrato de servicios al no haber justificado la Administración la necesidad de contratación externa, considerando que la justificación exigida legalmente a la Administración para proceder a la contratación externa no es un requisito meramente formal. Al hilo de esta sentencia. I. GALLEGO CÓRCOLES apunta que, dado que las exigencias de los preceptos vigentes son aún más precisas que las de la normativa anterior, aplicada en el caso enjuiciado, el criterio del TS debe mantenerse²⁶⁴.

El deber de motivación, y en general el carácter formalista de la contratación Administrativa, es “*garantía de legalidad y del acierto de las decisiones políticas*”, al exigir que éstas se vean analizadas y encauzadas en un meditado expediente que define las prestaciones precisas para lograr el fin previsto y selecciona al encargado de materializarlas en un procedimiento competitivo que garantiza la consecución de la mejor oferta en términos de calidad y precio²⁶⁵. Como señala J. M. CARBONERO GALLARDO, la cabal justificación de la necesidad e idoneidad de un contrato es una premisa de la eficiencia de la contratación, una acción básica, fundamental e imprescindible del principio de buena administración²⁶⁶.

²⁶³ Por ejemplo el Informe de fiscalización relativo a la contratación del sector público estatal celebrada durante el ejercicio 2012», nº 1066, de 20 de diciembre de 2014, incide en que la necesaria justificación “*con detalle y precisión*”, en la memoria de los expedientes, de las necesidades a satisfacer con la prestación objeto del contrato sean reales. Esta exigencia es constante en los informes del Tribunal de Cuentas y Consejos autonómicos de Cuentas: Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Ciudad Autónoma de Ceuta, ejercicios 2008 y 2009. El Informe de Fiscalización de la Contratación del Sector Público Local, ejercicios 2009 y 2010, del Consejo de Cuentas de Castilla y León; Informe de Fiscalización del Consejo de Cuentas de Castilla y León relativo a la a la contratación celebrada por la Administración General e Institucional esa Comunidad Autónoma durante el ejercicio 2011, de 23 de julio de 2014: “*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, en el expediente se debe justificar la necesidad de la contratación y la insuficiencia de medios personales y materiales, con particular detalle en aquellos supuestos en que se contraten funciones administrativas de competencia del órgano gestor*”.

²⁶⁴ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en el comentario al artículo 22 del TRLCSP en el Libro “*Contratos del sector público local*”, El Consultor-La Ley, 3ª edición, 2013, pág. 56 a 58. Recoge otras dos sentencia anteriores que habían mantenido que la ausencia de la acreditación de la necesidad del contrato era solo un vicio de anulabilidad: STS de 18 de noviembre de 2003 y STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2005.

²⁶⁵ MONEDERO GIL, en la obra “*Doctrina del contrato del Estado*”»; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, en “*La reforma de La Ley de contratos del Estado*”, citados en Contratos de las Administraciones Públicas, Editorial El Consultor, 3.ª edición, año 2000, pág. 333. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, en “*Contratos del sector público local*”, El consultor-La Ley, 3ª edición, 2013, pág. 757.

²⁶⁶ CARBONERO GALLARDO, José Miguel “*Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación*”, publicado en la Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 152, septiembre 2012, pág. 164.

Como señala T. MEDINA ARNAIZ, un primer riesgo de corrupción en la fase precontractual es crear una *“demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales”*²⁶⁷. J. CASTELLANO CACHERO, ha denunciado en el mismo sentido que iniciar una licitación pública sin que sea necesaria para los ciudadanos, una inversión pública que no tiene una justificación ni desde un punto de vista de la demanda social ni de su viabilidad económica, es la principal forma de corrupción en la fase inicial de detección de necesidades²⁶⁸. J. M. GIMENO FELIU incide al respecto que es necesario *“garantizar la adecuada evaluación de las necesidades”*, evitando por lo tanto una provisión innecesaria o mal planificada o definida; esto supone un plus en la exigencia legal, que sin duda evitará problemas en la ejecución derivadas de deficiencias en la precisión del objeto de los contratos, aun cuando estos sean efectivamente necesarios. En el mismo sentido, el dictamen del CES al ALCSP recomienda que se disponga de mayor información al inicio del proceso de licitación y, en concreto, que se manifieste con carácter previo y de forma expresa la necesidad y las razones de la licitación²⁶⁹.

Otra aportación adicional y muy oportuna desde el punto de vista de mejora de la transparencia nos la ofrece F. J. ESCRIBUELA MORALES, que, tras incidir igualmente en la importancia de dar adecuado cumplimiento a las exigencias de los artículos 22 del TRLCSP y 73 del RGLCAP, recuerda que este acto es previo al procedimiento y, por tanto, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por lo que *“debería establecerse un control interno para comprobar los extremos exigidos por el mencionado artículo 22”*²⁷⁰.

Esta supervisión ha de alcanzar a valorar la correcta elección del tipo de

²⁶⁷ Teresa MEDINA ARNÁIZ, *“Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”*, Diario La Ley, nº 7382, 16 de abril de 2010,

²⁶⁸ CASTELLANO CACHERO, Jaime, en *“La corrupción en la contratación pública en España es de libro”*, publicado el 12 marzo, 2015 en el blog ¿hay derecho? <http://hayderecho.com/2015/03/12/la-corrupcion-en-la-contratacion-publica-en-espana-es-de-libro/>

²⁶⁹ Dictamen de 25 de junio de 2015 <http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic082015.pdf>
En breve resumen del mismo puede verse en el artículo publicado el 6 de julio de 2015 en el diario digital El Economista *“La Ley de Contratos Públicos no ‘debilitará’ la corrupción - elEconomista.es”* <http://www.economista.es/legislacion/noticias/6847472/07/15/La-Ley-de-Contratos-Publicos-no-debilitara-la-corrupcion-.html#Kku81aUrESiEjOjv>

²⁷⁰ ESCRIBUELA MORALES, F. Javier, en el artículo *“La contratación del sector público y la corrupción”*, Contratación Administrativa Práctica, Nº 135/2015, Ed. La Ley.

contrato y procedimiento de adjudicación. En cuanto al tipo de procedimiento, se analiza más adelante la preferencia por los procedimientos ordinarios (abierto y restringido), y la absoluta excepcionalidad de los limitativos de la competencia, especialmente los menores y negociados. En cuanto al tipo de contrato ha de comprobarse que efectivamente la propuesta es correcta, especialmente en los contratos que no llevan publicidad comunitaria (administrativo especial y, hasta que se apruebe la nueva LCSP, los de gestión de servicios públicos), o los excluidos de la Ley de contratos. Así, en el caso de acudir a un contrato administrativo especial, atendiendo al carácter excepcional y restrictivo esta figura²⁷¹, comprobar que efectivamente el objeto no tiene encaje en ningún contrato típico, especialmente en el de servicios, constatando que las prestaciones no se encuentran entre las relacionadas en el anexo II del TRLCSP. En el caso de contrato de gestión de servicios públicos (concesionales), verificar que realmente el riesgo por la utilización del servicio se traslada al concesionario, pues de lo contrario el contrato ha de ser calificado como contrato de servicios²⁷². Si se plantea un contrato mixto, analizar que las prestaciones que se propone integrar guardan relaciones de complementariedad funcional y material directa para poder ser contratadas de manera conjunta, como exige el artículo 25.2 del TRLCSP (34.2 ALCSP) y han remarcado los TACP (RTACRC 346/2013; 262/2014). También debe analizarse al informar los expedientes de contratación, o antes si se ha sometido a

²⁷¹ Los órganos consultivos han reiterado el carácter restrictivo de la figura de los contratos administrativos especiales, singularmente tras la ampliación del contrato de servicios por la LCSP: IJCCA 55/05, de 19 de diciembre de 2005, 12/10, de 23 de julio de 2010 ó 32/10, de 24 de noviembre de 2010; IJCCA de Valencia 9/2009, de 1 de diciembre de 2009; Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de Aragón. La doctrina es unánime en atribuir un carácter residual a los contratos administrativos especiales: GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en “Contratos administrativos especiales” revista Contratación Administrativa Práctica, N° 100, Septiembre 2010, pág. 60, Ed. La Ley, completado con otro en el número siguiente de esta revista; GIMENO FELIU, José María, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, Revista Española de Derecho Administrativo n° 156, octubre-diciembre 2012, pág. 35; MORENO MOLINA, José Antonio PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, en el libro “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático”, Ed. La Ley. 3° Edición 2011, página 329.

²⁷² Los contratos de concesión tienen una concurrencia mucho más limitada que los de servicios tanto por su mayor duración como por el menor número de licitadores potenciales por unas mayores exigencias de solvencia. La diferencia entre uno y otro tipo de contratos en el traslado de riesgo al contratistas es ahora más evidente en el artículo 5.1.b de la Directiva 2014/23, pero se ha reiterado por la jurisprudencia y doctrina tantas veces como otras tantas se ha eludido este criterio: STSJUE de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05; STSJUE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06; STJUE de 21 de enero de 2010, asunto C-17/09; STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09; RTACRC 634/2014, 12 de septiembre de 2014; IJCCA 65/08, de 31 de marzo de 2009, 64/09, de 26 de febrero de 2010; IJCCA de Valencia 4/2011, de 22 de noviembre; IJCCA Aragón de 2/2014, de 22 de enero.

Los TARC también inciden en que lo determinante para calificar un contrato como de concesión es que traslade al adjudicatario el riesgo de la explotación, y de ello depende su retribución: “*Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate*” (RTACP Madrid 74/2015, de 211 de mayo); RTACRC 258/2015, de 23 de marzo de 2015.

supervisión los documentos preparatorios del contrato, si se ha podido haber realizado un fraccionamiento irregular del objeto del contrato e inversamente, si se ha practicado una adecuada división del objeto contractual en lotes o si se ha motivado de manera indubitable su improcedencia. La supervisión debería extenderse a los contratos y convenios excluidos de la Ley de contratos (art. 4 TRLCSP y 4 a 11 ALCSP), para constatar que efectivamente la materia tiene encaje en los supuestos legales y que se han aplicado adecuadamente los principios de la Ley de contratos para colmar las posibles lagunas normativas de la contratación sectorial aplicable.

En consecuencia se propone como medida para asegurar que cada contratación que se promueve obedece a necesidades reales que han de ser cubiertas mediante una contratación de medios externos, exigir en cada expediente una detallada memoria que justifique adecuadamente esa necesidad y su demanda, la imposibilidad o inconveniencia de cubrirla con medios propios²⁷³, y la idoneidad de la definición del objeto del contrato y de las obligaciones del adjudicatario para cubrir esa necesidad de manera eficiente. Esta motivación ha de ir acompañada de una valoración precisa de los costes de esas prestaciones, de acuerdo con datos económicos de mercado. La motivación ha de alcanzar el tipo de contrato y procedimiento que se propone. Y todo ello debe ser supervisado por una unidad administrativa y por técnicos diferentes a los que hubiesen elaborado la memoria y estudio económico inicial, descartando justificaciones genéricas, imprecisas y/o inadecuadamente cuantificadas, además de ser analizado en el informe de fiscalización por la Intervención.

A.3. Precisión, amplitud y claridad de toda la información necesaria para participar en las contrataciones públicas.

El objetivo de esta medida es garantizar que la documentación preparatoria del contrato, desde el propio documento de inicio del expediente que describe las necesidades que se pretende cubrir con el contrato y la idoneidad de su objeto para satisfacerlas²⁷⁴, pasando por los estudios económicos, anteproyectos, proyectos, pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, están

²⁷³ TOLIVAR ALAS, Leopoldo, y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, criticaron que en 2007 la LCSP eliminase para la figura de los contratos de servicios, que pasaba a incluir el contrato de consultoría y asistencia, “*la desaparición del principio de subsidiariedad de estos contratos respecto del personal de la Administración*”, que establecía el artículo 202 del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio. “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 176, Madrid, mayo-agosto 2008, págs. 65.

²⁷⁴ Providencia y/o memoria de inicio: arts. 22.2. y 109.1 TRLCSP; 28 y 116 del ALCSP.

redactados con la calidad y comprensibilidad necesaria para que cualquier posible licitador interesado pueda hacerse una idea cabal y completa de todos los extremos y condiciones de la contratación que se pretende, desde la definición del objeto del contrato, a los criterios de adjudicación y a las condiciones de ejecución, pago y resolución.

Ha de requerirse al personal de los órganos de contratación un esfuerzo de claridad y concisión en la redacción de los pliegos de contratación, tratando de que el lenguaje empleado sea lo más sencillo posible y concretando de manera muy clara todos los aspectos del contrato para facilitar a los licitadores el estudio de dicha documentación y la redacción de sus ofertas. Por ello se ha también de seleccionar la documentación final que se ha de integrar el expediente al que han de tener acceso los empresarios para estudiar el contrato, eliminado de la que se haya analizado para preparar los proyectos y pliegos, aquella que resulte superflua por haberse descartado o incorporado a algún otro documento, evitando duplicidades o borradores. Para facilitar esa tarea de estudio a los potenciales ofertantes, resulta útil disponer de pliegos tipo o modelo de cláusulas administrativas (art. 115.4 TRLCSP, 122 ALCSP), de acceso libre a cualquier interesado, que podrán ya tener analizados previamente los contratistas diligentes. En todo caso, es esencial que todos los licitadores tengan acceso a la misma documentación y en el mismo momento, para evitar que ninguno tenga información “privilegiada” o adicional, o disponga de más tiempo para su estudio. Esta precisión se recoge en el artículo 132.2 del ALCSP cuando señala que la contratación no puede concebirse de manera que se restrinja la competencia de manera artificial *“favoreciendo o perjudicando a determinados empresarios”*. Todos los documentos que recojan la información necesaria para que los contratistas puedan tener un conocimiento preciso de las prestaciones que se pretende contratar y sus condiciones, han de estar publicados en el perfil de contratante como mínimo durante todo el plazo para presentar ofertas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado de esta vertiente de la transparencia de manera directa. La sentencia del TJUE 12 de marzo de 2008 (asunto T-345/03, *Evropaïki Dynamiki*, apartado 145) hace referencia expresa a la necesidad de poner la documentación técnica a disposición de los licitadores: señala que *“el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos”*. La STJUE de 22 de abril de 2010, alude a la necesidad de claridad y amplitud de la información: *“mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta”*. Exigencia de claridad que la

STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P (Comisión/Cas Succhi di Frutta) aplica a las modificaciones previstas de los contratos *“estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones”*, y que se ha incorporado literalmente al artículo 106 del TRLCSP (arts. 72.1.a D. 2014/24; 43.1.a D. 2014/23; 102.1.a ALCSP). La STJU de 31 de enero de 2013 (asunto T 235/11, Comisión contra España) incide en la misma exigencia de precisión y claridad, con el objetivo, señala de que, en aplicación del principio de transparencia, *“garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora”*.

Los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales apelan igualmente a esta cuestión. El Acuerdo 12/2015, de 20 enero de 2015, del TACP de Aragón acude a la STJUE de 22 de abril de 2010²⁷⁵, para recordar que mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta. El mismo Tribunal ha analizado la cuestión desde la vertiente negativa, sancionando la falta de claridad de los pliegos. En el Acuerdo 33/2012, de 9 de agosto de 2012, señala que *“la carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, son también responsabilidad de los mismos. La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los posibles licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo).”*

La falta de claridad de los pliegos no puede suplirse con la potestad de interpretación de los pliegos que corresponde al órgano de contratación (art. 210 TRLCSP, 188 ALCSP), pues es doctrina jurisprudencial consolidada que las cláusulas oscuras o contradictorias no pueden favorecer a quien las puso (el órgano de contratación): *“la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella”*; los principios de la buena fe objetiva y confianza legítima como elementos interpretativos de los contratos, *“se complementan con el principio de interpretación «contra proferentem» —también*

²⁷⁵ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07, Comisión contra España por el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones de publicidad e información establecidas para los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras (construcción, conservación y explotación de las conexiones de la autopista A-6 con Segovia y Ávila): La obligación de publicidad, unida a los principios de igualdad de trato y transparencia, de los procedimientos de concesión de contratos públicos de obras exige que el objeto de la concesión esté definido en el anuncio y pliego de cláusulas administrativas particulares, que deben contener, entre otras informaciones, el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, así como la descripción y lugar de las obras a realizar y la cantidad o extensión de las mismas.

denominado «*interpretatio contra stipulatorem*»— según el cual, cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato (Pliego en este caso), por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no debe beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad” (ATACP de Aragón 33/2012). Este criterio deriva de la doctrina jurisprudencial, en aplicación del artículo 1288 CC. La STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, precisó que “*es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración*”²⁷⁶.

Aunque a la vez se exige cierta diligencia a los licitadores en analizar los pliegos y demás documentación complementaria, solicitando, al amparo del artículo 158.1 del TRLCSP, la información adicional que estimen necesaria. El TCAP de Madrid, en su Acuerdo 157/2014, de 17 de septiembre de 2014, tras recordar que “*el acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia* (con cita de STCE de 29 abril 2004, Succhi di Frutta) apunta los efectos de esa falta de diligencia del licitador: “*No habiendo solicitado esa información, no puede alegarse indefinición del PPT*”.

En el plano de las propuestas, la RJCCA Aragón 1/2014, recoge la siguiente “manifestación práctica del principio de transparencia que deben tener en cuenta los órganos de contratación”: 3. La especificación completa, clara y concreta en los anuncios de contratación o en los pliegos de las condiciones de licitación, adjudicación y ejecución del contrato. Precizando al respecto que “*todas las condiciones del procedimiento de licitación deben estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. La discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, determinará por sí sola la nulidad de los pliegos por contener incongruencias que impidan conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato*”²⁷⁷.

²⁷⁶ En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTS de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999. Las sentencias del juzgado de lo contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid 12/2014 y 80/2014, de 17 de enero y 28 de abril de 2014, respectivamente, salvan la contradicción entre el PPT y el PCAP en favor del técnico frente al administrativo, porque la disparidad entre ambos perjudicaba los derechos de cobro del contratista. El ATACP Madrid 77/2015, de 3 de junio de 2015 señala que cualquier discrepancia entre pliegos ha de ser resuelta conforme al principio de especialidad, no mediante la prevalencia de uno sobre otro, dado que no existe una relación jerárquica entre ambos.

²⁷⁷ La Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón considera que sobre “*esta cuestión resulta relevante la doctrina de los órganos que conocen de los recursos contractuales, los cuales vienen exigiendo que esta información se recoja en los pliegos de forma clara y completa, de forma que la eventual oscuridad*

Por lo tanto, es imprescindible que la definición del objeto de los contratos y del alcance de las prestaciones se haga la máxima precisión y rigor (íntegramente en castellano y en el idioma cooficial correspondiente en su caso). A tal efecto, los pliegos concretarán de manera detallada y comprensible el alcance concreto de las prestaciones que se pretenden contratar y las necesidades que con las mismas se tratan de satisfacer, con referencias lo más precisas posibles a los códigos CPV y CNAE²⁷⁸. Los pliegos han de detallar también con especial claridad los criterios de valoración de las ofertas y su forma de ponderación, de manera comprensible para todos los posibles licitadores. Se especificará de forma precisa las obligaciones y derechos de las partes en las fases de ejecución y resolución del contrato, incluidas las condiciones y alcance de las modificaciones del contrato previstas y las prórrogas posibles.

Este imprescindible precisión del objeto de los contratos puede tener, entendemos, una excepción: los contratos de compra pública precomercial (art. 4.1.r del TRLCSP) y de innovación (artículos 4.1.q, 11.1.c, 136.1.i; DA 25^a.4.c; art. 2.1 2 D. 2014/24; at. 5.11 de la D. 2014723; art. 7 ALCSP). En estos contratos por su propia naturaleza, su objeto (o las variantes o mejoras de estas características) no puede definirse de manera cerrada, debiendo admitirse, entendemos, una precisión de las necesidades que pretende satisfacer la entidad contratante o las funcionalidades que se requieren de los bienes o servicio a adquirir, y no una solución cerrada, como se deduce del considerando 74 y del artículo 42 de la Directiva 2914/24 cuando señala que las especificaciones técnicas hagan posible “*presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas*”²⁷⁹.

A.4. Restablecer la posibilidad de formular alegaciones los proyectos, pliegos y demás documentos precontractuales, y establecer un sistema ordinario,

de los mismos no puede en ningún caso perjudicar a los licitadores. Cabe citar a modo de ejemplo, entre otros numerosos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA), el Acuerdo 5/2011. Del mismo modo, la discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, determinará por sí sola la nulidad de los pliegos por contener incongruencias que impidan conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato (Acuerdo 10/2011 TACPA)”.

²⁷⁸ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, Alfonso, “La nomenclatura CPV. Los códigos del CPV proporcionan información y simplifican el procedimiento de contratación”. Artículo publicado en el ObCP el 14/01/2013
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.83/relcategoria.121/relmenu.3/chk.1f833f1f49e8ac98508c4f8ae140c34c>

²⁷⁹ Sobre la compra pública de innovación pueden verse modelos de cláusulas de pliegos en la Guía sobre compra pública innovadora del MICINN», elaborada en el marco de la «Estrategia Estatal de innovación (e2i)», actualmente en fase de revisión; la «Guía de buenas práctica para el fomento de la I+D+i en el ámbito de la contratación pública», de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (de 30 de noviembre de 2012); y la más reciente «Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación» de la Comisión Europea (23-VI-2014).

sistematizado y público a través del perfil de contratante, de resolución de dudas de los interesados sobre los procedimientos de contratación.

Con esta medida se busca mejorar la claridad y precisión del contenido, abriendo a la participación de los interesados (usuarios y licitadores singularmente), la posibilidad de contribuir a esa mejora mediante una fase de exposición al público de los proyectos, memorias, estudios económicos y pliegos. Posteriormente, y ya en la fase de licitación, se trata de garantizar que todos los licitadores potenciales puedan solicitar aclaraciones a esos documentos, y que todos disponen de la misma información para formular sus ofertas haciendo públicas las preguntas y respuestas, asegurando así que ningún contratista recibe información exclusiva de manera individual, preservando con ello el principio de igualdad de trato. Con ese objetivo, toda la información se ha de ofrecer en el perfil de contratante con antelación suficiente, de manera clara y precisa.

En cuanto a la exposición al público de los proyectos, pliegos y estudios económicos, se exige exclusivamente para los contratos concesionales, tanto para el de obras (arts. 128-129 TRLCSP; 245-246 ALCSP) como para las de servicios (arts. 133.3 TRLCSP, 283.2 ALCPS; 86 LBRL). La exposición al público de los pliegos de las EELL que exigían los artículos 122 del TRRL y 121 del RSCL se consideró derogada por la STS de 20 de noviembre de 2006 (rec. 2963/2004). Y respecto de los proyectos, solo se mantiene en el artículo 93 del TRRL la de los proyectos de planes provinciales. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, no ha ampliado la obligación de exposición pública a estos aspectos, remitiéndose a la normativa sectorial vigente (art. 7.e). Sin embargo, este trámite, aparte de favorecer el gobierno abierto con la participación ciudadana, puede contribuir a reducir errores en los documentos preparatorios de los contratos y con ello a mejorar la calidad de los contratos mediante una mejor definición de su objeto y características. Para evitar que esta exposición pública se convierta en un nuevo trámite que alargue el dilatado procedimiento de contratación, se puede embeber en el ya preceptivo periodo para presentar las proposiciones. En ese plazo, que como justificaremos más adelante se ha de procurar ampliar para favorecer la concurrencia en aplicación de lo que establece el artículo 143 del TRLCSP (136 del ALCSP), se puede admitir que durante los primeros ocho días del mismo, cualquier interesado pueda presentar alegaciones. Solo en el caso de que algunas de las presentadas se estime que deben ser aceptadas y ello suponga un cambio de cierta relevancia en las condiciones iniciales de la contratación, se abrirá de nuevo el plazo para formular ofertas, tratándose en caso contrario como meras aclaraciones, al igual que las consultas y respuestas que se admiten a los licitadores, publicándolo en el perfil de contratante. Ha de tenerse en cuenta que, en cierta medida y de forma indirecta, este trámite ya existe: al amparo de la previsión que contiene el artículo 105.2 de la LRJPAC (art. 109.2 LPA 39/2015), la Administración puede rectificar a instancia

de los interesados los errores materiales, de hecho o aritméticos en cualquier expediente, por lo que nada impide que algún interesado pueda instar una rectificación de ese tipo. Se trata por lo tanto de abrir de manera expresa una fase de alegaciones a cualquier interesado en sentido amplio, para contribuir a mejorar la calidad de los contratos mediante la mejora de los documentos preparatorios.

En lo que respecta a la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y anteproyectos de explotación por parte de los potenciales licitadores interesados, el TRLCSP contempla la posibilidad de que el órgano de contratación abra un periodo de información en los contratos de especial complejidad (en concreto para los contratos de concesión de obra pública –art. 131.2- y gestión de servicios públicos –art. 133.3 TRLCSP y 248.2 del ALCSP). El artículo 158.2 del TRLCSP (138.2 ALCSP) prevé que los pliegos, en atención a las circunstancias de los contratos, puedan establecer un trámite de información adicional y documentación complementaria, que debe facilitarse al menos seis días antes de que termine el plazo para presentar las ofertas, previendo la ampliación de los plazos para formular las ofertas cuando la información no se facilite con esa antelación o sea necesario realizar visitas sobre el terreno o consultar *in situ* la información completaría que se adjunte a los pliegos (art. 158.3 TRLCSP: art. 47.2 D. 2014/24; art. 138 del ALCSP). Las respuestas a la información solicitada deberán hacerse públicas, de manera que se garantice *“la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación”*.

Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales se han tenido que ocupar de esta cuestión. La RTACRC 191/2012, de 12 de septiembre, considera aplicables a contratos diferentes al de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos las previsiones de los artículos 131.2 y 133.3 del TRLCSP, y reitera el carácter vinculante de las aclaraciones, aunque no rechaza de plano la posibilidad de dar respuestas individuales y personales no vinculantes, directamente por el personal de la unidad que tramita un contrato a determinados contratistas, sí considera *“que hubiera sido más respetuoso con el principio de transparencia (...) que se hubiera dado publicidad en el perfil de contratante de todas aquellas consultas relevantes”*.

El ATACP de Madrid 118/2014, de 16 de julio, aparte de recordar que la respuesta a las aclaraciones solicitadas por los licitadores en relación con los pliegos al amparo del art. 158.2 y 131.2 y 133.3 del TRLCSP tienen carácter vinculante (lo que relaciona con la prerrogativa de interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento), considera igualmente que *“el lugar adecuado para realizar la publicidad, de manera que todos los interesados puedan tener acceso en condiciones de igualdad, es el perfil de contratante”*, pues el artículo 53 del TRLCSP dispone que en el perfil del contratante se publicarán cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano

de contratación, tales como las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas y cualquier información útil de tipo general²⁸⁰.

Como apunta la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la JCCA de Aragón, un Perfil de contratante bien gestionado puede convertirse en una herramienta muy útil para los licitadores en la que encuentren toda la información, respecto de los concretos procedimientos de licitación que les interesen. Aunque como había denunciado J. M. GIMENO FELIU, la existencia de tantos perfiles como órganos de contratación, se había convertido de facto en una “*barrera*” para una competencia abierta²⁸¹, problema que corrigió la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, al imponer la utilización o de la Plataforma de Contratación del Sector Público desarrollada por el Estado a todos los poderes adjudicadores de cualquier Administración pública, cuestión que abordamos en el apartado siguiente.

El mismo TCAP de Madrid, en su acuerdo 157/2014, de 17 de septiembre de 2014, apunta otra vertiente de este acceso a información complementaria a solicitud de los licitadores interesados en tomar parte en un contrato: no podrá alegarse indefensión si dicha información no ha sido solicitada. Tras recordar el Tribunal que “*los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*”, señala que el acceso a la información de los contratos que ofrecen los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, así como el resto de documentación complementaria, es fundamental para que estos puedan decidir participar o no en la licitación y preparar la proposición. En cuanto a la información adicional que se solicite sobre los Pliegos y sobre la documentación complementaria, al amparo de la previsión del artículo 158.1 del TRLCSP y 38.1 de la citada Directiva 2004/18/CE, sentencia que “*no habiendo solicitado esa información, no puede alegarse indefinición del PPT*”.

Para garantizar la transparencia e igualdad de trato en el acceso a la información necesaria para participar en un procedimiento de contratación, es obligado ofrecer de manera sencilla, acceso, “*libre, directo, completo y gratuito*” a los pliegos y documentación complementaria (art. 138 del ALCSP), a través del perfil de contratante.

Además se ha de reforzar esa transparencia informativa disponiendo los licitadores interesados de un espacio propio para cada contrato en el perfil de

²⁸⁰ La Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la JCCA de Cataluña también recomienda utilizar el perfil de contratante, sin perjuicio de poder utilizar también otros medios, como “*instrumento de comunicación y formulación y resolución de consultas*” entre los poderes adjudicadores y las empresas licitadoras.

²⁸¹ GIMENO FELIU, Josa María, “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, ObCP, entrada del 12/11/2014.

contratante donde realizar, con la antelación que se prevea en los pliegos las consultas que cada uno estime necesarias, y donde los servicios gestores del contratos inserten las respuestas también con la antelación prevista antes de que concluya el plazo para presentar las ofertas, para que cualquier licitador pueda tener en cuenta el alcance de la respuesta en la formulación de su oferta. Estas consultas y respuesta deben permanecer a disposición de todos los interesados hasta la extinción de los correspondientes contratos, pues su carácter vinculante al que se ha aludido, puede tener que ser utilizado para una posterior revisión de acuerdos de interpretación del contrato o para solventar incidencias en la fase de ejecución.

No obstante, no se considera oportuno dar información de la identidad de quienes formulan las consultas, para evitar que el resto de posibles interesados en participar en el procedimiento realicen sus ofertas a la vista de los posibles competidores interesados en concurrir. Lo que resulta necesario es prefijar en los pliegos los plazos en los que se pueden solicitar y resolver esas consultas, para evitar que una pregunta y respuesta de última hora puedan perjudicar a un licitador que ya haya presentado su oferta.

La propuesta de actuación con esta medida es, por lo tanto, habilitar en el perfil de contratante un espacio para publicar las consultas y respuestas que, en relación con cada expediente de contratación, formulen los interesados en participar en el procedimiento de adjudicación correspondiente; estas consultas deberán ser formuladas al menos cinco días antes la finalización del plazo para presentar ofertas y serán resueltas y publicadas no más tarde del segundo día anterior a la finalización de dicho plazo, permaneciendo a disposición de todos los interesados hasta la extinción de los correspondientes contratos. Además, se deben admitir alegaciones a los proyectos, pliegos y demás documentos precontractuales, pues ello ayudará a corregir errores de todo tipo, incluidas posibles especificaciones restrictivas de la competencia.

A.5. Utilización de la Plataforma de Contratación del Sector Público como perfil de contratante de todos los poderes adjudicadores, y su sistema de licitación electrónica para contratar en este formato.

El objetivo de esta medida es facilitar a todas las empresas el acceso con facilidad a un único punto donde encontrar y solicitar avisos telemáticos de todas las contrataciones que convoque cualquier entidad del sector público. Además, permitirá homogeneizar los procedimientos de licitación electrónica con un programa libre y accesible.

La Ley de Contratos del Sector Público de 2007 creó el «Perfil de contratante» (art. 42), un espacio en la página web de cada poder adjudicador en el que

anunciar sus contrataciones y publicar toda la información correspondiente a cada contrato. En este “sitio web” cada ente, organismo y entidad del sector público ha de publicar todas sus licitaciones, incluso aquellas que tenga la obligación legal de anunciar en algún Diario Oficial. En los contratos no sometidos a regulación armonizada, los poderes adjudicadores que no sean Administración pública sólo publican sus licitaciones en su perfil (artículo 191 TRLCSP), y las Administraciones Públicas pueden sustituir la publicación en el BOP correspondiente también por el anuncio en el Perfil en los procedimientos negociados con publicidad no comunitaria (art. 1772. En relación con el 142.4 del TRLCSP).

Esto ha llevado a una desmesurada e inabarcable dispersión de puntos de información de las licitaciones que se convocan en España, donde se han contabilizado casi veinte mil perfiles de contratante. Ello dificulta enormemente a las empresas conocer los diferentes procedimientos de contratación a los que podrían estar interesados en concurrir, debiendo dedicar muchos recursos a localizar en esa ingente cantidad de páginas web posibles contratos en los que pudieran estar interesados. En palabras de la meritada Recomendación 1/2014 de la JCCA Aragón, permitir que cada ente pueda tener su propio Perfil, *“ha tenido un efecto distorsionador, contrario a la transparencia, pues induce a la fragmentación de la información y del mercado”*, como también ha denunciado de manera reiterada el profesor GIMENO FELIU, considera que se trata de una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, innecesarias dosis de inseguridad jurídica y que además *“pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala”*²⁸². La misma opinión se recoge en el anexo para España del «Informe de lucha contra la corrupción de la UE»²⁸³, que señala como medida contraria a la transparencia *“la ausencia de una plataforma única para el gran número de perfiles de contratistas”*.

Esta situación ha sido corregida por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.²⁸⁴ La disposición adicional tercera de esta Ley

²⁸² Ponencia en Jornada sobre Transparencia en la Contractación Pública, Barcelona, 1 de octubre de 2013. En el mismo sentido, en el artículo Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos, publicado en la web del Observatorio de Contratación Pública el 12 de mayo de 2014, señala el profesor GIMENO: *“La plataforma de contratos del sector público como ventanilla única es, una excelente solución y debe servir para reconducir la práctica de los perfiles de contratante y sus efectos limitativos de publicidad (se han comportado como barrera de entrada para nuevos operadores económicos, lo que ha conllevado a innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala).”*
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/reلمenu.3/chk.a03dd2533969b161aae8a4e681c92da1>

²⁸³ Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final, Anexo 9.

²⁸⁴ Ya algunas CCAA habían realizado actuaciones para tratar de corregir este problema en su ámbito territorial mediante la interconexión de sus plataformas con la del Estado: Cataluña Acuerdo del Consejo

modifica directamente el artículo 334 del TRLCSP, cambiando no sólo la denominación, sino el ámbito de actuación subjetivo y objetivo de la «Plataforma de Contratación del Estado», que pasa a ser «Plataforma de Contratación del Sector Público» (PCSP en adelante). En esta plataforma web se han de publicar las licitaciones y resultados de las mismas de todos los entes del sector público relacionados en el artículo 3.1 del TRLCSP, *“bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas”*. Aunque se admite mantener los perfiles de contratación que cada la entidad pública que lo estime oportuno, en todo caso su información ha de estar accesible en la PCSP mediante la interconexión con ésta de los perfiles que se conserven.

La adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público para publicar anuncios y documentación puede hacerse de dos maneras: o mediante interconexión con el sistema de gestión de expedientes de contratación para el envío de ficheros en formato XML a través de servicios web (recomienda este otro sistema para organismos con un bajo volumen de contratación siempre que tengan en sus organizaciones suficiente estructura informática); o mediante mecanismos de agregación de la información, manteniendo el Perfil de contratante propio fuera de la Plataforma, pero notificando a ésta la información que se publica (esta opción está recomendada para organismos con un gran volumen de contratación, aunque tiene un coste de desarrollo informático importante y requiere su posterior mantenimiento). Esta alternativa quizá sea la primeramente elegida por muchos poderes adjudicadores celosos de mantener en la red se identidad propia, o bien porque hayan vinculado su portal de transparencia en lo referente a los contratos a su perfil de contratante, aunque como señala la JCCA de Aragón, la interconexión tiene un coste, pues los servicios informáticos que mantiene el perfil han de realizar las operaciones de enlace que permitan el acceso directo desde la PCSP al perfil de la entidad, y mantenerlo.

También se puede utilizar directamente la PCSP como plataforma propia única. Para ello basta realizar la solicitud a través del formulario de alta aprobado ya por Orden EHA/1220/2008 (ANEXOS I y II), y seguir las guías que para realizar la publicaciones tiene editada la propia Plataforma²⁸⁵.

de Gobierno, de 17 de julio de 2007 y Orden ECO/58/2012, de 22 de febrero, de modificación de la Orden 23 de junio, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de contratación pública, y se incorpora el servicio de sobre digital; Galicia Orden, de 4 de junio de 2010, por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia; Aragón, Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, cuya Disposición adicional quinta determina la interconexión entre los perfiles de contratante de todos los poderes adjudicadores del sector público autonómico.

..

²⁸⁵ Guía de licitación; de adjudicación y formalización; de modificados y de contratos menores. Dispone además de una guía general de usuario tanto para la Administración como para el operador económico (la

La mayoría de las Comunidades Autónomas, han suscrito convenios con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para interconectar sus plataformas de contratación²⁸⁶. Como se apuntó al hablar de la contratación electrónica, otra ventaja de la utilización de la Plataforma de Contratos del Sector Público será su programa de licitación electrónica libre, que considero debería imponerse para que todos los licitadores tuvieran que aprender a manejar un único programa, con independencia de que luego cada entidad adquiriera si lo estima oportuno, un programa de gestión electrónica de sus expedientes.

A.6. Establecimiento de prescripciones técnicas que garanticen la competencia efectiva.

El objetivo de esta medida es asegurar una definición técnica del objeto de los contratos que permita una competencia efectiva, evitando indicaciones que pe-determinen el adjudicatario o proveedor de determinados bienes o servicios.

Todas las cautelas que se puedan establecer para tratar de asegurar una competencia efectiva en condiciones de igualdad no servirán de nada, no llegarán siquiera a poder ponerse en práctica, si el contrato está orientado de antemano hacia determinado producto o sistema productivo de propiedad exclusiva de determinada empresa o territorio. Esta orientación desde el origen de los bienes o servicios a adquirir, puede no serlo de la prestación principal del contrato, sino de un proveedor o subcontratista, con lo que la manipulación es menos visible, pero el efecto es el mismo: determinada empresa será la que proveerá, directamente o través de otro adjudicatario, bienes o servicios de los que dispone en exclusiva, sin que exista una adecuada justificación técnica que acredite que ello resulta imprescindible. Detrás de esa decisión puede haber una actuación premeditada, o un simple desconocimiento de lo que se está describiendo en el proyecto, memoria o pliego técnico, cuyas especificaciones sólo cumple determinado proveedor: *“se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores”*, recuerdan los Tribunales Administrativos de

última edición, versión: 2.03 de 14/10/2014). Dirección General del Patrimonio del Estado Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica.

²⁸⁶ El Gobierno de Aragón suscribió el 29 de abril de 2014 el convenio al que se ha hecho referencia en una nota anterior. La Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León y la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, firmaron el 6 de marzo de 2015 un convenio de colaboración para la interconexión de las plataformas de contratación de ambas administraciones, con el objetivo de asegurar una mayor difusión de la información, así como para la integración de los registros de licitadores autonómico y estatal. El convenio señala que su objetivo es garantizar la máxima transparencia en las licitaciones públicas, facilitar la gestión a las empresas que optan a ellas y evitar duplicidades. Convenios similares han sido suscritos por todas las CCAA: Asturias por Resolución de 5 de mayo de 2015; Canarias y la Rioja, mediante sendas Resoluciones de 8 de junio de 2015; etc.

Recursos Contractuales (ATACP Aragón 75/2014, de 2 de diciembre de 2014; ATACP de Madrid 62/2011, de 28 de septiembre).

Las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, se regulan en artículo 117 del TRLCSP, precepto que prácticamente transcribe lo que dispone el artículo 23 de la Directiva 2004/18, y que mantiene en términos similares el artículo 42 de la Directiva 2014/24 y 36 de la Directiva 2014/23 (en el ALCSP se regula en los mismos términos en el art. 125). El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 5 de mayo de 2006, para el anteproyecto de la LCSP del año 2007, señalaba que el objetivo de la normas comunitarias es evitar la utilización de las prescripciones técnicas de los contratos de manera discriminatoria, estableciendo determinadas condiciones que sólo pudieran cumplir, o que beneficiaran, a las empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional, lo que supone una restricción de libertades comunitarias (como sucedía en el caso resuelto por la STJCE de 20 de marzo de 1990, Comisión/Italia). Y por ello también se proscribía la inclusión de especificaciones que indicasen fabricación o procedencia determinada, salvo que no pudieran definirse de otro modo, añadiendo en ese caso la expresión «o equivalente» (Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó a España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado).

Siguiendo, pues, la regulación comunitaria, el artículo 117 del TRLCSP (y en 126.3 del ALCSP) establece que las prescripciones técnicas han de definirse teniendo en cuenta los criterios siguientes: a) criterios de accesibilidad universal y diseño para todos (si no es posible habrá de justificarse expresamente esta circunstancia); b) criterios de sostenibilidad y protección ambiental si el objeto del contrato puede afectar al medio ambiente; c) criterios que garanticen la apertura de los contratos públicos a la competencia, permitiendo el acceso a éstos a todos los posibles licitadores en igualdad de condiciones, sin recoger especificaciones técnicas que supongan en la práctica orientar el contrato hacia determinados contratistas.

En su apartado 3, el artículo 117 del TRLCSP (126.5 ALCSP) relaciona detalladamente los criterios o reglas que se han de seguirse para definir las prescripciones técnicas:

- a. Por referencia a normas nacionales que incorporen normas europeas, documentos de idoneidad técnica europeos, especificaciones técnicas comunes, normas internacionales o normas nacionales acompañadas de la mención «o equivalente».
- b. En términos de rendimiento o exigencias funcionales, y cuando el objeto pueda afectar al medio ambiente, con la contemplación de características medioambientales.

c. Con la combinación de especificaciones técnicas y de rendimiento.

El apartado 2 de este artículo 117 explicita el objetivo de estas reglas, medida esencial para asegurar la virtualidad del principio de transparencia en esta fase esencial de la preparación del contrato: *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*. Esta regla esencial se establecía en el artículo 23.2 D. 2004/18, en el artículo 42.2.D. 2014/24, y encabeza el artículo 126 del ALCSP en términos prácticamente idénticos. Se persigue por lo tanto garantizar la máxima concurrencia, evitar que *“la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”*, como repiten varios preceptos del TRLCSP (196.1, 199.1, DA 28ª y 32ª). La RTACRC 730/2014, de 3 de octubre, precisa el objetivo del apartado 2 del artículo 117 del TRLCSP: *“establece este precepto un principio de interpretación del PPT favorable a la máxima concurrencia de licitadores en la contratación, generador de mayor competencia en el propio beneficio de la administración, de modo que la exclusión de licitadores ha de ser la excepción y la interpretación favorable a la máxima concurrencia es la regla general”*. Por ello las exigencias de los pliegos de prescripciones técnicas han de ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa, señala el Tribunal Central²⁸⁷. La RTARCYL 78/2014, de 12 de noviembre, señala que el artículo 117.2 del TRLCSP contiene, una concreción de los principios de igualdad y no discriminación²⁸⁸. El Acuerdo del TACP Aragón 75/2014,

²⁸⁷ Analizó la RTACRC 730/2014 un contrato de limpieza de edificios había sido excluida una empresa que presentaba una oferta que no respetaba con exactitud el mandato del PPT: éste exigía que los trabajos se realizasen en “horario diurno, de lunes a viernes”, y la empresa excluida proponía el inicio de la actividad de servicio de lunes a viernes a las 5: 45 horas y además incluye el sábado media plantilla de 6 a 11 horas. (15 minutos en horario nocturno según el art, 31 del ET). El TACRC estima el recurso y considera que la exclusión de este licitador no es ajustada a derecho, con el argumento de que la relación laboral derivada del contrato de trabajo vincula al empresario contratista con sus trabajadores (art. 34 del TRLET) y es diferente la prestación del servicio que asume el contratista como contenido de la relación jurídica sinalagmática que le une con la Administración por mor del contrato administrativo de prestación de servicios (art. 305.1 del TRLCSP).

“La no exclusión del licitador no hubiera sido contraria a la igualdad de trato del resto de licitadores, puesto que no se ha producido un error en la oferta; Mas al contrario, una interpretación acorde con el precepto últimamente reproducido hubiera conducido a la admisión de estas ofertas. Debe tenerse muy en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas han de ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa, entendiéndose por tanto que prestación del servicio e inicio de la jornada laboral son obligaciones que se insertan en relaciones jurídicas distintas y que no se interfieren ni se contradicen entre sí”.

²⁸⁸ El Tribunal de Castilla y León considera que las prescripciones técnicas son también ley del contrato: *“De lo expuesto se extrae que el PCAP que debe regir cada licitación tiene en ésta valor de ley. Además, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas (en adelante PPT) o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. Las prescripciones técnicas constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación y son, por tanto, de obligado cumplimiento para el licitador.”*

de 2 de diciembre de 2014 señala en relación a este mismo apartado lo siguiente: *“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (...) La aplicación de este principio, es de gran importancia práctica, y es bajo estos parámetros como deben redactarse los pliegos de prescripciones técnicas, conforme a los artículos 116 y 117 TRLCSP, en concreto, el apartado 2 del artículo 117”*. Un ejemplo de proscripción de prescripciones técnicas restrictivas de la concurrencia es el analizado en la STJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-552/2013, que anuló un procedimiento de contratación de servicios sanitarios del Gobierno vasco que exigía que las prestaciones médicas objeto de las licitaciones debían realizarse por centros hospitalarios privados situados exclusivamente en un término municipal concreto, que podía no ser el del domicilio de los pacientes a los que van dirigidas esas prestaciones, por considerar que ese requisito del PPT suponía la exclusión automática de los licitadores que no pudieran cumplirlo vulnera las reglas de establecimiento de prescripciones técnicas del artículo 23 de la Directiva 2004/18.

Es por lo tanto imprescindible, para garantizar una adecuada concurrencia competitiva que en la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas, se preste especial atención al modo en la que definen de los productos, materiales, procedimientos y/o servicios que integran el objeto del contrato, pues *“en el caso de que exista un único licitador que pueda cumplir con los requisitos técnicos establecidos, existirá limitación del principio de concurrencia, y por tanto, vulneración de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del TRLCSP”* (ATACP de Madrid 62/2011, de 28 de septiembre).

Todo ello sin perjuicio del criterio mantenido por la RTACP Madrid 94/2015, de 17 de junio, de que la definición de las condiciones técnicas necesarias para satisfacer las necesidades de la Administración, está presidida por el principio de discrecionalidad técnica, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de que disponen y que no son susceptibles de impugnación salvo en el caso de error, patente o irracionalidad (Informe 2/2009 de la JCP de Navarra). Esta discrecionalidad no puede servir para vulnerar las reglas y principios señalados.

El ATACP Madrid 2/2015, de 9 de enero, tras aludir al principio general que establece el artículo 117.2 del TRLCSP, recuerda que *“No existe en la Ley un elenco cerrado de elementos descriptivos que se consideren susceptibles de generar desigualdad en la fase de licitación al restringir el acceso a los posibles licitadores a*

*un contrato de suministro, si bien desde un punto de vista interpretativo pueden considerarse como tales los descritos en el apartado 8 del citado artículo, referencias a marcas, patentes o tipos, origen o producción determinado*²⁸⁹. El último apartado del artículo 117 (8) recoge la regla quizá más conocida del precepto, la prohibición de incluir en los pliegos referencias a patentes, marcas, procedencia, procesos de fabricación, o cualquier otro elemento que pueda suponer una restricción de la competencia. Cuando un pliego infringe esta norma, la consecuencia es la anulación del pliego y del procedimiento, como en el caso analizado en la RTACRC 102/2012, de 9 de mayo, sobre suministro de maquinaria para la Guardia Civil que recurrió un licitador interesado²⁹⁰.

Aunque se admite que cuando no sea posible una definición precisa del objeto del contrato sin utilizar esas referencias, se incluirá expresamente siempre la referencia «o equivalente». Esta exigencia, se recoge en términos similares en el artículo 42.3 de la Directiva 2014/24 y 36.2 de la Directiva 2014/23 (en art. 125.6 del ALCSP). La referencia expresa a una marca concreta puede estar justificada en el expediente, cuando por motivos objetivos y adecuadamente justificados se requiere determinada tecnología propietaria (RTARC 742/2014, de 3 de octubre²⁹¹). Como excepción que es a la regla general, la misma debe ser interpretada de forma restrictiva, como señala la citada RTACRC 102/2012: *“de acuerdo con el artículo transcrito las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo*

²⁸⁹ En este pleito, concluye el Tribunal madrileño que la exigencia de certificados de compatibilidad u homologación de productos fungibles, para asegurar la correcta funcionalidad del producto a suministrar, puede suponer una medida restrictiva de la concurrencia que debe estar claramente justificada, de acuerdo con el artículo 117.2 y 8 del TRLCSP, por lo que admite que *“cabe la posibilidad, y resulta conveniente, que el PPT prevea la comprobación del funcionamiento del producto, mediante la entrega de muestras”*.

²⁹⁰ El objeto del contrato era el “Suministro de un tractor remolcador, de 500 lbs de tracción a la barra, un grupo eléctrico autopropulsado de suministro de energía eléctrica, una plataforma de mantenimiento hidráulica, una torre de iluminación remolcable, un carro de equipaje para bases aéreas, para aeronaves del Servicio Aéreo de la Guardia Civil”.

²⁹¹ La RTACRC 742/2014, de 3 de octubre, analiza un contrato de servicios de la sociedad Viviendas del Principado de Asturias, S.A. (VIPASA), denominado “Contratación del programa informático de la gestión de actividad de VIPASA y su mantenimiento”, programa que señalaba debía realizarse con software marca Microsoft, y para ello se requería a los licitadores como requisito de solvencia técnica disponer de determinados certificados que acreditaba como desarrolladores de la tecnología de esta marca. El Tribunal considera ajustado a derecho esta limitación dado que en el pliego se justifica que Con lo cual, se quiere que la oferta de los licitadores se refiera a la tecnología de una marca, Microsoft. Señal a la Resolución literalmente que *“esa tecnología que se quiere por la Entidad contratante está justificada en el propio PPT, por ello, tal y como se informa por la Entidad contratante, no se incluyó la palabra equivalente, de forma deliberada, porque se necesitaba que la oferta de los licitadores se circunscribiera exclusivamente a la tecnología de la marca citada, a la vista de las necesidades presentes y futuras de la Entidad, que ya trabaja con licencias Microsoft, por lo que el actual sistema de la Entidad se apoya en ese entorno tecnológico. De aceptar otra tecnología distinta a Microsoft, se produciría un gasto en nuevas licencias, así como en la formación del personal de la Entidad. (...) Todas esas razones que figuran en el PPT y en el informe emitido por la Entidad tienen su amparo legal en el art. 117.8 del TRLCSP que dice: “Salvo que lo justifique el objeto del contrato...”*.

que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que el órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción”.

Esta cuestión ha sido bien precisada por la RTACRC 900/2014, de 5 de diciembre. Siendo excepcional la posibilidad de citar una marca para definir el objeto del contrato, el órgano de contratación puede incluirlo cuando se den las siguientes circunstancias: a) que sólo cabe acudir a la cita de marcas para definir el producto, por razón del objeto del contrato, b) que no es posible dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y, c) acompañar la mención “o equivalente” a la mención de productos, marcas, patentes o tipos²⁹². La STJUE de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14, recoge esta exigencia en relación con un contrato de suministro de sistemas y material informático en el que se recogía una referencia a un procesador de una marca determinada. Esta sentencia rechaza además la posibilidad de modificar las especificaciones técnicas durante el procedimiento porque en el caso en cuestión la empresa fabricante del procesador al que se aludía en el PPT indicó que las prestaciones del procesador descrito en el pliego ya estaban superadas y que ese modelo ya no lo fabricaba, y el órgano de contratación pretendía comparar el ofertado por la empresa que presentaba el procesador de otro fabricante con el nuevo modelo de la marca de referencia, en lugar de con el señalado en el PPT.

Se proponen dos sencillas medidas para reducir el riesgo de que indirectamente el contratista principal, subcontratista o proveedor, quede ya predeterminado con unas especificaciones técnicas en el proyecto, memoria o pliegos, que sólo cumpla determinado producto, lugar de procedencia o sistema productivo propiedad de una empresa concreta:

- 1ª. Exigir que en todo expediente de contratación se acompañe a los documentos técnicos que definen materialmente el objeto del contrato, un informe en el que el técnico que los elabore expresamente manifieste que el proyecto, memoria y/o pliego técnico, respeta las reglas que para el establecimiento de las prescripciones técnicas establece el artículo 117 del TRLCSP, y que el mismo no contiene ninguna precisión que pueda restringir o limitar la concurrencia. Este informe servirá inicialmente como recordatorio a quien lo suscribe para que tome especial cautela para evitar referencias directas o indirectas que puedan restringir indebidamente la competencia.
- 2ª. Recoger en el PCAP una referencia expresa y visible de que no se rechazará

²⁹² Un ejemplo para evitar la referencia a marcas se analiza en el Informe 62/07, de 26 de mayo de 2008. «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos de cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos».

ninguna oferta siempre que el licitador pruebe, por cualquier medio admitido en derecho, *“que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas”*²⁹³. Esta posibilidad, poco conocida, se contempla en términos imperativos en el artículo 117 del TRLCSP, en cuyos apartados 4 y 5 se admite como pruebas *“un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado”*. El artículo 44 de la Directiva 2014/24 regula los informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba, advirtiendo que cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados establecidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por los poderes adjudicadores. Esta cuestión se desarrolla en los artículos 127 (etiquetas) y 128 (informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba) del anteproyecto de LCSP.

En resumen, se plantea promover la máxima concurrencia estableciendo unas prescripciones técnicas claras y adecuadamente detalladas, y evitando el pre-diseño del adjudicatario con unas especificaciones técnicas que favorezcan a determinado empresario, exigiendo al redactor un informe específico en el que asevere que los requerimientos técnicos no restringen la competencia y señalando en el PCAP que se admitirá cualquier oferta que acredite que los bienes o servicios que propone cumplen de forma equivalente las prescripciones técnicas.

A.7. Consultas previas al mercado “transparentes” para determinar el objeto de los contratos.

Para redactar los documentos técnicos que definen el objeto y precio de los contratos, es a veces necesario conocer las disponibilidades reales del mercado, el posible alcance de las prestaciones que se pretenden contratar o su importe, por lo

²⁹³ En este sentido, el Acuerdo del TACP de la Comunidad de Madrid nº 9/2012, de 25 de enero rechazó la exclusión de una oferta que había sido excluida por la mesa por no reunir las características idénticas que exigía el PPT, pero que cumplía de forma equivalente las exigencias del PPT. El PPT exigía para el lote 8 una serie de requisitos mínimos entre los que se encuentra el de las longitudes de la endoprótesis biliar metálica sin recubrimiento a suministrar, exigiendo que la misma se presente en *“Varias longitudes (40-100mm) aprox.”* *“Pues bien, a la luz de todo lo anterior este Tribunal considera que no puede apreciarse incumplimiento por parte de la recurrente de las prescripciones técnicas previstas en el PPT que justificase su exclusión del procedimiento de licitación, puesto que como es patente, ofertó un producto con tres longitudes 40-60-80 mm, la menor de las cuales coincide con la menor exigida por el Pliego y siendo la mayor de las ofrecidas solo 20 mm inferior a la exigida como máximo por el PPT, de manera que de forma aproximada como exige el Pliego se cumplen las medidas mínimas y máximas exigidas. Como consecuencia de ello este Tribunal considera que la exclusión de la recurrente por no cumplir el PPT no es ajustada a Derecho, sin perjuicio de la ulterior valoración del producto por parte de los técnicos a la vista de las medidas ofertadas”*.

que no es infrecuente que los redactores de los documentos técnicos y/o administrativos consulten de manera informal a contratistas habituales o que hayan realizado contratos similares para otro poder adjudicador. Estas consultas colocan al interpelado en una situación de ventaja, pues conoce al menos la intención de la entidad consultante de licitar un contrato determinado. Esta ventaja puede aún ser mayor si además al contratista se le solicitan datos concretos de precios, productos o forma de prestación, que luego se incorporen como condiciones técnicas de los productos o de ejecución del contrato. Es por ello imprescindible garantizar la realización de consultas informales a posibles contratistas para definir datos de los contratos, ofrezcan a los consultados ventajas con respecto al resto de potenciales licitadores, colocándolos en una situación de privilegiada información para el ulterior procedimiento de contratación. Las consultas al mercado son necesarias en otras ocasiones, para determinar el valor estimado de un contrato, que el artículo 88.2 TRLCSP (arts. 5 D. 2014/24 y 101 ALCSP) exige que sea adecuado a los precios habituales en el mercado.

El efecto distorsionador de la competencia que puede suponer el conocimiento previo de una futura licitación y sus condiciones, está detrás de la prohibición que regula el artículo 56 del TRLCSP. Este precepto no permite que concurra a una licitación a *“quien haya participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”*.

No obstante, la prohibición de concurrir a una licitación por quien ha participado de alguna manera en la redacción de los documentos técnicos no es absoluta. La JSCA de la Generalitat Valenciana recuerda en su informe 8/2014 de 24 de noviembre, que no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos para ser excluido de la licitación; es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor. Apoya su argumentación en la STJUE de 3 de marzo de 2005 (Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, Fabricom S.A.), que precisa que debe concederse a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia. Cita también el informe de la Junta valenciana la STS de 24 de noviembre de 2004, que señala: *“El texto del artículo 53.3 es claro y explícito: no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos sometidos a la Ley 13/95 para quedar excluido de la licitación; es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor. Y ponderando las circunstancias concurrentes en autos, este Tribunal no ha llegado a dicha conclusión, aceptando, por el contrario, la tesis de la parte recurrente de que a través de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar*

un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan". Este criterio se contempla ahora en el apartado final del artículo 41 de la Directiva 2014/24, que exige que *"Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia."*

Esta prohibición se recoge también en el artículo 41 de la Directiva 2014/24, incorporado como artículo 70 en el Anteproyecto de LCSP. El nuevo artículo da la vuelta a la redacción del 56 del TRLCSP, quizá con el objetivo de favorecer la máxima concurrencia posible, también manifestación, como se ha señalado repetidamente, del principio de transparencia. Para conjugar concurrencia con igualdad de trato, el artículo convierte la excepción en regla, y establece que la exclusión solo procederá, previa audiencia al afectado, cuando *"no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y la salvaguarda de la libre concurrencia"*. No obstante, se establece otra cautela: *"Con esta finalidad el órgano de contratación comunicará a los demás candidatos o licitadores la misma información a la que tuvo acceso el candidato o licitador que participó en la fase preparatoria y establecerá plazos adecuados para la presentación de ofertas."* El nuevo artículo 70 amplía la prohibición muy acertadamente a las empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, y a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, aunque sólo si *"dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras"*. Esta prohibición es especialmente necesaria en los contratos de obras cuando los proyectos han sido redactados por consultoras externas al órgano de contratación (arts. 310-312 TRLCSP), y enlaza con la prevista en el artículo 56.2 en relación con los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, que no pueden ser adjudicados a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni las empresas vinculadas a éstas. Estas prohibiciones tienen su excepción en el procedimiento del diálogo competitivo, pues en este precisamente quien ha sido seleccionado para elaborar los pliegos técnicos luego participará en el procedimiento para adjudicar el contrato, aunque también se exige en este caso que todos los participantes reciban un trato igual y no discriminatorio (art. 182 TRLCSP; art. 30 D. 2014/24 art. 173 ALCSP).

Volviendo a las consultas previas a los operadores en el mercado, ha de evitarse también en ellas incurrir quien las realice en «conflicto de intereses», regulado en los artículos 24 de la Directiva de concesiones, 35 de la Directiva de concesiones y

artículo 64 del ALCSP, que exigen la adopción de medidas para evitar tal conflicto. En el apartado A.10 se aborda esta cuestión.

La Directiva 2014/24 regula en su artículo 40 las «consultas preliminares al mercado», si bien de manera muy parca, pues se limita a indicar la posibilidad y objetivo (preparar la contrato e informar de la futura contratación a los operadores económicos), y establece la limitación obvia de que no pueden tener como efecto que la competencia se vea falseada ni vulnerar de cualquier otra manera los principios de no discriminación y transparencia²⁹⁴. Esta falta de precisión de la forma de realizar estas consultas para garantizar que se realizan de manera transparente se repite en el ALCSP.

El IJCCA de Cataluña 19/2014, de 17 de diciembre, sobre “Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad”, considera como buenas prácticas ya aplicables actualmente, en los términos expuestos en la las consideraciones de este Informe, las previsiones de la Directiva 2014/24/CE relativas a efectuar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos sobre sus planes y sus requisitos de contratación, si bien solo apunta que puede ser una *“pieza fundamental de una adecuada planificación y preparación de los procedimientos de contratación pública”*, sin realizar ninguna consideración a cómo instrumentar esas consultas de manera que *“no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.”*

El artículo 115 del anteproyecto de LCSP nada añade a esta posibilidad, y nada indica de cómo realizar estas consulta de manera que no supongan una ventaja comparativa de las empresas consultadas frente al resto, discriminación que sin duda se producirá simplemente con que las empresas consultadas conozcan la planificación de un contrato por parte de un poder adjudicador antes que otras posibles competidoras en la licitación.

La «Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación», elaborada por la Plataforma de la contratación de innovación de la Comisión Europea, 23 de junio de 2014, desarrolla cómo realizar una consulta

²⁹⁴ Art. 40 D. 2014/24: “Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar 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.”

preliminar al mercado, da recomendaciones para realizar estas consultas y las cautelas a adoptar para evitar distorsiones de la competencia. También recuerda esta Guía que sólo se debe excluir a los participantes en la consulta si no hay otro medio de asegurar la igualdad de trato, y se debe dar a éstos la oportunidad de probar que no es así²⁹⁵.

Ante la parquedad normativa apuntada, es necesario articular en los pliegos, partiendo por ejemplo del modelo de la citada Guía, un mecanismo objetivo y abierto, transparente, para que todas las empresas interesadas puedan participar en esas consultas, y que todas dispongan de la información solicitada y conozcan las empresas a las que se han realizado las consultas o que han tomado parte en estafase. Un medio efectivo para tratar de garantizar que esas consultas no tengan un efecto distorsionador de la competencia o dar lugar a cualquier otra vulneración de los principios de no discriminación y transparencia, es publicar en el perfil de contratante la intención de realizar esas consultas, dando opción a cualquier empresa que lo solicite de tomar parte en las mismas y posteriormente publicar el listado de las que finalmente hicieron sus aportaciones, y qué datos del contrato se han precisado a la vista de las respuestas recibidas.

A.8. Proporcionalidad, precisión y sencillez para acreditar la solvencia o clasificación de los contratistas.

Para concurrir a una contratación con el sector público es necesario disponer de unos requisitos mínimos de solvencia económica, financiera y técnica (o clasificación en los contratos de obras o servicios en los que rsea exigible), lo que supone una limitación a la libre concurrencia, con el argumento de que es necesario acreditar que los operadores económicos²⁹⁶ disponen de unos recursos suficientes para ejecutar el contrato en las condiciones de calidad y plazo previstas en los pliegos. Unos requerimientos de solvencia desmedida supone una restricción a la competencia que no está justificada por el objetivo que esta salvaguarda persigue, y por lo tanto resultan contrarios al principio de transparencia, principio que también puede verse transgredido si los medios para acreditarla son difíciles de entender o presentar por las pequeñas empresas.

Desde la óptica de la corrupción, no se escapa que la exigencia de determinados requisitos de solvencia pueden utilizarse como los méritos en un concurso para optar a una plaza, ajustándolos a los que cumple la empresa afín, exigiendo por

²⁹⁵ Esta Guía da recomendaciones como realizar un anuncio al respecto en la red, conservar un archivo con la información, ser cautelosos con la confidencialidad, compartir la misma información con otros operadores, y dar un plazo adecuado para la preparación de las ofertas.

²⁹⁶ Es importante tener en cuenta que el concepto de "operador económico" incluye a las administraciones públicas, que pueden ser por lo tanto adjudicatarios de contratos (STJUE 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14).

ejemplo haber ejecutado determinado número de contratos, disponer de unos medios personales o materiales muy concretos, una cifra de negocios muy específica, etc. Y también con la clasificación puede actuarse para beneficiar a determinadas empresas, utilizando indebidamente la subdivisión en subgrupos o las categorías. Se ha de conocer por lo tanto adecuadamente como operar con estas instituciones para que su utilización indebida o torticera no suponga una restricción injustificada a la libre competencia.

Sobre esta cuestión, el considerando 83 de la Directiva 2014/24 señala lo siguiente: *"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. Los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. En particular, los poderes adjudicadores no deben estar autorizados a exigir a los operadores económicos un volumen de negocios mínimo que no sea proporcional al objeto del contrato."*

Un caso singular de quebrantar el principio de libre competencia desde la limitación de los potenciales licitadores es el resuelto por la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad nº 1884-2013, que declara inconstitucional el artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, por la preferencia que otorga para optar a la gestión privada de hospitales a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, por ser contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas. En relación con esta misma actividad, el informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España constató que los procesos de externalización de la gestión sanitaria llevados a cabo por las Comunidades Autónomas han registrado, por lo general, una participación alarmantemente reducida de empresas, apuntando entre otras causas, la exigencia de *"unos requisitos de participación muy restrictivos"*²⁹⁷.

El artículo 54 del TRLCSP exige que para poder contratar con el sector público, las personas naturales o jurídicas, además de tener capacidad de obrar y no estar incursas en prohibición de contratar, dispongan en su caso de la habilitación profesional o empresarial exigible, *"acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas"*. Esta exigencia mantiene su apoyo en las nuevas Directivas (artículos 58 D. 2014/24; 38 D. 2014/23) y se incorpora al artículo 65

²⁹⁷ Este informe de la CNCM está accesible en https://antonioariasrodriguez.files.wordpress.com/2014/12/cnc_informe-sanidad_indexado.pdf

del Anteproyecto de LCSP en términos idénticos. Se trata de un requisito de selección de los contratistas que trata de asegurar que sólo pueden presentar su oferta a un procedimiento de contratación “*los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato (...) y la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad*” (art. 58.3 y 4 D. 2014/24).

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben establecer unos requisitos “mínimos” de solvencia (art. 62.2 TRLCSP; 58.5 D. 2014/24; 38 D. 2014/23; 74.2 ALCSP), por debajo de los cuales se presume que las empresas no disponen de los recursos económicos y materiales para poder ejecutar el contrato con las exigencias de calidad y plazos que se demandan, por lo que no se les permite formular una oferta en esa contratación. En nuestro país, de momento, este requisito se sustituye por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible en función de la cuantía de los contratos (actualmente 500.000€ en obras art. 65.1 TRLCSP, art. 77 ALCSP, art. 11 del RGLCAP en la redacción dada por el RD 773/2015, que prevé el carácter opcional para los contratistas de justificar su solvencia mediante la clasificación en los contratos de servicios de cualquier cuantía y de obras de importe inferior²⁹⁸).

Como se ha apuntado, el establecimiento de estos requisitos de “selección previa” actúa como freno a una competencia libre, ilimitada. Por ello, la jurisprudencia reclama para el establecimiento de dichos requisitos una exigencia básica: frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de “*libertad con idoneidad*” (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 -RJ 1987, 8685-; de 27 de mayo de 1998 -RJ 1998, 4196-; o de 20 de febrero de 2012 -JUR 2012,81268-), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre competencia (STJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999). Este criterio se mantiene en la RTACRC

²⁹⁸Se zanja así una cuestión que resultó polémica, la obligatoriedad o no de la clasificación en los contratos de servicios de cuantía superior a 200.000€, ante las sucesivas modificaciones en el año 2013 del artículo 65 y la DT 4ª del TRLCSP (por las Leyes 14/2013 y 25/2013); entendimos que era aún obligatoria en los siguiendo el criterio de la Abogacía del estado en su Circular 1/2014, de 4 de febrero de 2014. Puede verse el trabajo “Objetivos, problemas y posibles soluciones de las últimas modificaciones de la normativa de contratos”, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la Revista de Estudios Locales CUNAL, edición digital, N° 170, julio 2014. <http://publicaciones.revistacunal.com/publication/53a3c61e/>. La RTACP de Andalucía 198/2015, de 26 de mayo, mantiene ese criterio.

Ayuda a entender el nuevo régimen de las clasificaciones tras el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del RGLCAP, la Circular informativa 1/2015, de 1 de octubre de 2015, de la JSCA de Valencia, sobre los cambios introducidos por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

66/2015, de 20 de enero, que aplica esa doctrina en relación con la titulación exigida como solvencia técnica para un contrato²⁹⁹.

El artículo 62.1 del TRLCSP (74.2 ALCSP) impone que la solvencia exigida ha de estar vinculada y proporcionada al objeto del contrato (art. 58.1 *in fine* D. 2014/24), proporción que también ha de guardarse en relación con el importe del contrato, debiendo en todo caso garantizar una competencia real (art. 38.1 D. 2014/23). En cuanto a la clasificación, esta ha de ajustarse a la determinaciones establecidas, siendo a estos efectos especialmente importante respetar las reglas establecidas para fijar la de clasificación en subgrupos y categoría, categoría que ha de adaptarse a la cuantía y plazo parcial de ejecución de los subgrupos que se exijan (artículos 36.7 y 39.4 del Real Decreto 1098/2001, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, actualmente en fase de revisión³⁰⁰).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 36/07, de 5 de julio de 2007) ha precisado que los criterios de solvencia han de cumplir cinco condiciones:

- que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato,
- que sean criterios determinados,
- que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato,

²⁹⁹ La RTACRC 66/2015, en relación con un contrato servicio de apertura y atención al público de la Oficina Municipal de Turismo y de seis Museos Municipales en Lugo, sobre la titulación exigida como solvencia técnica, reitera que *“debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,6693)). En este sentido, en la STS de 22 de abril de 2009 (RJ 2009,2982) se afirma lo siguiente: “[...] Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues [...] la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”*.

³⁰⁰ La categoría atribuida cada contratista por la JCCA relaciona el importe del contrato con el importe anual ejecutado por las empresas en los últimos tres –servicios- o cinco años –obras. La categoría que se ha de exigir no es la correspondiente al importe total del contrato, sino que cada subgrupo ha de tener la categoría correspondiente al importe y plazo de ejecución del mismo. Esta regla se mantiene tras la modificación del RGLCAP.

- que se encuentren entre los enumerados en los citados artículos según el contrato de que se trate y
- que, en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio³⁰¹.

Estos requisitos para el válido establecimiento de los criterios de solvencia, recordados literalmente en la RTACRC 184/2011 en relación con el artículo 52.2 de la LCSP 30/2007, siguen siendo igualmente válidas para la regulación actual (62.2 del TRLCSP) y para la futura de mantenerse la redacción del artículo 74 del anteproyecto de la LCSP. La RTACR de Andalucía 198/2015, de 26 de mayo de 2015, reitera de manera más simplificada esos requisitos: a) deben figurar en el PCAP y en el anuncio de licitación, b) ser determinados y proporcionales (relacionados con el objeto, duración e importe del contrato), c) encontrarse entre los medios establecidos en la Ley y d) no pueden producir efectos discriminatorios. El mismo Tribunal andaluz remarca en su Resolución 237/2015, de 7 de julio, que en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarios solventes.

La exigencia de adecuación al objeto de contrato y proporcionalidad de los criterios de solvencia ha sido reclamada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varios pronunciamientos: STJUE de 27 de octubre de 2005, Asunto C-234/03³⁰², STJUE de 18 de octubre de 2012, Asunto C-218/11.

Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales se han enfrentado a demandas por criterios de clasificación o solvencia desproporcionadas, y por lo tanto restrictivos de la concurrencia, anulando en esos casos los procedimientos de contratación. Así la RTACRC 81/2012, de 30 de marzo; RTACRC 438/2014; el ATACP Aragón 9/2014 ó 58/2014, de 1 de octubre. Recuerda el Tribunal aragonés que las condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, además, de tener que estar vinculadas al objeto del contrato, deben ser proporcionales al mismo, por lo la exigencia de una solvencia desproporcionada o no vinculada con el objeto el contrato supone una restricción indebida de la

³⁰¹ IJCCA 36/07: “del citado artículo se pueden extraer las condiciones a las que han de sujetarse los criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación: que figuren en el pliego del contrato y en el anuncio de licitación; que sean determinados; que estén relacionados con el objeto y el importe del contrato; que se encuentren entre los establecidos en La Ley según el contrato de que se trate; y además, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, que en ningún caso dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios”.

³⁰² Analiza la exigencia de disponer de una oficina en la localidad dónde se iba a ejecutar el contrato, y señala al respecto “si bien la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, por mucho pudiera considerarse adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición a cumplir durante la ejecución del contrato, requiriéndose en fase de adjudicación únicamente el compromiso de tenerla.”

competencia que quiebra el principio de igualdad de trato inherente a toda contratación pública, y por lo tanto invalida el procedimiento de contratación³⁰³. El ATACP Madrid 142/2014, de 31 de julio recrimina igualmente el establecimiento de requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. También se han anulado los requisitos de solvencia no relacionados directamente con el objeto del contrato, como en el caso resuelto por la citada RTACRC 102/2012, de 9 de mayo, sobre suministro de maquinaria para la Guardia Civil: *“la exigencia (...) del pliego de cláusulas administrativas particulares de certificaciones que no se corresponden con el objeto del contrato infringe los principios de igualdad y no discriminación, así como de las reglas de libre concurrencia.”*³⁰⁴. La RTACRC 65/2015, de 20 de enero, considera que la exigencia como requisito de solvencia técnica “sine qua non” (en el caso juzgado un determinado certificado de calidad, sin que puedan aportar los licitadores, otros certificados y otros medios de prueba), determina la nulidad de las cláusulas del pliego, al no haber admitido la posibilidad de aportar otros certificados “equivalentes”. Precisa esta resolución que corresponde a la Mesa de contratación la competencia para determinar si tal equivalencia concurre o no en cada caso³⁰⁵.

Los requisitos de solvencia, además de ser proporcionados al objeto y cuantía del contrato, han de establecerse de manera que sean sencillos de aportar por los licitadores, y a la vez de comprobar por la Mesa de contratación. Pedir el volumen global de negocio en las cuentas anuales a que se refiere el artículo 75 del TRLCSP puede resultar inmanejable cuando se trata de grandes empresas, como inútil puede resultar una mera declaración genérica de una entidad financiera (una

³⁰³ El ATACP de Aragón 58/2014 señala que como requisito de solvencia se podría *“de haber exigido única y exclusivamente la redacción de un proyecto técnico de edificio público o privado con presupuesto de ejecución material superior a 2 000 000,00 €, pero no de tres proyectos cada uno de ellos por importe superior a 2 000 000,00 € (es decir, se está exigiendo acreditar, en los últimos cinco años, la redacción de al menos tres proyectos técnicos de edificios públicos o privados por un mínimo global de seis millones de euros), para una obra cuyo presupuesto de ejecución material es de 3 309 452,02 €. Esta exigencia resulta por tanto desproporcionada y carente de justificación desde la óptica de la correcta prestación del contrato que se licita, supone una restricción indebida del mercado y de las reglas de la competencia, por lo que existe quiebra del principio de igualdad de trato inherente a toda contratación pública.”*

³⁰⁴ La Resolución estima que *“no procede exigir las certificaciones ISO 9001:2008, ISO 14001:2004 y EN-9100:2003, y PECAL/AQAP 2110 diseño, desarrollo producción, instalación y servicios de postventa de otros equipos que no sean precisamente para el apoyo de aeronaves en tierra por no corresponderse con el objeto contractual”*.

En línea similar, la RTACRC 48/2015 de 20 de enero señala que para establecer una cualificación mínima del equipo multidisciplinar, la exigencia de una determinada titulación profesional en exclusividad, debe obedecer a una reserva legal efectiva.

³⁰⁵ Se exigían en concreto en el pliego en cuestión de manera taxativa los siguientes: presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma UNE ISO 9001. Gestión de calidad. Presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma UNE EN ISO 14001. Sistema de gestión ambiental. Presentación del certificado acreditativo del cumplimiento de la norma OHSAS 18001).

declaración que no sea “adecuada”, como apunta, sin más detalles, el artículo 75.1.a del TRLCSP). Por ello se ha de acudir a medios más sencillos de acreditar y apreciar, como el “volumen global de negocios” (modelo 390 de la declaración de Hacienda); relaciones de contratos similares, o titulación y experiencia de determinado personal, y no de todo el de la empresa.

Ha de tenerse siempre presente que el objetivo de los criterios de solvencia es que realmente sirvan para verificar la capacidad de trabajo de la empresa. En este sentido es bien elocuente el IJCCAE 78/2009, de 23 de julio de 2010 cuando señala que *"debe tenderse a excluir la presentación de declaraciones apropiadas de entidades financieras si éstas no versan sobre la situación financiera y patrimonial de los licitadores referida al contrato, ya que la mera referencia a que la empresa cumple con sus obligaciones no indica los elementos necesarios para constatar que dispone de recursos financieros que le permiten cumplir la obligación que asumen si se les adjudica el contrato"*.

Las nuevas Directivas y previamente la reforma de los artículos 65 y 75 a 78 del TRLCSP operada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, llevan a cabo una reducción y simplificación de los requisitos cuantitativos de solvencia y su forma de acreditación. Así, en el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24 se limita el volumen de negocio exigible como solvencia económica, como máximo, al doble del valor estimado del contrato (porcentaje incorporado al art. 87.1.a del ALCSP)³⁰⁶, y se precisa que en el caso de preverse la adjudicación del contrato por lotes (como debe ser la regla general salvo que se justifique su improcedencia, art. 46 D. 2014/24; art. 46.3 ALCSP), se ha de adaptar esa cuantía al valor de cada lote. La Ley 25/2013 eleva las cuantías de los contratos para los que es exigible disponer de clasificación, y simplifica la forma de acreditar los medios de solvencia y amplía de 3 a 5 y de 5 a 10 los años precedentes de los que puede justificar la ejecución de obras similares, preceptos que entraron en vigor con el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, de modificación del RGLCAP³⁰⁷.

³⁰⁶ El considerando 83 de la Directiva 2014/24 motiva esa limitación apelando a facilitar la participación a las pymes en la contratación pública. Este porcentaje del doble del valor estimado del contrato se ha considerado aplicable en la RTACRC 79/2015, de 23 de enero. Señala este tribunal que ante la ausencia de una fórmula matemática que permita sentar un criterio general en la delimitación de la proporcionalidad entre el objeto del contrato y la solvencia económica y financiera exigible para su ejecución, se ha considerado aplicable, la previsión del artículo 58.3 de la Directiva 2004/24/UE, que permite exigir una cifra de negocios anual de hasta dos veces el valor estimado del contrato.

³⁰⁷ Por Acuerdo de 23 de julio de 2014 de la Comisión Conjunta de Clasificación de Contratistas de Obras y de Servicios de la JCCAE, en aplicación de criterios de clasificación de La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, se amplía a diez años, en el caso de empresas clasificadas como contratistas de obras, y a cinco, en el caso de las clasificadas como contratistas de servicios, el plazo de cómputo de la experiencia en trabajos propios de los grupos y subgrupos en los cuales se encuentran clasificadas, a los efectos de justificación del mantenimiento de su solvencia técnica como contratistas de obras o de servicios respectivamente.

De acuerdo con lo expuesto, en aras a una mayor transparencia y apertura de competencia, en los pliegos ha de establecerse con precisión el *quantum* de solvencia:

La cifra exacta de volumen de negocios que se ha declarado, que entendemos no debería superar el precio del contrato, puesto que la necesidad de recursos económicos propios que una empresa necesita inmovilizar o apalancar para ejecutar un contrato no tiene que ser en general equivalente al precio de éste (muy especialmente si se admiten abonos anticipados, a cuenta, art. 216.3 TRLCSP), dado que lo usual es que el contratista reciba pagos periódicos a medida que se va ejecutando el contrato (en el plazo máximo de 30 días, por exigencia de la LMLCMOC 3/2004, de 29 de diciembre), y que sus pagos a proveedores tampoco sean anticipados totalmente, con lo que sólo el abono de los salarios de la primera o dos primeras mensualidades pueden tener que ser adelantados por el adjudicatario.

En cuanto a la acreditación de la solvencia en función de la experiencia en contratos similares, se ha de concretar en el pliego cuando se entiende que concurre esa similitud de objeto contractual e importe. El TACRC se ha ocupado de esta cuestión en las Resoluciones 150/2013, de 18 de abril y 33/2015, de 14 de enero. Recuerda este Tribunal que la acreditación de la solvencia mediante la realización de actuaciones de similar naturaleza a la del objeto del contrato, no exige identidad, sino similitud o semejanza, de forma que permita concluir que el que realizó aquellos trabajos tiene capacidad para ejecutar el objeto del contrato licitado. Pero señala que apreciar esa “similitud” requiere una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos que ha de realizar la Mesa, pues a ella le corresponde resolver sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica (artículos 82 del RLCAP y 22.1.a) y b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público -en adelante RD 817/2009-). Fijar criterios objetivos en los pliegos para apreciar la “similitud” puede simplificar el trabajo de la mesa y evitar posibles discrepancias interpretativas que perjudican la necesaria igualdad de trato, además de permitir a las empresas de antemano saber si los contratos por ellas realizados reúnen o no los requisitos de “similitud” exigidos. Así, por ejemplo, se puede indicar que se entenderá por “contratos similares” aquellos cuyas prestaciones sean coincidentes al menos en un 50% a las que son objeto de esta contratación y un presupuesto total de ejecución que no sea inferior a un 50% del que es objeto de licitación, u otra objetivación más precisa en función del contrato de que se trate.

Otra cuestión que es conveniente tratar en los pliegos para mejorar la transparencia es la posibilidad de acreditar la solvencia por medios externos, facultad que permite el artículo 63 del TRLCSP “*independientemente de los vínculos*

que tenga con ellas” (lo que incluye el compromiso de subcontratar³⁰⁸) (art. 38.2 D. 2014/23; art. 75 ALCSP³⁰⁹), y que el RTACRC 4/2015 de 9 de enero, entiende que es aplicable tanto a la solvencia económica como profesional y técnica. Es necesario concretar en el pliego la solvencia que como mínimo han de acreditar los licitadores con sus propios medios o recursos. Aunque hay discrepancias entre los TARC en cuanto a la existencia o no de límites en cuanto a la integración de solvencia con medios ajenos, nos inclinamos por la posición que defiende la necesidad de disponer de un mínimo de solvencia con medios propios, dado que entendemos es lo que se deduce de la literalidad del artículo 54.1 del TRLCSP (“su solvencia”) y 13.1 del RGLCAP (alta en el IAE en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, postura mantenida por el TACRC (R 117/2012, 273/2013; RTARC de Andalucía de 17 de diciembre de 2013)³¹⁰.

Esa aclaración en el PCAP se ha de hacer también para el caso de que concurren empresas integradas en una unión temporal (art. 59 TRLCSP; At. 19.2 y 3 D. 2014/24; art. 26.2 y 3 D. 2014/23; art. 69 ALCSP), dado que es igualmente necesaria que todas las empresas estén clasificadas como empresas de obras o servicios (art. 52. RGLCAP) y dispongan de una solvencia mínima para poder acumularla (STJUE de 10 de octubre de 2013, C-94/12³¹¹; RTACRC 117/2012;

³⁰⁸ El IJCCA 10/08, de 12 de septiembre de 2008 analiza la acreditación de la solvencia de las empresas por medios que pertenecen a otras empresas y admite la posibilidad de suplir la solvencia por medio de un compromiso de subcontratación de una parte del contrato. En el mismo sentido la RTACRC 273/2013: el artículo 63 del TRLCSP, permite completar la solvencia y clasificación del licitador con la de su futuro subcontratista.

La eliminación del segundo párrafo del artículo 65.1, que regulaba la posibilidad del compromiso de subcontratar las prestaciones del contrato que requieran determinada habilitación, en la modificación de este precepto realizada por La Ley 25/2013 puede dar lugar a dudas a la pervivencia de tal posibilidad. Para ROMAR VILLAR, Juan Carlos, la supresión de ese párrafo “no impide tal interpretación sino, bien al contrario, la facilita”, en el artículo «La integración de la clasificación del licitador con la de su subcontratista» publicado en el ObCP el 17/11/2014.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.176/recategoria.121/re/menu.3/chk.ad59cd66667875932ab30ed4ae8f5cd3>

³⁰⁹ También recogida en la Directiva 2004/18, con el respaldo de la jurisprudencia del TJCE, STJCE de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/98, que posibilitaba que una empresa pueda acreditar su solvencia por medio de las capacidades de empresas externas a ella, siempre que efectivamente tenga la disponibilidad de los medios. Este criterio es mantenido en la STJUE de 10 de octubre de 2013, asunto C-94/12.

³¹⁰ El criterio contrario es defendido por BUDRÍA ESCUDERO, Ana, en el artículo “La Acreditación de la solvencia por medios externos”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº especial agosto 2013, pág. 551, con base en el IJCCA de Aragón que 29/2008, de 10 de diciembre y la STJUE de 18 de octubre de 2012, Asunto C-218/11.

³¹¹ STJUE de 10 de octubre de 2013, C-94/12, Reagrupamiento Temorneo de imprese, “*la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate*”.

686/2014; 914/2014, de 12 de diciembre³¹²), resulta clarificador establecer en el pliego de cláusulas administrativas ese mínimo de solvencia que se exige a cada empresa que integra la UTE³¹³, y qué solvencia se considera o no susceptible de ser completada con medios externos o con la subcontratación, pues parece que no hay aún un criterio uniforme en los tribunales, como ha analizado I. GALLEGO CÓRCOLES³¹⁴.

Por lo que respecta a la exigencia de solvencia adicional a la clasificación en el caso de ser esta exigible, ha de utilizarse de manera muy excepcional por cuanto restringe aún más la concurrencia, y se cuestiona su encaje legal³¹⁵. El TACRC que lo admite, recopilando su doctrina en la Resolución 782/2014, de 24 de octubre en el caso de solvencia técnica adicional a la clasificación para acreditar el cumplimiento de estas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental. Considera el Tribunal que la inscripción en estos Registros oficiales –que es el

³¹² RTACRC 117/2012, rec. 092/2012: "Así, de la interpretación conjunta de los artículos 52 y 43.1 de la LCSP, se ha de considerar que, aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1, por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP. Corresponde pues 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 medios de otras entidades, la documentación que se requiere para acreditar que disponen efectivamente de esos medios. Asimismo corresponde a la mesa de contratación comprobar si, a la luz de la documentación presentada por los licitadores, se acredita suficientemente que cuentan con la aptitud necesaria para la ejecución del contrato."

³¹³ El criterio contrario ha sido mantenido por la JCCA en su informe 46/99 de 21/12/1999, en el que, apelando al artículo 24 del RGLCAP, considera que todos los componentes de la UTE debían reunir todos los requisitos de solvencia técnica y financiera señalados en el PCAP. El IJCCA 29/10 de 24/11/2010 parece va en esa línea: que se pueden sumar las solvencias técnicas de todos los miembros de la futura UTE para alcanzar la solvencia técnica total que exige el PCAP, pues concluye que: "1º. Los certificados acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de calidad o de gestión medioambiental sólo garantizan esta circunstancia respecto de la empresa y la actividad de ésta para las cuales se han expedido. 2º. Las circunstancias acreditadas por tales certificados no se acreditan respecto de otras empresas aunque pertenezcan al mismo grupo, ni pueden servir para acreditar el cumplimiento por parte de las restantes que forman parte de una unión temporal de empresas".

³¹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, "De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos"; revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 139, Septiembre 2015, Editorial La Ley.

³¹⁵ El artículo 312 del Reglamento General de Contratación, preveía que los pliegos pudiesen añadir otros requisitos acreditativos de la "capacidad jurídica, técnica o financiera" de los licitadores (de obras contratos de obras): La STS de 15 de julio de 1996 se ampara en ese precepto para admitirlo, aunque especificó que "tales criterios objetivos han de ser precisos, justificados y habrán de tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios, experiencia en modernas tecnologías, programación de la obra, instalaciones disponibles y criterios análogos". MESTRE DELGADO, Juan Francisco, citando esa sentencia, considera admisible la posibilidad de exigir determinados requisitos de solvencia adicionales a la clasificación, en "La contratación con la Administración Pública: La solvencia económica, financiera y técnica como requisito previo", publicado el 26/9/2012 <http://portaljuridico.lexnova.es/>

medio de prueba de la existencia de la clasificación- no justifica el concreto nivel de solvencia técnica que puede requerirse para un contrato, pues el artículo 83.1 del TRLCSP sólo señala que la clasificación acredita al “solvencia financiera y técnica”³¹⁶.

En el caso de contratos mixtos (art. 12 TRLCSP, muy ampliado en el artículo 18 del ALCSP), se ha de precisar igualmente en el pliego la clasificación o solvencia exigida para cada prestación singularizada (RTACRC 594/2014, de 30 de julio de 2014³¹⁷).

Finalmente, se ha de ser también especialmente cautos con la aplicación de la posibilidad de exigir, además de la solvencia, que el adjudicatario dedique o adscriba determinados medios materiales o personales específicos para la ejecución del contrato, posibilidad que permite el apartado 2 del artículo 64 TRLCSP (con idéntica regulación en el 76.2 del ALCSP). Por esta vía se pueden establecer nuevas restricciones no justificadas a la libre concurrencia, como determinadas exigencias de arraigo territorial del contratista (como disponer de locales u oficinas antes de la adjudicación, ya rechazado por la STJUE de 27 de octubre de 2005, Asunto C- 234/03, o el domicilio social, rechazado por el IJCCAE 9/09 o la RTACRC 291/2015³¹⁸). Como recuerda el TARC de Aragón en su Acuerdo

³¹⁶ Concluye esta RTACRC 782/2014 que “*Si la clasificación excluyera toda posibilidad de exigir una condición adicional de solvencia técnica como la que constituyen los certificados de calidad que ahora nos atañen, se habría incluido una mención expresa a que la inscripción acredita igualmente dicha solvencia técnica, al igual que se hace con la económica y financiera. Lo único que no es admisible, pues, es que a las empresas clasificadas se les pida, adicionalmente, otra forma de justificar su solvencia económica, pero nada más*”. Señala esta resolución que “*no compartimos, pues, el parecer del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León (RTARCCYL 63/2013), y asumimos, por el contrario, el del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que, en Resolución 54/2014, no es incompatible con que los Pliegos puedan imponer la necesidad de acreditar el cumplimiento de estas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental incluso cuando es preceptiva la oportuna clasificación. Así lo sostuvimos en nuestras Resoluciones 143/2012 y 70/2013, cuya fundamentación hoy reiteramos.*”

³¹⁷ Señala esta RTACR 594/2014: *En los contratos con pluralidad de prestaciones, resulta posible pedir una doble clasificación en subgrupos diferentes: Como hemos visto, las prestaciones del contrato son mixtas; y si bien en alguna Resolución hemos apuntado en estos casos la misma solución que al supuesto de los contratos mixtos propiamente dichos dada por el art. 12 del TRLCSP (clasificación según prestación de mayor importe económico), en nuestro supuesto no puede deducirse de la documentación contractual el importe económico relativo de una y otra prestación, y además ya apuntábamos "obiter dicta" en la Resolución 243/2011 que no era descartable en estos casos que se pidiera una doble clasificación en un subgrupo diferente.*

Isabel GALLEGO CÓRCOLES analiza este tipo de contratos en el trabajo “Contratos de objeto múltiple”, Contratación Administrativa Práctica, Nº 136, marzo 2015, Editorial La Ley.

³¹⁸ IJCCAE 9/09, de 31 de marzo de 2009, concluye que “*el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público*”.

RTACRC 291/2015, de 30 de marzo de 2015. El arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público “*el establecimiento de un criterio de aptitud como es el lugar de residencia de las empresas licitadoras en una determinada*

9/2014, la adscripción de medios se configura como un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida que no puede convertirse en una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, siendo una obligación accesoria del contrato respecto de la obligación principal. Ha de tenerse en cuenta que en fase de apreciación de la solvencia basta con que conste que se ha presentado el compromiso de adscripción de medios para ser admitido a licitación, habiendo de acreditarse su efectiva adscripción con carácter previo a la adjudicación, como señala expresamente el artículo 151.2 del TRLCSP (art. 148.2 ALCSP); supuesto analizado por las RTACRC 711/2014, de 26 de septiembre y RTACRC 735/2014, de 3 de octubre.

Para cerrar este apartado dedicado a la solvencia y clasificación, procede recordar que la misma debe requerirse sólo al adjudicatario, siendo suficiente que para concurrir a la licitación se solicite solamente una declaración responsable, medida ésta de simplificación introducida por la Ley 14/2013, precisamente para facilitar la concurrencia, especialmente de las pequeñas y medianas empresas, y que extiende a todos los contratos el anteproyecto de LCSP (arts. 140 y 141³¹⁹).

Por lo tanto, los PCAP han de precisar numéricamente el *quantum* de solvencia económica, financiera y técnica, de manera precisa y proporcionada al objeto, cuantía y duración del contrato, de manera que, sin restringir innecesariamente la concurrencia, sirvan para apreciar la capacidad técnica de los licitadores para ejecutar el contrato de que se trate. Se debe precisar también la solvencia mínima de que han de disponer los licitadores para poder completar la propia con medios externos y la solvencia mínima que ha de reunir cada miembro de una posible UTE.

A. 9. Señalamiento en los pliegos de las causas que serán objeto de exclusión de las ofertas.

provincia o Comunidad Autónoma no resulta acorde con el principio de igualdad de trato y no discriminación”.

La RTACRC 438/2014 admite la validez en el caso que analiza de la exigencia de delegaciones de zona como compromiso de adscripción de medios, considerándola una modalidad de arraigo territorial admisible pues no vulnera La Ley 20/2013 de Garantía de unidad de Mercado. Esta Resolución cita abundantes precedentes del mismo y otros Tribunales, y de la JCCAE.

³¹⁹ La JCCAE dictó el 21 de noviembre la Recomendación núm. 32 sobre la interpretación de algunos preceptos del Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público tras la modificación de la misma realizada por La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que interpreta la nueva redacción que da la LAE al art. 146, y de manera mucho más escueta la del art. 59.1, y el régimen transitorio de las modificaciones del TRLCSP. Se analiza esta modificación normativa y la citada Recomendación en el trabajo “Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2013”, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la revista El Consultor de 1 de marzo de 2014.

Se trata con esta propuesta de ofrecer seguridad jurídica tanto a los propios licitadores como a la Mesa de contratación para valorar las deficiencias o errores en las ofertas que darán lugar a que una oferta sea excluida de la licitación.

Facilitar la mayor concurrencia posible es una exigencia básica en la contratación pública, derivada del principio de libre competencia. Por ello, la exclusión de la oferta presentada por un licitador en un procedimiento de contratación ha de ser excepcional, y cualquier previsión al respecto ha de ser interpretada restrictivamente.

Como se analizará en la propuesta B.9 de este trabajo, no hay regla exacta para determinar los casos en los que una deficiencia, error u otra anomalía en una oferta, deba determinar su exclusión del procedimiento, siendo muy abundante la casuística y contradictorias algunas resoluciones judiciales³²⁰. Por ello, una clara medida que favorece la seguridad jurídica y por lo tanto la transparencia en el procedimiento, es fijar en los pliegos los hechos que en todo caso van a determinar la exclusión de una oferta del procedimiento de adjudicación en la participa en licitador que la ha formulado.

Ha de recordarse que el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. Este mismo principio se mantiene en el artículo 139.1 del Anteproyecto de la LCSP (que añade que la presentación supone la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea). Aunque este precepto se refiere más al fondo que a la forma, y es una plasmación de la regla de que el pliego es la Ley del contrato, tanto para los licitadores como para el propio órgano de contratación³²¹, por lo que las

³²⁰ Es muy elocuente al respecto el tratamiento de las “ofertas simultáneas”, cuando se presentan diferentes ofertas en letra y número: la ST del TSJ de Navarra de 16 de julio de 2003 (Arz. 2003\219639) considera que es un defecto subsanable y no una doble oferta la discrepancia del precio expresado en letras y en número, solución contraria a la que da la JCCA en su informe 45/06, de 30 de octubre de 2006, que concluye que deben excluirse ambas ofertas, y el ATACP Madrid 161/2014, de 25 de septiembre hace depender la solución de si el “error” es fácilmente constatable y encuentra aclaración mediante el examen de la documentación que se adjunta a la oferta económica. Este mismo criterio es el utilizado por la RTACRC 165/2015, de 13 de febrero en un caso en el que la diferente oferta en letra y en número no constituye inconsistencia que impida la adjudicación y no aplica la prevalencia del importe señalado en letra, al quedar claro del resto de la documentación que la oferta válida era la que correspondía al importe señalado en número.

³²¹ Puede verse esta aseveración en el acuerdo del TACP de la Comunidad de Madrid nº 9/2012, de 25 de enero, que señala que el principio pliego *lex contractu* tiene una doble vertiente de discrecionalidad para su redacción, pero obligatoriedad de su cumplimiento: *“Como viene manifestándose de forma reiterada por la jurisprudencia, los pliegos constituyen La Ley del contrato que obligan a las partes, tanto a los*

determinaciones en él reflejadas han de ser respetadas por todos, dado que son públicamente conocidas y resultaría discriminatorio frente a quienes los cumplen, no excluir a quien incumple sus determinaciones.

El establecimiento en los PCAP de los motivos de exclusión de las ofertas por defectos formales relevantes, entendemos que no se opone a la idea consagrada por los TARC del que el “antiformalismo” debe prevalecer en la interpretación de la adaptación de la presentación de las ofertas a las exigencias de los pliegos, en aras a favorecer la máxima concurrencia. Antiformalismo que recoge el artículo 81 del RGLCAP que, tras enumerar una serie de causas por las que se debe rechazar una proposición, señalando *“el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no altere su contenido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

El ATACP Aragón 73/2014, de 21 de noviembre, recuerda a este respecto que el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública, pues hacer depender de un elemento formal la validez del cumplimiento de un requisito material o sustancial debidamente cumplimentado, deforma y perjudica la finalidad del procedimiento, que es la obtención de la oferta económicamente más ventajosa. En el mismo sentido, y con cita de la jurisprudencia comunitaria y de la JCCAE, la RTACRC 4/2015, de 9 de enero: *“es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando reiteradamente que “una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”*. La RTACRC 504/2015, de 29 de mayo, destaca que se han de rechazar los formalismos provocan una restricción injustificada de la concurrencia³²².

Este criterio, sin embargo, cede cuando los pliegos han sido suficientemente precisos a la hora de fijar los requisitos materiales de las ofertas y claro con los

licitadores como a los órganos de contratación. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863).

³²² La RTACRC 504/2015, rechaza excluir a un licitador que presenta su oferta en un formato digital diferente al requerido en pliegos, siempre que el órgano de contratación haya podido acceder a la información.

supuestos de exclusión por su incumplimiento, precisamente en garantía del principio de igualdad de trato. El mismo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 122/2012, de 23 de mayo de 2012 (recurso 71/2012), resuelve este tema a favor de la obligatoriedad de los pliegos, indicando, en relación con la exigencia en el PCAP de los documentos precisos y numerados que habrían de contener las ofertas, que *“la excepción de unas limitaciones impuestas por el PCAP coloca a las licitadoras incumplidoras en una situación favorable frente a las que hicieron el esfuerzo por cumplir las condiciones del pliego...Esta situación de discriminación de unas ofertas frente a otras resulta contraria al principio de igualdad de trato de los licitadores y no discriminación que se predica en el artículo 1 TRLCSP”*³²³. El TACP de Aragón, en sus Acuerdos 72 y 73/2014, de 21 de noviembre, considera correcta la exclusión de unos licitadores que no habían presentado su oferta en soporte electrónico, porque los pliegos establecían con claridad que esa omisión sería motivo de exclusión de las ofertas.

Este planteamiento ha sido también asumido por el TJUE. Así, la STJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto V-336/12, Manova) afirma que el *principio de igualdad de trato debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se excluya un licitador que no aportó en el plazo de presentación de candidaturas, un documento exigido en el pliego (su balance de situación) si en los documentos “exigieran expresamente su presentación bajo pena de exclusión de la candidatura”*. En el mismo sentido la STJUE de 6 de noviembre de 2014 (Asunto C 42/13), con cita de la sentencia anterior, ratifica que en aplicación del principio de igualdad y transparencia (apartados 42 y 43), resulta a justado a las Directivas la exclusión de un licitador que no haya adjuntado una declaración a su oferta, cuando los pliegos establecieron taxativamente que su no presentación supondría la exclusión: *“(46)..., en tales circunstancias, el artículo 51 de dicha Directiva, que dispone que el poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50 de la misma Directiva, no puede interpretarse en el sentido de que permite que el poder adjudicador admita cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión de éste”*.

El Tribunal da a entender que un contratista ha de ser diligente al preparar su oferta, y aunque puede disculparse algún error, la disculpa no alcanza a aquel que

³²³ En el supuesto que analiza esta RTACRC 122/2012, los pliegos establecían que la documentación mínima a presentar sería una memoria y una documentación gráfica, con el contenido que para cada una de ellas se desarrolla en los dos apartados referidos, estableciendo un número máxima de páginas. Señala el Tribunal que *“se trata de la enumeración de los documentos y de los aspectos que ha de contener cada uno de esos documentos para que una oferta pueda ser admitida. Ahora bien, la documentación relativa a esos extremos había de tener una extensión máxima, que es la señalada en los párrafos que se han transcrito más arriba, siendo esta limitación tan vinculante como la relativa a la enumeración de los documentos a presentar y de los aspectos a tratar en ellos”*.

no lee e incumple una disposición clara del pliego que relaciona las causas de exclusión de las ofertas del procedimiento. Este razonamiento parece tratar de salvaguardar la propia ejecución de los contratos: si un contratista no es capaz de entender y cumplir la forma y documentos que han de conformar la oferta que ha de presentar ¿aplicará la misma diligencia para comprender y cumplir las obligaciones establecidas para la ejecución del contrato?. La STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, recuerda que los contratistas han de ser diligentes al presentar sus ofertas, considerando que *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos.”*

Por ello, para facilitar el trabajo a los propios licitadores y la Mesa a la hora de decidir si, ante determinado error o defecto material en las ofertas, se ha de dar o no al contratista la opción de subsanarlo o aclararlo, resulta un ejercicio de transparencia previa establecer en el propio pliego de cláusulas administrativas, una relación detallada y precisa de las circunstancias y hechos que en todo caso van a determinar la exclusión o rechazo de las ofertas que incurran en ellas, empezando por recordar las que se prevén en el artículo 84 del RGLCAP.

Este listado no puede sino enunciativo, pues como señala el IJCCA 35/2002, de 17 de diciembre, no es posible establecer un listado completo de defectos subsanables o no subsanables³²⁴, aunque sí de los más habituales. Así, se pueden señalar: presentar discordancia en la oferta económica entre la cifra expresada en letra y en número, salvo que sea evidente que se trata de un mero error de transcripción; superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución previsto en el pliego; valorar la totalidad del objeto a ejecutar o contener cálculos o mediciones manifiestamente erróneos que no sean meramente aritméticos; presentar más de una proposición o suscribir propuesta en unión temporal con otros empresarios si se ha hecho individualmente, o figurar en más de una unión temporal; presentar proposiciones con variantes, salvo que expresamente se prevean en el PCAP del contrato, o variantes diferentes de las previstas; presentar la oferta en un modelo sustancialmente diferente del establecido en el pliego o sin respetar las normas que para presentar ofertas técnicas cuando la desviación puede permitir alterar su contenido o coloque al contratista en una situación de ventaja frente al resto; incluir en el sobre “B” y/o “C” datos que deban figurar en el otro sobre cuando ello suponga anticipar el conocimiento de datos que hayan de valorarse en la siguiente fase o impida la completa valoración de la oferta técnica en el momento de apertura del sobre B; presentar la oferta fuera de plazo u hora, en lugares diferentes a los indicados, o no comunicar la presentación por correo, por fax o telegrama, o recibirse dicha oferta

³²⁴ Citado por DOMÍNGUEZ OLIVERA, Rafael, en su “Código anotado de Contratación Pública, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2011.

en el Ayuntamiento pasados diez días desde la terminación del plazo de presentación de ofertas; no subsanar en el plazo establecido las deficiencias que la Mesa de contratación hubiese detectado en la declaración responsable; realizar planteamientos que supongan un incumplimiento manifiesto de las condiciones de los pliegos o del proyecto o memoria técnica de la obra, así como el incumplimiento de la normativa aplicable a la ejecución; presentar ofertas técnicamente inviables o manifiestamente defectuosos o con indeterminaciones sustanciales, o con incoherencias manifiestas entre los diferentes criterios valorables; no justificar la oferta realizada en caso de estar incurso en presunción de temeridad o no ser aceptada la justificación ofertada por el órgano de contratación a la vista de los informes técnicos recabados al efecto. Las ofertas excluidas no serán tomadas en consideración en el procedimiento de adjudicación, siendo desechadas por la mesa, como señala el citado artículo 84 del RGLCAP.

Esta medida para favorecer la transparencia plantea por lo tanto que los PCAP deben precisar los defectos materiales de las ofertas y los errores que no se considerarán subsanables y que en todo caso serán causa de exclusión de la oferta que incurra en ellas.

A. 10. Medidas para la prevención de los conflictos de interés

La posibilidad de que alguno de los intervinientes a lo largo de un procedimiento de contratación tenga alguna relación con alguno de los licitadores o con el adjudicatario supone un claro riesgo de parcialidad que ha de ser eliminado. Es necesario extremar las cautelas para aplicar adecuadamente el deber de abstención³²⁵, elemental garantía del principio de objetividad de la Administración, en palabras de J. GONZÁLEZ PÉREZ³²⁶, y la posibilidad de recusación de todos los intervinientes en cualquier procedimiento de contratación; así como aplicar adecuadamente las prohibiciones de contratar que se establecen en la normativa de contratos y en las correspondientes leyes sectoriales.

Si recordamos las definiciones que de corrupción recogimos en el capítulo I.A de este trabajo, se aprecia como la confluencia de intereses privados en una contratación pública puede ser una puerta abierta a la corrupción: la corrupción supone *“un mal uso del poder público para obtener ganancias privadas, entendiendo por privado no solo la ganancia personal, sino también la de familiares, amigos o la*

³²⁵ Un ejemplo de abstención publicado en el BOE de intervención en un expediente de contratación por concurrir causa de abstención de las previstas en el artículo 28.2 de La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es el del Ministro de Defensa en la fase de definición para la fabricación de una Fragata, adoptado por Real Decreto 865/2015, de 30 de septiembre, por el que se dispone que el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sustituya al Ministro de Defensa (BOE de 1 de octubre de 2015).

³²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en el libro *“Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas”*, cit., pág. 100.

*del propio partido político*³²⁷, el *“abuso del poder público en beneficio de los intereses privados”*³²⁸.

Los conflictos de intereses en la contratación pública pueden surgir en relación con cualquiera de los intervinientes en el procedimiento de contratación³²⁹. Ya hemos analizado la posibilidad de que exista conflicto de intereses en relación con los redactores de los pliegos técnicos, ya sean empleados públicos o empresas externas. Puede darse también en relación con los miembros de las Mesas de contratación, comité de expertos u organismo técnico especializado, en los técnicos que realicen los criterios de valoración de las ofertas, y en general de cualquiera técnico que intervenga de manera relevante en la fijación de los criterios de la contratación. Las prohibiciones para contratar son otro de los aspectos directamente relacionados con los conflictos de intereses de los cargos políticos con capacidad decisoria en el procedimiento de adjudicación.

La ONU se ha ocupado expresamente de esta cuestión en su lucha contra la corrupción, desde el Código Internacional de Conducta para los titulares de los altos cargos públicos de 1996³³⁰, a la varias veces citada Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003³³¹. También la OCDE (Guía para gestionar los conflictos de intereses en el servicio público³³²), o el Consejo de Europa (Recomendación sobre códigos de conducta de empleados públicos del año

³²⁷ Definición de la Organización Transparencia Internacional “Handbook for curbing corruption in public procurement”, publicado el 25 de febrero 2006 http://www.transparency.org/whatwedo/publication/handbook_for_curbing_corruption_in_public_procurement.

³²⁸ Memoria de la Fiscalía General del año 2013.

³²⁹ Una investigación de un caso de conflicto de intereses delictivo se recoge en el Diario La Ley, N° 8573, de 1 de Julio de 2015, Editorial La Ley. 151084/2015: Una juez de Barcelona que investiga los supuestos contratos a dedo de la Agencia Catalana del Agua (ACA), ha imputado a 13 ex altos cargos de este organismo de la Generalitat y empresarios por la adjudicación de contratos a empresas vinculadas a ellos. En su auto, la magistrada acepta los argumentos de la querrela de la Fiscalía, y considera que el contrato de adjudicación del Plan de Cuencas Fluviales de 2008 se hizo sin una verdadera concurrencia pública y fue adjudicado a empresas de antiguos altos cargos del organismo. La Fiscalía considera que el ex director general de la ACA Manuel Hernández adjudicó a una empresa del ex gerente Joan Lluís Quer un contrato de 3,7 millones, pero después le volvió a adjudicar, sin concurso, 38 contratos complementarios del mismo trabajo por 3,9 millones más. La Fiscalía se ha querellado contra 13 personas por los delitos de tráfico de influencias, prevaricación, malversación de fondos públicos, falsedad documental, fraude, revelación de secretos y uso de información privilegiada. Seis de los contratos no fueron firmados por los representantes de la ACA, sólo por el adjudicatario. Además, los 3,9 millones de los contratos complementarios, 1,2 fueron subcontratados a empresas que formaban parte de la UTE ganadora, que precisamente eran dos empresas de Quer y de Josep Bou, ex director de Planificación de la ACA.

³³⁰ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 51/59, de 12 de diciembre de 1996.

³³¹ Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003.

³³² Recomendación del Consejo de la OCDE de 28 de mayo de 2003.

2000³³³)³³⁴. El artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción insta a los Estados a “*adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir los conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas*”; el artículo 8 propone elaborar «Códigos de conducta para los funcionarios públicos», para promover “*la integridad, honestidad y responsabilidad*” de éstos, con el concepto amplio que de funcionario público da en el artículo 2.a que engloba a cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, designado o elegido, permanente o temporal remunerado u honorario.

Las Directivas vigentes de contratación y sectores especiales regulan en idénticos términos el conflicto de intereses (art. 24 D. 2014/24; art. 42 D. 2014/25); la Directiva 2014/23, añade en su artículo 35 alguna matización a la regulación de las otras dos Directivas, con una referencia expresa incluso en el título del precepto a la corrupción, referencia que no está en los otros dos artículos. Las tres coinciden en señalar los supuestos en los que se puede presumir la existencia de un conflicto de intereses: “*El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación*”. Los artículos citados imponen a los Estados miembros la adopción por parte de los poderes adjudicadores de “*las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores*”. Sólo el artículo 35 de la Directiva de concesiones añade un importante matiz, que por derivarse de la doctrina del TJUE, entendemos debe aplicarse a los demás contratos: “*En lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados*”.

El artículo 64 del ALCSP incorpora literalmente la regulación del artículo 35 de la Directiva de concesiones, aunque elude la palabra “*prevenir*”; no recoge este

³³³ R (2000) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³³⁴ CERILLO i MARTÍNEZ hace un recorrido por las normas internacionales que han influido en la legislación española para regular los conflictos de intereses en su libro “*El principio de integridad en la contratación pública*”; cit. págs. 162 a 170

párrafo final del precepto parafraseado, omisión en mi opinión incorrecta. El artículo 71.1.g), alude al conflicto de interés en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. (arts. 11 y 12³³⁵); o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición se extiende a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas; y también se en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, *“cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero”*. Es decir, aquí la prohibición no es absoluta, sino que ha producirse un “conflicto de interés”. Completa la nueva regulación el artículo 326.2.d).4º del ALCSP, que atribuye a la Junta consultiva de contratación Administrativa del Estado, elaborar y remitir a la Comisión Europea cada tres años un informe de supervisión de la contratación, y en particular *“información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación”*.

Esta regulación guarda relación con el párrafo final del artículo 35 de la Directiva 2014/23. La apreciación del conflicto de interés ha de ser efectivo, pues no ha de perderse de vista el principio general de favorecer la máxima concurrencia, por eso las medidas se han de limitar a lo estrictamente necesario para impedir o eliminar los conflictos detectados, como establece el artículo 35 de

³³⁵ Artículo 1.2 de La Ley 3/105: Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

Se consideran intereses personales:

- a) Los intereses propios.
- b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.
- c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.
- d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.
- e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.
- f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

la Directiva de concesiones. Así, T. MEDINA ARNAIZ puntualiza al respecto que es preciso que el riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador³³⁶. Para interpretar el alcance de esta cuestión J. M. GIMENO FELIU, remite a la doctrina del TJUE³³⁷:

- a) El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo, por lo que se ha de hacer abstracción de las intenciones de los interesados.
- b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses. La exclusión sólo se justifica cuando pueda probarse que tal situación ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el procedimiento de licitación y supone por lo tanto un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores.

A este respecto la STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015, asunto C-538/1, señala que la carga de la prueba del conflicto de intereses no corresponde a los licitadores, sino al poder adjudicador. Al hilo de esta sentencia, M. FUERTES LÓPEZ³³⁸, considera que la regulación del TRLCSP es más bien escasa sobre este punto, aspecto que trata de corregir el ALCSP, cuyo artículo 64, en transcripción de los artículos 35 de la Directiva 2014/23 y 24 de la Directiva 2014/24, regula y define los “conflictos de intereses” como medida de “lucha contra la corrupción”.

Señala el profesor GIMENO que *“la percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo”* de ahí que se pueda denegar de la participación del miembro del personal que interviene en un procedimiento de contratación (abstención), pero si se considerase que el conflicto de intereses no se ha solucionado de esta manera de modo eficaz *“el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento”*. En todo caso, advierte que los intereses privados que colisionan con el interés público no se limitan a aquéllos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus

³³⁶ MEDINA ARNAIZ, Teresa, “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en el libro colectivo “Observatorio de los contratos públicos 2013”, Editado por Arazadi-Thomson Reuters y la Universidad de Zaragoza, 2014, págs. 271 a 302.

³³⁷ GIMENO FELIU, José María, “El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. de la burocracia a la estrategia...”. cit., pág. 192. Cita varias STJUE, la más reciente la de 20 de marzo de 2013, T-415/10, a las que podemos añadir que ha de añadirse la STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015, asunto C-538/1

³³⁸ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, , en el artículo “Expertos independientes y criterios de valoración en la contratación pública” blog de EsPublico, entrada del 15/04/15, al hilo de la S TJUE de 12 de marzo de 2015. <http://administracionpublica.com/expertos-independientes-y-criterios-de-valoracion-en-la-contratacion-publica/>

querencias, enlazando con la definición de corrupción de Transparencia Internacional que hemos recogido al principio de este apartado.

No ha de olvidarse que en relación con el conflicto entre intereses públicos y privados, se han de aplicar también en la contratación pública los supuestos de abstención y recusación que regulan de manera precisa los artículos 28 y 29 de la LRJPAC (arts. 23 y 24 LRJ 40/2015), de acuerdo con la remisión genérica que hace la disposición final tercera del TRLCSP.

Como medidas preventivas y disuasorias de la intervención en caso de conflicto de intereses, se han promovido códigos de conducta ética entre los empleados públicos y cargos electos desde diferentes ámbitos. De ellos nos ocuparemos con cierto detalle al proponer una mejora de la profesionalización de los responsables de las contrataciones públicas en capítulo IV de este trabajo: «Código Europeo de Buena Conducta Administrativa», de 6 de septiembre de 2001; «Código ético profesional de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local» (2005); «Código de Buen Gobierno Local», la FEMP (24 de marzo de 2015); «Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado» (2005); «Código Ético y de Austeridad de los altos cargos de la Administración de la Comunidad (de Castilla y León)» (5 de octubre de 2015). La doctrina, como también se expondrá, cuenta con detractores (A. NIETO GARCÍA; F. SAINZ MORENO) y defensores (J. RODRÍGUEZ ARANA o J. GONZÁLEZ PÉREZ; R. JIMÉNEZ ASENSIO). Anticipamos aquí nuestra opinión restrictiva a la necesidad y utilidad de estos códigos en nuestro país, pues disponemos de una completa regulación recientemente perfeccionada en materia de prevención y lucha contra los conflictos de intereses.

La regulación de nuestro derecho positivo de principios éticos y de una regulación cada vez más detallada en medidas de prevención y combate contra los conflictos de intereses, nos inclina a mantener una posición restrictiva en relación a estos Códigos de conducta. Puede verse al respecto lo establecido en los artículos 52, 53 y 54 del TREBEP 5/2015 (igual que en el texto que refunde), o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado (que deroga expresamente, por considerarlo ya innecesario, el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado). Esta ley regula de manera muy completa el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades (título II) de los altos cargos de la AGE.

El deber de abstención y la posibilidad de recusación se regulan en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC, que serán sustituidos por los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. También las prohibiciones para contratar, reguladas en los artículos 60, 61 y 61 bis 60 del

TRLCSP, han sido reformuladas por la LRJ 40/2015 (DF 9^a), tomados de los arts. 71, 72 y 73 del ALCSP (si bien mantienen la referencia expresas a leyes concretas del TRLCSP en lugar de referencia más genéricas, y por lo tanto atemporales, del ALCSP). Destacamos al respecto que la nueva regulación soluciona un problema que ya pusimos de manifiesto hace algún tiempo: la omisión en el antiguo artículo 60.1.f del TRLCSP a los ascendientes titulares de sociedades³³⁹; además elimina, en relación con los descendientes, la referencia a que el afectado ostentase la “representación legal”, que exige el TRLCSP, lo que obligó al IJCCA 50/11 a informar que no era incompatible para contratar con un Ayuntamiento una empresa propiedad de los hijos del Alcalde³⁴⁰. En relación con las prohibiciones de contratar, recordamos que la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional señala que las causas de incompatibilidad, en cuanto suponen una limitación al derecho de participación en los asuntos públicos, han de ser interpretadas restrictivamente, doctrina de la que se hace eco, por ejemplo la STS de 26 de abril de 2002. De ahí que el IJCCA 18/11, de 1 de marzo de 2012 considerase que las prohibiciones para contratar no se aplican a los contratos excluidos de la aplicación del TRLCSP (en el caso de la consulta, los servicios financieros del 4.1.l), cuestión que no obstante ha de ser analizada bajo el prisma de los conflictos de intereses, y también de las obligaciones de abstención de la LRJ.

Con toda esta normativa, que incluye un completo régimen de control (para el Estado, con la Oficina de Conflictos de Intereses que regula el artículo 19 de la Ley 3/2015) y sanción, no queda mucho campo de actuación, entendemos, para los Códigos éticos de conducta en el ámbito público (aunque sí en el empresarial). Podrían articularse, entiendo, para aspectos o principios que no vengan ya impuestos por normas vigente, y su valor podría venir de la voluntad de auto normarse de los propios funcionarios o cargos públicos implicados, imponiéndose de forma voluntaria deberes adicionales, como declaraciones de bienes u otras medidas para prevenir y declarar conflictos de intereses de los intervinientes en los procedimientos de contratación, como han propuesto F. J. VAZQUEZ MATILLA³⁴¹ y A. CERRILLO I MARTÍNEZ³⁴². Este segundo autor detalla que en

³³⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Prohibición-incompatibilidad para contratar con el sector público de empresas participadas o dirigidas por cargos corporativos”, *El Consultor*, quincena del 15 al 29 Dic. 2012, Editorial La Ley.

³⁴⁰ IJCCA, de 1 de marzo de 2012: no es incompatible para contratar con un Ayuntamiento una empresa propiedad de los hijos del Alcalde (en el caso una correduría de seguros), pues el 60.1.f) sólo prevé esa incompatibilidad cuando se trata de hijos menores sobre los que ostenta el corporativo su representación legal (criterio ya mantenido por la Junta en el informe 53/05).

³⁴¹ VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, publicó en el ObCP el 10/12/2012, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/relcategoria.208/chk.323fff7da9c09c95c3f247edadd83b10>

³⁴² CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “El principio de integridad en la contratación pública”; cit., pág. 165.

dichas declaraciones deberían recogerse las actividades externas de este personal, empleos, inversiones, activos y regalos u otros beneficios importantes que perciban y puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus funciones como empleado público.

De acuerdo con lo expuesto, como medidas concretas a adoptar para tratar de prevenir los conflictos de intereses, se estima a la vista de lo expuesto, se proponen las siguientes:

- Publicar nominalmente los integrantes de las Mesas, comité de experto y técnico que vaya a realizar la valoración de las ofertas; exigir a los redactores de los pliegos, proyecto y demás documentos preparatorios de los contratos, así como a los informantes, firmar los documentos y recoger en una antefirma sus nombres y apellidos, además de su cargo. Esto permitirá plantear por cualquier otro interesado deber de abstención o la recusación cuando aquella no se hubiese producido.
- Crear un archivo de declaraciones de intereses del personal encargado de la contratación pública.
- Elaborar un código ético para todo el personal que intervenga en los procedimientos de contratación, con compromisos expresos en materia de declaración y abstención en caso de conflicto de intereses.

FASE DE LICITACIÓN-ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

La fase de central del procedimiento de contratación es la que ha ocupado más la atención del legislador para garantizar la efectividad del principio de transparencia en la adjudicación de los contratos. Esta fase se ha considerado siempre la más vulnerable al quebranto de la igualdad de trato y a la manipulación para favorecer a determinado contratista. Hasta las nuevas Directivas de contratación de 2014, legislador comunitario apenas se había interesado más que por esta fase, entendiendo que era en la adjudicación donde se jugaba la garantía del principio de libertad de competencia, incidiendo en la regulación de actuaciones de esta fase como la publicidad y los criterios de adjudicación, aunque el Tribunal de Justicia a de la Comunidad Europea ya advirtió tempranamente que al menos las modificaciones de los contratos después de la adjudicación suponían un ataque frontal contra la libre competencia y la igualdad de trato, y por lo tanto debía limitarse de manera muy estricta.

Nuestra legislación dedica lógicamente especial atención a la regulación de la fase de adjudicación tanto en la Ley de Contratos (TRLCSP) como en los dos Reglamentos de desarrollo parcial vigentes (Real Decreto 1098/2001, de 12 de

octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley de 30/2007, de 8 de mayo, de Contratos del Sector Público). A esta fase dedica el TRLCSP el título III (arts. 138 a 207; arts. 131 a 185 en el ALCSP). La Recomendación de la JCAA de Aragón 1/2014, de 1 de octubre, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, relaciona los preceptos del TRLCSP que en fase regulan aspectos relacionados con la garantía de transparencia en el procedimiento de adjudicación (incluyendo algunos de la fase anterior, como la clasificación y solvencia): *“Destacan las que se refieren a las obligaciones de publicidad: artículo 141 TRLCSP, relativo a los anuncios previos; artículos 142, 177, 181 y 200 TRLCSP, relativos a los anuncios de licitación — completados por una pléyade de preceptos que precisan el contenido de estos anuncios y de los pliegos, por ejemplo en relación con la indicación de los requisitos de solvencia y en general de los requisitos previos (artículos 62, 65 y 146 TRLCSP)—; criterios de adjudicación (artículo 150 TRLCSP) y de selección en caso del procedimiento restringido (artículo 163 TRLCSP); aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación en los procedimientos negociados (artículo 176 TRLCSP); sobre admisibilidad de variantes y mejoras (artículo 147 TRLCSP); sobre la aplicación de subasta electrónica (artículo 148 TRLCSP); respecto de la exigencia de condiciones especiales de ejecución (118 TRLCSP); previsión sobre modificaciones del contrato (artículos 105, 106 y 108 TRLCSP); sobre subcontratación (227 y 228 bis TRLCSP); artículo 151 TRLCSP, relativo a los anuncio de adjudicación; y 154 TRLCSP, referido a la publicidad de la formalización del contrato. El Real Decreto 817/2009, por su parte, regula la publicidad relativa a la composición y a los actos de las Mesas de contratación, así como de los Comités de expertos”*. Y alude también ésta JCCA a la exigencia constante de la necesaria motivación en la adopción de cualquier acuerdo que adopta tanto el órgano de contratación (desde el inicio del expediente, arts. 109.1 y 4; 110 TRLCSP), como de otros intervinientes en el proceso de adjudicación, como los técnicos que valoran las ofertas o la Mesa de contratación (arts. 151.4, 152.4., 169... TRLCSP). Ha de destararse también el carácter secreto de las proposiciones de los interesados (art. 145.2) y la garantía de ese secreto con una apertura y valoración secuencial, ya intuida en el segundo párrafo del artículo 80.1 y en el 83 del RGLCAP y desarrollado con total claridad en el artículo 27 del RPLCSP.

En definitiva, el procedimiento de adjudicación ha de estar presidido por el principio de transparencia, con el objetivo de garantizar la adjudicación del contrato a la oferta objetivamente más ventajosa en conjunto en un escenario de libertad de competencia e igualdad de trato. El artículo 139 del TRLCSP, establece la presidencia del principio de transparencia en esta fase del procedimiento de contratación: *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

Sin embargo, el legislador deja, en nuestra opinión, demasiados resquicios, por los que puede eludirse estos principios: plazos para presentar ofertas, preferencia por procedimientos sin concurrencia; imprecisión en los criterios de selección de las ofertas y en especialmente en su forma de valoración delo que nada dice el art. 151 del TRLCSP, salvo en el caso de que el único criterio sea el precio, cuestión que remedia en buena medida el artículo 145 del ALCSP, aunque sin llegar a cerrarlo por completo. Por ello se proponen una serie de medidas que tratar de evitar que el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y de competencia efectiva se pueda ver burlado por alguno de esos resquicios que están permitiendo en la práctica que en muchas ocasiones la adjudicación de los contratos no se haga con plena garantía de aplicación del principio de transparencia, es decir, en términos coloquiales, se adjudiquen los contratos “a dedo”.

B.1. Minimizar el recurso a los procedimientos sin libre concurrencia y promover en ellos un concurrencia adecuada: procedimiento restringido, negociado sin publicad, contratos menores, encomienda de gestión y contratos mixtos.

La regla general en la contratación pública es garantizar la máxima concurrencia, por lo que el recurso a los procedimientos en los que esa concurrencia se restringe o directamente se excluye, han limitarse estrictamente a los supuestos legales tasados, que además han de ser objeto de un interpretación restrictiva. Además, cuando se opta por utilizar un procedimiento sin concurrencia debe justificarse expresamente el por qué de su utilización frente a otro procedimiento abierto a la libre competencia.

El principio de libertad de acceso a las licitaciones y la libre competencia son principios básicos de la contratación pública, proclamados ya en el artículo 1 del TRLCSP (art. 1 ALCSP, 18.1 D. 2014/24), no obstante, en determinados supuestos se permiten limitaciones en su aplicación, admitiendo su excepción total o parcial, bien por una mera cuestión de la escasa cuantía económica (contrato menor y negociado sin publicidad por razón de la cuantía), bien por disponer de medios propios para ejecutar determinado contrato (encomienda de gestión), bien porque razones técnicas recomiendan o imponen un limitación o exclusión de las concurrencia (procedimiento restringido y negociado). No se trata aquí de hacer un estudio de estos procedimientos, sino simplemente de realizar propuestas para tratar de asegurar que su utilización es efectivamente excepcional, y para aumentar la concurrencia por encima de los mínimos legales.

B.1.1.- Procedimiento restringido

El procedimiento restringido supone una limitación de los empresarios que pueden presentar ofertas, limitación que se hace sobre la base de unas exigencias de solvencia “objetivas” previamente determinadas, que se evalúan para seleccionar a los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones³⁴³. Como señala el IJCAE 63/2008, de 31 de marzo de 2009, este procedimiento se desarrolla en dos fases: en la primera las empresas que solicitan participar en él tienen la condición de candidatos a la adjudicación del contrato, y en la segunda, pueden presentar su proposición los empresarios que son invitados por el órgano de contratación tras haber superado la primera fase. Para ello se han de fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio los criterios objetivos de solvencia que han de cumplir, criterios que han de ser adecuados al objeto del contrato, a su volumen y a su importe. Los criterios para posteriormente valorar las ofertas han de respetar los mismos requisitos que en el procedimiento abierto.

Este procedimiento se presenta formalmente como “ordinario” junto con el procedimiento abierto. Así se deduce de la literalidad del artículo 138. 2 del TRLCSP, cuando dice que “*la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto y el procedimiento restringido*”, mismas palabras que utiliza el 131.2 del ALCSP. El artículo 26.2 de la Directiva de contratación tampoco pone ninguna limitación a la utilización de este procedimiento. Por ello, J. A. MORENO MOLINA señala que es un “*procedimiento de libre elección para los órganos de contratación*”³⁴⁴.

Esa “libre elección” entendemos no obstante que no puede estar exenta de motivación. Así lo exige expresamente el artículo 109.4 del TRLCSP (y en idénticos términos el artículo 116.4 del ALCSP), que requiere que en el expediente de contratación se justifique “*adecuadamente*”, la elección del procedimiento. Y aquí nos encontramos con el primer escollo que ha de salvarse, qué motivaciones son válidas para justificar la utilización de este procedimiento. Y no parece sencillo precisar qué motivación puede utilizarse para acudir a este procedimiento en lugar de al abierto, pues si se estima necesario que las empresas que puedan presentar las ofertas reúnen determinada experiencia (caso que avala el JJCAE 13/1998, de 30 de junio) o de capacidad económica o medios técnicos o humanos, eso mismo puede exigirse en un procedimiento abierto al precisar las exigencias mínimas de solvencia económica, financiera y técnica que se requieran. Se nos ocurre plantear la virtualidad de este procedimiento para contratos en los que es legalmente

³⁴³ GONZÁLEZ PUEYO, Jesús María, en los comentarios a los artículos 162 a 167 en el Libro colectivo “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013, pág. 1063.

³⁴⁴ MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático”, editorial La Ley, 2012, pág. 746;

necesaria la clasificación, pero se estima que es además exigible condiciones de solvencia especiales, aunque esto supone una limitación de la concurrencia que requiere una especial justificación.

Este procedimiento “ordinario”, sin embargo, no es ‘ordinariamente’ muy utilizado, basta ver la escasísima jurisprudencia, resoluciones de los TACP, informes de la JCCA que existe sobre el mismo. El citado IJCCA 63/2008 señala la existencia de alguna laguna legal en la regulación de este procedimiento³⁴⁵, y para colmarla, concluye que en los procedimientos restringidos, cuando se fije un número máximo de candidatos que serán invitados a presentar sus proposiciones, es necesario que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establezca algún método que permita valorar con referencia a la solvencia técnica y profesional a cada una de las empresas candidatas a efectos de cursar la invitación a aquellas que reúnan las mejores condiciones. Para el supuesto de que el pliego, a pesar de la recomendación anterior, no contuviera ningún método que permita expresar cuantitativamente los elementos que sirven para la selección de los candidatos, la decisión que se adopte sobre éstos deberá ser motivada.

En relación con esa limitación en el procedimiento restringido del número de empresarios a los que se va a invitar a presentar su oferta, que no podrá ser inferior a cinco (arts. 65.2 D. 2014/24, 163.2 TRLCSP, 160.2 ALCSP), como se acaba de señalar, se han de fijar en el PCAP y en el anuncio unos criterios de valoración de la solvencia que, de manera objetiva y proporcionada, permitan realizar la selección. Como señala J. F. MESTRE DELGADO³⁴⁶, este requisito no es meramente formal, sino material, pues la exigencia de ese número mínimo es un instrumento para garantizar una competencia efectiva, por lo que *“el requisito se cumple, realmente, cuando los candidatos invitados están en condiciones de presentar ofertas en competencia; en otros términos, no se observa esta exigencia cuando los candidatos invitados no están en disposición de presentar ofertas que garanticen la competencia efectiva (por estar vinculadas entre sí, o por cualquier otro motivo)”*.

Además de estas relevantes cuestiones que han de cuidarse para evitar que la utilización del procedimiento restringido no se convierta de facto en una restricción injustificada de la competencia efectiva, ha de recordarse también que en este procedimiento como en el abierto, no cabe la negociación de las ofertas (arts. 162 TRLCSP, 158.3 ALCSP; salvo en el nuevo procedimiento de licitación con

³⁴⁵ Señala este informe de manera aparentemente incompleta lo siguiente: *“Como se puede comprobar ni La Ley, ni la Directiva se pronuncian sobre qué sucederá cuando se haya fijado un número máximo de candidatos a seleccionar y que ello impida y a esa falta de previsión corresponde la pregunta para poder arbitrar una solución. Tampoco existe norma de referencia en el Reglamento General de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

³⁴⁶ MESTRE DELGADO, Juan Francisco, en *“Tratado de Derecho Municipal”*, cap. VII “Servicios Públicos y Contratación Local”, dirigida por MUÑOZ MACHADO, Santiago, Ed. Iustel 2011, pág. 2003.

negociación, cuya fase de selección de empresarios se articula como el procedimiento restringido, art. 167.2 ALCSP, 29.2 D. 2014/24). La STJUE de 29 de marzo de 2012. C-599/10 recuerda esta exigencia, y que una vez presentadas las ofertas, no pueden ser modificadas (apartados 36 y 37)³⁴⁷.

En conclusión, para garantizar la efectividad del principio de transparencia en el procedimiento restringido, han de observarse, a mi entender, las cautelas siguientes: debe motivarse de manera precisa por qué se utiliza este procedimiento; los criterios de solvencia con los que se van a seleccionar a los empresarios que van a ser invitados a presentar ofertas han de ser adecuados al objeto y características del contrato y precisos, claridad que ha de exigirse también en el sistema de ponderación de esos requisitos; cuando se limite el número de candidatos a presentar ofertas, ha de motivarse el por qué de la limitación y del número señalado, y debería procurarse tanto que supere el mínimo legal como que se asegure que efectivamente lo seleccionados están en condiciones legales y fácticas de presentar una oferta.

B.1.2. Procedimiento negociado sin publicidad: motivación, ampliación de la concurrencia y regulación de la negociación.

El procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento de adjudicación en el que la concurrencia se limita generalmente a las empresas invitadas a presentar su oferta por el órgano de contratación. Por ello ha de garantizarse su utilización excepcional y expresamente motivada, elevar el número de empresas a las que se invita a formular oferta sobre el mínimo legal de tres, y regular el modo en el que se va a realizar la negociación efectiva con los ofertantes.

La STJUE de 5 de diciembre de 2013 asunto C-561/12, recuerda en su fallo que también en el procedimiento negociado *“las entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”* y que *“la obligación de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencia de 29 de marzo de 2012, SAGELV Slovensko y otros,*

³⁴⁷ STJUE de 29 de marzo de 2012. C-599/10:

“(36) Por su propia naturaleza, el procedimiento de licitación restringido implica que, una vez realizada la selección de candidatos y una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos.

(37) En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente”.

C 599/10, apartado 25)”. Por ello “*La indebida utilización del procedimiento negociado supone la quiebra del principio de transparencia y es una evidente vulneración de los principios de publicidad, de igualdad entre los licitadores y de eficiencia*”, sentencia el Acuerdo del TACP de Aragón 8/2015, de 16 de enero de 2015. Es por lo tanto imprescindible tener clara la operativa de este procedimiento y su utilización ha de ser lo más limitada posible.

A. ESTÉVEZ TORRES analiza las patologías en la utilización de este procedimiento en las Entidades Locales, patologías que creo se da en todo el sector público y que no parecen en absoluto superadas a la vista de los casos judicializados. “*Hasta hace unos pocos años creíamos que el Procedimiento Negociado era una especie de miniconcurso o minisubasta que solo se diferenciaba del procedimiento abierto en que no requería anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia, el plazo de presentación de ofertas era más corto y sólo había que invitar a tres empresas. (...) En los casos patológicos, bien por vagancia, bien por corrupción, una de las empresas se encargaba de obtener otras dos ofertas más o menos ficticias. (...)*”³⁴⁸. Evidentemente, el procedimiento negociado no es una versión simplificada del abierto³⁴⁹, sin anuncios y con solo tres ofertas de empresas “afines”³⁵⁰, sin plazo mínimo para presentar ofertas y sin mesa de contratación. Estos vicios deben ser totalmente desterrados, por constituir una fragante vulneración de los principios que rigen la contratación pública, tanto el de transparencia, y con él del de igualdad de trato y concurrencia, y por ende el de eficiencia en el gasto público. Y no hay que olvidar, como señala G. YAÑEZ SÁNCHEZ³⁵¹, el procedimiento negociado es el procedimiento más utilizado en las EELL, después del menor³⁵².

³⁴⁸ ESTÉVEZ TORRES, Anxelo, “Guía para la utilización del procedimiento negociado en ayuntamientos pequeños y medianos”. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 2, Sección Colaboraciones, quincena del de enero al 14 de febrero 2015, Ref. 157/2015, pág. 157, tomo 1, Editorial La Ley.

³⁴⁹ El ALCSP articula un nuevo procedimiento abierto simplificado (art. 157), tomado de la normativa Aragonesa: artículo 10 de La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

³⁵⁰ Sobre el problema de las “ofertas de cobertura”, ofertas concertadas que presenta el mismo contratista, el periódico Libertad Digital recogió el 14 de noviembre de 2011 la siguiente noticia: Urdangarín amañó un concurso convocado por el Gobierno balear. Las tres empresas que competían por un concurso convocado por el Ejecutivo regional presentaron sus propuestas desde el fax del Instituto Nóos. <http://www.libertaddigital.com/nacional/2011-11-14/urdangarin-amano-un-concurso-convocado-por-el-gobierno-balear-1276441240/>

³⁵¹ YAÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, “Propuesta de mejora en la gestión de los procedimientos negociados”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 127, Sección Contratista versus Administración, del 1 Sep. al 31 Oct. 2013, Editorial La Ley.

³⁵² En Navarra, según la exposición de motivos de La Ley Foral 14/2014 de 18 de junio, de modificación de La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, el procedimiento negociado sin publicidad representó más del 60% de los contratos en Navarra y supuso el 17% del importe contratado, por ello esta Ley limitó la cantidades para poder utilizar el este procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

Para superar las patologías señaladas, hay tres cuestiones que han de tener siempre presentes para la correcta gestión de este procedimiento: su carácter excepcional; la concurrencia necesaria y “abierta”; y la obligatoriedad de realizar una negociación real de los términos del contrato. Analizamos el alcance de esas tres cuestiones, esenciales para la válida celebración de un contrato por este procedimiento y garantía de la adecuada aplicación del principio de transparencia en el mismo.

a. Carácter excepcional y motivado el procedimiento negociado sin publicidad.

El procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de los contratos «excepcional», frente a los dos procedimientos «ordinarios», el abierto y el restringido (arts. 138. 2 del TRLCSP, 131.2 del ALCSP, 26.2 de la Directiva de contratación). Este carácter de procedimiento excepcional ya se predicaba en las Directivas 93/36 (considerando 12) y 93/37 (cdo. 8). Por ello sólo puede ser utilizado en los supuestos legalmente tasados, y estos casos han de interpretarse restrictivamente (Dictamen motivado de la Comisión CE contra España 2014/2008, de 27 de noviembre de 2008; STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-561/12). Los supuestos legales deberán ser objeto de una interpretación estricta, pues afectan a los principios de concurrencia y eficiencia (la STJUE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03³⁵³). La STJUE de 14 de septiembre de 2004 (Comisión contra Italia), insistiendo en que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente, precisa además que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas.

El carácter excepcional de este procedimiento ha sido destacado por todos los órganos que han analizado su utilización en nuestro país: STS de 14 marzo de 1989, STS de 28 de octubre de 1992; STS de 25 octubre 1999; STSJ de Castilla y León, de 18 de diciembre de 2000 (rec. 397/1999); STSJ Galicia de 10 de noviembre de 2011 (rec. 4177/2009); STJ Madrid de 18 de febrero de 2013 (rec. 1749/2010); RTACR 50/2011, de 24 de febrero de 2011; ATACP Aragón 8/2015, de 16 de enero de 2015; IJCCA 39/99, de 10 de junio de 1999³⁵⁴; IJCCAE 33/2009, de 1 de febrero de 2010; Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de

³⁵³ Esta STJUE condenó a España al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido de la LCAP que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas: cuando quedaba desierto un procedimiento abierto anterior, variando el precio del contrato hasta en un 10% cuando había resultado desierto.

“Según se desprende, en particular, del duodécimo considerando de la Directiva 93/36 y del octavo considerando de la Directiva 93/37, el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados”.

³⁵⁴ El IJCCA 39/99, de 10 de junio de 1999, aclara la diferencia entre proposiciones “irregulares o inaceptables” y “ofertas inadecuadas”.

Aragón; informe de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, de 30 de octubre de 2014; informe 1046 del Tribunal de Cuentas, de 24 de julio de 2014. Un ejemplo de la interpretación restrictiva de los supuestos legalmente previstos para el procedimiento negociado sin publicidad es el IJCCAE 2/2013, de 25 de julio de 2014, que analiza un contrato de defensa judicial, señalando que el haber llevado pleitos anteriormente o tener un conocimiento específico de una materia concreta, no es causa justificativa para el empleo del procedimiento negociado por razones técnicas o artísticas dado que no conlleva la exclusividad (art. 170.d TRLCSP), ni la ejecución de una sentencia no es un acontecimiento imprevisible, por lo que no permite el empleo del procedimiento negociado por imperiosa urgencia o acontecimientos imprevisibles (art. 170.e TRLCSP).

Los supuestos en los que procede utilizar este procedimiento son por lo tanto sólo los expresamente previstos en la Ley, tanto cuando no hay publicidad previa como cuando hay un anuncio de licitación, denominado «procedimiento de negociación con licitación» en la Directiva 2014/24: artículo 29, en relación con el 26.4, que es donde se recogen los supuestos en los que cabe utilizar este procedimiento, traspuestos en los artículos 165 y 167 del ALCSP. Ha de destacarse que desaparecerá en la nueva Ley el supuesto tan utilizado del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, previsto en los artículos 171.d, 172.b, 173.f, 174.e y 175 del TRLCSP

La Directiva 2014/24 de contratación destaca ese carácter absolutamente excepcional de este procedimiento, muy especialmente cuando no se realiza publicidad, y matiza los supuestos en los que debe utilizarse en su considerando 50: *“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”.*

Pese a este carácter excepcional, la Comisión Europea considera el procedimiento negociado óptimo para lograr ofertas más competitivas y ajustadas

a las necesidades reales del poder público contratante³⁵⁵. Además, es un procedimiento que puede permitir potenciar la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, exigencia imperativa que se recoge en el artículo 22.2 del TRLCSP y que repite con sus mismas palabras el artículo 28.2 del ALCSP, por mandato de las Directivas y del Estrategia Europa 2020³⁵⁶. Esta virtualidad del procedimiento negociado para fomentar la participación de las pequeñas y mediana empresas en la contratación pública no se opone en absoluto a la exigencia legal de su adecuada utilización.

En todo caso, en el expediente de contratación ha de motivarse de manera concreta y no genérica, debiendo justificarse tanto la concurrencia en el caso del supuesto legal específico al que se acoge, como la elección de este procedimiento en lugar de uno de los ordinarios. Esta exigencia de motivación precisa, ya se exigía en la STS de 25 de octubre de 1999, que en referencia al supuesto de “urgencia” señala que no es suficiente apelar a la urgencia sin más, debiendo incluso justificarse su preferencia en este caso frente al procedimiento abierto con la reducción de plazos del procedimiento de urgencia. Y cuando cabe una aparente libertad absoluta de elección, como en el caso del negociado por razón de la cuantía (en tanto subsista), este no es un motivo válido en sí mismo, sino que ha de reforzarse con otro, porque nada impide en esos casos utilizar el procedimiento abierto o el restringido (entendemos que una motivación adicional puede ser la

³⁵⁵ “En referencia al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE (COM (2011)0015 final), y el informe del Parlamento Europeo sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), los procedimientos negociados deben utilizarse sin limitación con el fin de llegar al contrato más adaptado a las necesidades específicas del poder adjudicador, así como para lograr la máxima rentabilidad. Con el fin de obtener el mayor nivel de transparencia posible, deben elaborarse garantías adecuadas para contrarrestar las distorsiones del mercado como resultado de la aplicación de este procedimiento” (Informe de 11 de enero de 2013 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD))).

³⁵⁶ El fomento de la contratación con pymes es uno de los objetivos claves de la contratación estratégica que propugnan las nuevas Directivas Comunitarias en el objetivo de implementar con las inversiones que se realizan en contratación pública las políticas de la Unión en materia social, medioambiental, de fomento de la innovación empresarial y de promoción de la contratación con pymes, para tratar de alcanzar los objetivos de la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (así se recoge en los primeros considerandos de las tres Directivas: cdo. 2 de la Directiva sobre contratación pública; cdos. 1 y 3 de la Directiva sobre contratos de concesión; cdo. 4 de la Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

La «Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» establece la planificación comunitaria de desarrollo para la presente década y se basa en tres objetivos interrelacionados: desarrollar de una economía basada en el conocimiento y la innovación empresarial, especialmente de las pymes; promocionar una economía más ecológica, con pocas emisiones de carbono, y que haga un uso más eficaz de los recursos; y fomentar una economía más competitiva, con alto nivel de empleo y de cohesión social y territorial. La «Estrategia Europa 2020», destaca que la contratación pública “desempeña un papel clave” para lograr sus objetivos, 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; todo ello, lógicamente, sin olvidar los principios propios de la contratación pública.

invitación a pymes, en cumplimiento al mandato imperativo del artículo 22.2 TRLCSP y 28.2 del ALCSP). A este respecto, el Acuerdo del TACP Aragón 8/2015, de 16 de enero de 2015, advierte que *“aún por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse porqué se elige frente a otros procedimientos ordinarios”*. Y por ello anula el procedimiento recurrido: *“La indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad — sin motivación—, supone la quiebra del principio de transparencia exigible a toda licitación pública (STJUE de 16 de septiembre de 2013) y es una evidente vulneración de los principios de publicidad, de igualdad entre los licitadores y de eficiencia, que obliga a declarar la nulidad de pleno derecho del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 TRLCSP, que dispone que son causas de nulidad de Derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 LRJPAC (artículo 62.1.a), por vulneración del principio de igualdad; y artículo 62.1.e), por prescindir en sus principios del procedimiento legalmente establecido)”*.

b. Concurrencia mínima y “abierta”.

En el procedimiento negociado ha de garantizarse una concurrencia adecuada, y una competencia efectiva (art. 176.2 TRLCSP), salvo en los supuestos de exclusividad por razones artísticas, técnicas, o de protección de derechos de propiedad intelectual o industrial. Incluso en estos dos últimos supuestos, el artículo 32.2.b de la Directiva de contratación 2014/24 limita su aplicación a que realmente no exista una alternativa o sustituto razonable y que la inexistencia de competencia *“no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación”* (art. 166.a.2º del ALCSP³⁵⁷).

Esta exigencia de garantizar una competencia efectiva tiene dos consecuencias directas no siempre tenidas en cuenta al utilizar este procedimiento:

La solicitud de participación y la presentación de ofertas en un procedimiento negociado sin publicidad por parte de empresarios no invitados previamente por el órgano de contratación, obliga a éste a formular invitación, en el primer caso, y a aceptar la oferta en el segundo, siempre que las mismas hayan sido presentadas en tiempo hábil, considerado el estado del procedimiento, y que reúnan los demás requisitos precisos para ser tomadas en consideración. Una interpretación contraria, derivada de la literalidad de los preceptos legales que regulan este procedimiento, iría en contra de la obligación de dispensar un trato igualitario y

³⁵⁷ En mi opinión, el artículo 166.a.2º del ALCSP no recoge fielmente el supuesto del art. 32.2.b de la Directiva 2014/24 Procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas o protección de derechos de propiedad intelectual o industrial. La salvedad de que la excepción no sea “como consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar” se señala sólo respecto del supuesto de falta de competencia por “razones técnicas”, mientras que el art. 2.b de a D. 2014/23 aplica una salvedad similar también al otro supuesto, al de protección de derechos de propiedad intelectual o industrial, referencia esta segunda que también está en la directiva y no se recoge en el ALCSP.

discriminatorio a los candidatos y licitadores. Así se pronuncian los IJCCAE 33/09, de 1 de febrero de 2010 e IJCCA de Aragón 16/2012, de 19 de septiembre³⁵⁸.

El número de empresarios a los que se ha de invitar a formular ofertas no debe de ser por regla general el mínimo legal de tres. Como señala I. GALLEGO CÓRCOLES, *“el principio de competencia efectiva resulta de gran trascendencia a la hora de establecer límites al número de candidatos a los que se invitará a la negociación. Porque aunque la norma establece un límite absoluto —al menos tres licitadores—, no hay que olvidar que el Derecho europeo exige además que la competencia sea efectiva. Y para verificar si se cumple dicha disposición, como establece el apartado 52 de la STJUE de 15 de octubre de 2009 habrá que tener «en cuenta las características y el objeto del contrato de que se trate». Por tanto, ante la estructura de un determinado mercado el número fijado en la norma puede resultar insuficiente. Lo que en mi opinión desautoriza el Derecho europeo, en consecuencia, es que de forma mimética se restrinja la competencia al número mínimo de candidatos que exige la Directiva, sin tomar en consideración el objeto de cada contrato a licitar”*³⁵⁹.

Esto no quiere decir que en un procedimiento negociado sin publicidad no puede invitarse a las empresas locales exclusivamente, sino que el número de empresas invitadas no puede limitarse a tres artificialmente, por razones geográficas o de comodidad. El IJCCA de Aragón 16/2012, de 16 de septiembre, ha admitido la limitación territorial por razones de eficacia y eficiencia, razones que obviamente han de acreditarse adecuadamente en el expediente. Y por lo tanto, no puede justificarse la falta de invitación a más empresas en el hecho de que en determinado territorio no exista un número superior (IJCCAE 13/2007 de 26 de marzo de 2007). La regla general, por lo tanto, es abrir la concurrencia, combinando las necesidades de eficiencia procedimental con la garantía de una competencia efectiva, que no se puede olvidar, lo que busca en último término es unas mejores ofertas y con ello una mayor eficiencia en el gasto público. Por ello nada impide realizar una mínima publicidad también en el procedimiento negociado sin publicidad, por ejemplo a través del perfil de contratante.

Lo que no es obligado es solicitar más ofertas cuando, realizada la invitación a un número suficiente de empresas, no se reciben al menos tres, pudiendo continuar con el procedimiento aunque se reciba una sola. No obstante, para ello

³⁵⁸ Ambos informes de las JCCA concluyen lo siguiente: *“La solicitud de participación en un procedimiento negociado sin publicidad por un empresario no invitado inicialmente por el órgano de contratación, o la presentación de una oferta dentro del plazo límite marcado, obliga a éste a formularle invitación a participar en el procedimiento en el primer caso y a aceptar la oferta en el segundo, siempre y cuando reúna los requisitos de capacidad de obrar, solvencia y no estar incurso en prohibición para contratar.”*

³⁵⁹ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “El procedimiento negociado: cuestiones procedimentales”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 131, Mayo 2014, Editorial La Ley.

ha de asegurarse que las invitaciones se realizan a empresas que reúnan los requisitos de capacidad solvencia adecuados, a empresas que estén en condiciones de presentar una oferta (IJCCAE 65/09, de 23 de julio de 20109). Y para garantizar que las empresas puedan presentar una oferta, es esencial ofrecer un plazo adecuado. Aunque es cierto que la Ley no establece un plazo mínimo, se ha de aplicar siempre la regla general que exige conceder el plazo que razonablemente sea necesario de acuerdo con la complejidad del contrato (art. 143 TRLCSP, 136.1 ALCSP).

c. Negociación efectiva de los términos del contrato.

La negociación real y efectiva de las condiciones de ejecución del contrato es la esencia del procedimiento negociado (art. 169.1 TRLCSP, 164.1 ALCSP). Es imprescindible abrir un procedimiento real de negociación entre los concurrentes sobre los aspectos indicados en el pliego para negociar los términos del contrato. La ausencia de tal negociación supone la nulidad del procedimiento (con la excepción en el nuevo procedimiento de licitación con negociación que prevé el artículo 29.4 de la Directiva 2014/24 y que reproduce el artículo 16.9 del ALCSP³⁶⁰).

Ya el Informe del Tribunal de Cuentas de 27 de abril de 2007 hacía referencia esta cuestión, así como al carácter excepcional de este procedimiento³⁶¹. Esta lógica exigencia ha sido demanda por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la STJUE de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998 Comisión de contra Francia) recuerda que *“las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]”*. Por ello, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales han anulado sistemáticamente los procedimientos negociados en los que tal negociación no se ha realizado. La RTACR 50/2011, de 24 de febrero señala que *“en el procedimiento negociado, la negociación de las ofertas presentadas por los licitadores es un trámite esencial exigido por la Ley, sin el cual la adjudicación debe anularse y retrotraerse las actuaciones hasta el momento en que debió realizarse esa negociación”*. Esta

³⁶⁰ No alcanzamos a entender este supuesto de procedimiento negociado sin negociación, que no deja de ser una contradicción en sus términos, más bien parece que queda reducido a un procedimiento restringido normal. Este es el tenor literal del artículo 29.4 de la D. 2014/24: *“Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad”*.

³⁶¹ Página 96 de ese informe. Aspectos que han recordado todos los informes del Tribunal de Cuentas cuando han analizado estos procedimientos, así como los homólogos de las CCAA. Por poner un ejemplo, el Informe Anual de la Cámara de Cuentas de Andalucía relativo a la Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Administrativa y Fondo de Compensación Interterritorial, correspondiente al ejercicio, asumidas por el Parlamento de Andalucía el 6 de marzo de 2013. La sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias en el informe de fiscalización de la Cuenta General del Principado de Asturias de 2012, que desarrolla los requisitos de la negociación.

doctrina ha sido confirmada por las Resoluciones posteriores del Tribunal Central (231/2013, 453/2013, 145/2014 y 146/2014, y 829/2014) y de los regionales: Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra; ATACP Aragón 8/2015, de 16 de enero de 2015, que reitera que *“en un procedimiento negociado es característica esencial del mismo la negociación efectiva de las ofertas con los licitadores para conseguir la mejor relación calidad/precio, por lo que sin negociación el procedimiento resulta ilegal y está viciado de nulidad de pleno derecho”*.

Deben por lo tanto los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecer unos criterios de adjudicación, los “aspectos económicos y técnicos” que hayan de ser objeto de negociación (art. 179.1 TRLCSP). También ha de regular la forma en la que se va a realizar esa negociación para garantizar que durante la misma todos los licitadores reciban “igual trato” (art. 29.5 D. 2014/24, 178.3 TRLCSP, 167.4 ALCSP). La citada STJUE de 5 de octubre de 2010(C-3337/1998) exige que los pliegos determinen con claridad los aspectos a negociar y su ponderación. El artículo 164.2 del ALCSP es más preciso que la regulación del TRLCSP, y exige que el pliego de cláusulas administrativas particulares determine los aspectos económicos y técnicos objeto de negociación con las empresas, el procedimiento que se seguirá para negociar y los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas (y que no pueden ser objeto de negociación, at. 167.5, *in fine*). Toda la información ha de ser *“lo suficientemente precisa”* como para que los licitadores puedan conocer el objeto y ámbito de la contratación, y decidir participar en el procedimiento (art. 29 D. 2014/24, 164.2 ALCSP).

En este sentido, el también citado ATACP de Aragón 8/2015, de 16 de enero de 2015, señala que los pliegos deben *“desde la flexibilidad (Resolución 231/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) diseñar sus características”*, y *“la invitación deberá referir los criterios de negociación del contrato, su ponderación y método de negociación y cualquier otro requisito especial para participar y negociar en igualdad en la adjudicación del contrato”*. El IJCCAE 48/09, de 1 de febrero de 2010, utiliza esta exigencia en sentido inverso, señalando que no se puede aplicar este procedimiento cuando no se han fijado en el pliego dichos criterios³⁶². Aunque la negociación no está sujeta por definición a procedimiento alguno, siendo esencialmente un procedimiento flexible, deben establecerse unos requisitos formales mínimos y las actuaciones que se lleven a cabo durante la fase de negociación tienen que estar previstas PCAP. Pero esta “flexibilidad” no permite en ningún caso negociar ofertas no conformes a los

³⁶² Casi todas las JCCA han tenido ocasión de ocuparse de estas cuestiones, destacando que el pliego ha de regular el procedimiento de negociación. Por citar algunos ejemplos: IJCCA Cataluña 4/2005, de 7 de julio de 2005; IJCCA de Castilla y León de 2 de mayo de 2007; IJCCA de Andalucía 3/2007, de 1 de marzo; IJCC Madrid 4/2009; IJCCA Aragón 16/2012, de 16 de septiembre.

requisitos imperativos de las especificaciones técnicas indicados en el pliego de condiciones del contrato, pues, como señala la STJUE de 5 de diciembre de 2013 asunto C-561/12, *“de no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo (...) de garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora”*.

Es necesario también designar el órgano que ha de llevar a cabo las negociaciones, y las fases de estas, si se prevé más de una, dejando constancia documental de lo actuado. Sobre el órgano que ha de realizar las negociaciones, y dado que el procedimiento negociado sin publicidad no es preceptiva la existencia de una Mesa de contratación (art. 320.1 TRLCSP, 32.1 ALCSP), se considera oportuno para una mayor garantía de imparcialidad, nombrar un comité técnico de al menos tres funcionarios de carrera para realizar estas actuaciones (el art. 167.5 del ALCSP se refiere a los “servicios técnicos” dependientes del órgano de contratación). Cuando exista mesa, puede ésta realizar las negociaciones o encomendar las aparte de sus miembros, que elevarán a esta la propuesta tras las negociaciones.

Ante el vacío legal del procedimiento de negociación, algunos autores como F. BLANCO LÓPEZ³⁶³ o G. YÁÑEZ SÁNCHEZ³⁶⁴, han precisado con rigor como puede desarrollarse este con garantías de objetividad, transparencia y eficiencia, este segundo autor, partiendo del procedimiento aplicado por la Diputación Provincial de Valencia que ha implantado las comunicaciones electrónicas obligatorias con la finalidad de agilizar el proceso. La Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias ha desarrollado los requisitos de la negociación en el informe de fiscalización de la Cuenta General del Principado de Asturias de 2012 reiterándolo en su informe de 24 de abril de 2015, en el que insiste en que la negociación es un trámite esencial del procedimiento, cuyo cumplimiento no resulta potestativo para el órgano de contratación:

«(...) además de preverse en los PCAP los aspectos que van a ser objeto de negociación, los criterios en base a los cuales se va a adjudicar el contrato y su oportuna valoración, así como la forma en que se va a llevar a cabo la negociación, ésta deberá hacerse más efectiva, desarrollándose a través de reuniones en las oficinas de la Administración contratante, siempre que ello sea posible, y en presencia de los representantes de las empresas invitadas, siendo conveniente que la Administración contratante designe una Comisión Negociadora, constituida al menos por dos personas una responsable de la negociación y otra con conocimientos

³⁶³ BLANCO LÓPEZ, Francisco, en “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal”, en Contratación Administrativa Práctica, Núm. 116, Sección Reflexiones, febrero 2012, pág. 30, Editorial La Ley.

³⁶⁴ YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, “Propuesta de mejora en la gestión de los procedimientos negociados”, en Contratación Administrativa Práctica, N° 127, del 1 Sep. al 31 Oct. 2013, Ed. La Ley.

jurídicos. De todo ello se dejará constancia documental levantándose la correspondiente acta por cada reunión.

La forma de negociación, deberá de realizarse de modo que se garantice el principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores facilitándoles la misma información y las mismas oportunidades de reformular su oferta a todos los licitadores».

En conclusión, el recurso al procedimiento negociado sin publicidad deber ser limitado y expresamente motivado, y los supuestos legales en los que se admite objeto de una interpretación restrictiva. Es imprescindible llevar a cabo una negociación efectiva para cerrar los términos del contrato, negociación que ha de realizar de acuerdo con criterios precisos y un procedimiento que garantice la igualdad de trato y confidencialidad, todo ello debidamente articulado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Se de procurar el mayor número posible de candidatos, con el límite de la agilidad procedimental que permite este procedimiento, pero invitando a cualquier empresario capacitado que lo solicite y aceptando cualquier oferta que se reciba de un empresario que no hay asido invitado. Es conveniente designar un comité técnico que realice la negociación cuando no la lleve a cabo una mesa de contratación.

B.1.3. Excepcionalidad, motivación de los contratos menores y mínima concurrencia para su adjudicación.

Los contratos menores suponen una adjudicación directa de contratos de cuantías inferiores a las que señala la Ley, que tiende a realizarse sin concurrencia real alguna. Suponen por lo tanto un quebranto al principio de transparencia. Los contratos menores, además, han incrementado los precios de determinados trabajos de manera tan artificial como automática con la elevación de sus cuantías en el año 2007 en la LCSP (muy especialmente los contratos de servicios) y generan serios problemas en fase de ejecución, al carecerse de documento alguno que precise las condiciones de la misma y que permita adoptar medidas eficaces para garantizar que se cumple lo que se esperaba, lo acordado verbalmente en muchos casos, y además no pocas veces esconden un fraccionamiento ilegal del objeto de los contratos precisamente para poder utilizar esa figura (IJCCA de Cataluña 14/2014) lo que en ocasiones ha sido objeto de condena penal (STS, 2ª, de 30 abril de 2015, rec. 1125/2014³⁶⁵), como analiza M. RIERA LÓPEZ ³⁶⁶. Por ello

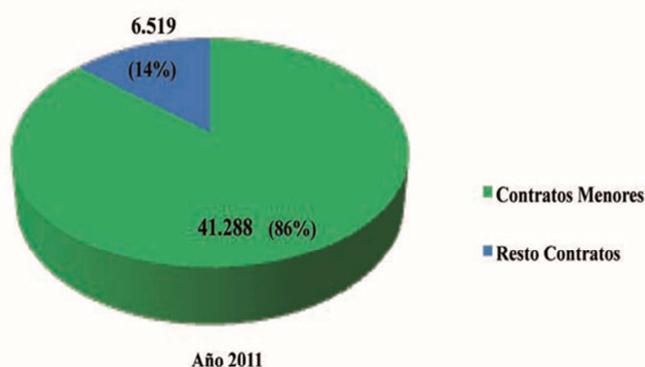
³⁶⁵ STS, 2ª, de 30 abril de 2015, rec. 1125/2014, condenó a 7 años de inhabilitación a un ex - Viceconsejero del Principado de Asturias y al Secretario General de la Consejería por prevaricación por fraccionamiento ilegal de un contrato para hacerlo menor; además el contratista preseleccionado de antemano que es además quien presenta tres presupuestos diferentes (se trataba de hacer unos sencillos monumentos en fosas de asesinados durante la dictadura).

³⁶⁶ Sobre los riesgos de los contratos menores puede leerse el trabajo de RIERA LÓPEZ, Marta, “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, publicado en la revista de Auditoría Pública, editada por los Órganos Autonómicos de Control Externo

es necesario reconducir esta práctica de la que se ha abusado mucho, abuso que permitido una regulación tan permisiva como imprecisa, como ha señalado J. E. CANDELA TALAVERO³⁶⁷.

Este tipo de contratación está excesivamente extendido, especialmente en las EELL, donde en muchos pequeños y medianas entidades es casi la única modalidad de contratación utilizada. Baste como ejemplo la estadística que ha elaborado la citada técnica de auditoría M. RIERA LÓPEZ, sobre los informes de fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía de la Cuenta General, contratación pública y Fondos de compensación interterritorial, ejercicios 2005 a 2011: el 86% de todos los contratos de las EELL de esta Comunidad Autónoma en ese periodo de tiempo se tramitaron por ese procedimiento³⁶⁸. Por ello los OCEX reclaman una mejora de la gestión y el control de los contratos menores³⁶⁹ y promueven su fiscalización³⁷⁰.

Gráfico 2. Contratos Adjudicados en Andalucía en el año 2011



Fuente: Informes de Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Pública y Fondos de Compensación Interterritorial ejercicios 2005 y 2011 de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

<http://www.auditoriapublica.com/auditoria.php?articulo=887&id=69&seccion=LEGALIDAD#ArticuloActual>.

³⁶⁷ CANDELA TALAVERO, José Enrique, “La transparencia y el contrato menor”. ObCP, entrada de 02/06/2014

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.156/relcategoria.208/relmenu.3/chk.6b0c2f696b2ab48a640f31f2d344c451>

³⁶⁸ Un porcentaje similar (82%) es el que señalaba la Diputación de Soria en su plan de mejora del Departamento de contratación y Patrimonio 2006.2007, elaborado en noviembre de 2005 por YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo.

³⁶⁹ Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, ejercicio 2012.

³⁷⁰ «Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana. Guía orientativa sobre las incidencias significativas. Análisis de la regulación de los contratos menores» Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 14/05/2013. Prevé que se pida al menos una relación de los menores y fiscalizar por muestreo.

Y no puede ocultarse que esta forma de adjudicar contratos, al realizarse sin publicidad alguna, ha sido un espacio muy dado a la corrupción, en los que además puede ser solo de empleados públicos, sin concurrencia política. En uno de los casos de corrupción política destapado a principios del año 2015, denominado como “Operación Púnica” se ha señalado por los medios de comunicación que las fuentes de la investigación han destapado *“la necesidad de que haya una fiscalización previa de los denominados contratos menores”*, y un mayor control de los mismos³⁷¹. Otro reciente caso de corrupción ligado a los contratos menores, ha demostrado que pueden ser continuados en el tiempo y alcanzar cuantías considerables, y como la existencia de un expediente con tres ofertas puede ser un formalismo que no obstaculiza la manipulación y el favoritismo, como el detectado también en el año 2015 en el Ayuntamiento de Valladolid, en el que se descubrió la adjudicación a lo largo de en varios años de unos 11,5 millones de a empresas vinculadas con el encargado de mantenimiento del Ayuntamiento³⁷².

Resulta por lo tanto necesario articular medidas para salvaguardar un mínimo de concurrencia efectiva en los contratos menores, ya que, como hemos reiterado, los procedimientos de contratación que legalmente admiten restricciones a los principios de publicidad y competencia, como son el procedimiento negociado sin publicidad y el contrato menor, su utilización ha de ser restrictiva y su interpretación estricta.

En estos sistemas de selección del adjudicatario se ha conjugar el objetivo de agilidad procedimental en la adjudicación, con la motivación en la elección del contratista en términos de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y el imprescindible control de la ejecución. Como también hemos opinado, estos dos procedimientos pueden ser una herramienta útil para promover la participación de las pymes en la contratación pública, incluidas las locales (IJCCA de Aragón

³⁷¹http://politica.elpais.com/politica/2015/05/07/actualidad/1431025429_619552.html

La Operación Púnica, cuyos tentáculos afectan a 46 municipios de la Comunidad de Madrid, ha puesto de manifiesto la ausencia de los adecuados controles en la fiscalización de las cuentas de los Consistorios, según fuentes de la investigación. Y también la necesidad de que haya una fiscalización previa de los denominados contratos menores (inferiores a 18.000 euros). Otro dato que arrojan las pesquisas es el descontrol e impacto negativo de la gestión del suelo público en muchos Ayuntamientos, según los mismos medios, que opinan que deberían aumentar los controles sobre la gestión del suelo y las contrataciones menores.

³⁷² El asunto judicializado se descubrió casualmente al constatar la coincidencia del número de teléfono dos empresas que presentaban ofertas para un contrato menor de obras. El encargado de mantenimiento era quien solicitaba las ofertas y proponía la adjudicación; muchas veces era también que “detectaba” la necesidad y comprobaba el trabajo ejecutado y daba su conformidad a la factura presentada. Al trabajar con hasta doce empresas, todas vinculadas a su familia, se hacía muy difícil cualquier sospecha. Puede verse información sobre el caso que denunció ante los juzgados el propio Ayuntamiento en este enlace de la prensa local: <http://www.elnortedecastilla.es/temas/generales/caso-samaniego.html>

16/2012, de 19 de septiembre³⁷³), que como se ha apuntado es otro de los objetivos de la contratación estratégica que promueve la Estrategia Europa 2020, previsto en el artículo 22.2 del TRLCSP (28.1 del ALCSP).

Como señala el «El Libro Verde de la contratación pública europea: Reflexiones para el futuro» (de 27 de enero de 2011): *“muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa”* (punto 3.28). Aunque en este caso se ha de ser especialmente cuidadoso para evitar el clientelismo y garantizar también la economía en el gastos público, de los contrario habría que concluir con G. YÁÑEZ SÁNCHEZ que *“habría que abandonar los viejos hábitos de adjudicar los contratos directamente a los proveedores locales evitando la corrupción y favoritismo que le suele acompañar y lo segundo gestionar determinados contratos menores con publicidad y concurrencia”*³⁷⁴.

a. La necesaria limitación cuantitativa y cualitativa de los contratos menores.

La LCSP del año 2007 amplió el ámbito cuantitativo y tipológico de los contratos menores³⁷⁵. Por un lado, se ampliaron las cuantías, a 50.000€ para obras y 18.000€ para el resto de contratos, IVA excluido³⁷⁶, frente a los 30.000 y 12.000 anteriores³⁷⁷. Además, el artículo 122.3 de la LCSP (138.3 del TRLCSP), que admite el recurso a esta modalidad de elección directa del contratista *“cuando se trate de otros contratos”* (distintos del de obras) lo que se ha interpretado en el sentido de

³⁷³ Este informe de la JCCA aragonesa señala que *“la lógica del contrato menor puede aconsejar que se consulten a las empresas cercanas a la unidad contratante, siempre que el motivo sea siempre una mayor eficacia y eficiencia”*.

³⁷⁴ YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, “Los contratos menores en La Ley de Contratos del Sector Público (III)”, (2009), publicado en su blog <http://administracionpublica.com/>.

³⁷⁵ Sobre esta evolución normativa puede verse el comentario al artículo 11 del TRLCSP, realizado por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, en el Libro “Contratos del sector público local”, El Consultor-La Ley, 3ª edición, 2013, pág. 775.

³⁷⁶ Circular 3/2008, de la Abogacía del Estado de 30 de julio de 2008; Dictamen de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la CA Valencia 1/2008 de 20 de mayo.

³⁷⁷ En el art. 121 del TRLCSP, la cuantía para el contratos de obras era de 30.050,61 euros y de 12.020,24, art. 171 y 201 TRLCAP para los contratos de suministros y servicios. Estas cuantías se mantienen en el 31 de La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece en su apartado 3 que *“Cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000. El IJCCA Informe 15/09, considera que en el caso de actuaciones acogidas a dicha Ley, las cuantías a tener en cuenta son las de ésta (30.000 y 12.000€ para obras y demás contratos respectivamente) y no las de la LCSP; igualmente señala que cuando esta Ley exija concurrencia de al menos tres ofertas no podrá ser aplicada la figura del contrato menor. La Ley estatal no se ha adaptado a las nuevas cuantías que introdujo la LCSP, como si ha hecho La Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que modificó el artículo 36.3 de La Ley 6/2011, de 23 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, para exigir la petición de ofertas y la adjudicación a la más ventajosa en el caso de subvenciones para obra, suministros o servicios que superen las cifras que establece el TRLCSP para los contratos menores.*

que el legislador ha pretendido hacer extensiva esta figura a todos los contratos³⁷⁸ incluidos por lo tanto a los administrativos especiales y los de gestión de servicios públicos. Como se ha señalado, este cambio supuso que muchos trabajos, como la redacción de proyectos, estudios, y otros trabajos de servicios, pasaron de “costar” 12.000€ a 18.000€, por el mero cambio normativo que permitía llegar hasta esa cuantía como contratos menores. Esas cuantías se mantienen en el ALCSP, a pesar de que se ha denunciado expresamente lo elevado de las mismas en un informe al que se ha hecho referencia más arriba de la OLAF: “*un elevado umbral para contratos de obras y servicios de menor cuantía*”³⁷⁹.

La extensión de la aplicación de los contratos menores hasta esas cuantías se generalizó de manera inmediata, contribuyendo al aumento del déficit del gasto público. Pronto se alzaron voces cualificadas pidiendo una utilización racional y limitada de los contratos menores, como J. A. MORENO MOLINA, y J. M. GIMENO FELIU³⁸⁰. Y también empezaron a aparecer disposiciones normativas limitando esas cuantías en algunas CCAA y EELL.

El modelo de Plan de Ajuste para las EELL acogidas al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores de las EELL, establecido en el Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, estableció como Medida 10 para la reducción de gastos: “*Reducción de celebración de contratos menores (se*

³⁷⁸ En este sentido puede verse el trabajo “Diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, de GRAJAL CABALLERO, Inmaculada, en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, n.º 20, Quincena 30 Oct.-14 Nov. 2009, Ref. 2955/2009, pág. 2955, tomo 3.

³⁷⁹ A este informe de la OLAF alude el también citado Informe sobre corrupción en la UE que ha elaborado la Comisión Europea (Bruselas, 3.2.2014 OM (2014) 38 final).

³⁸⁰ MORENO MOLINA, José Antonio, en la presentación del libro “Ley de Contratos del Sector Público”, edit. La Ley 2007, págs. 8 y 9.

GIMENO FELIU, José María, apunta solicitar al menos tres ofertas en los contratos de importe superior a determinada cuantía (ofrece el dato de que en Francia se ha fijado esa exigencia en 4.000€) y fijar un límite de “concentración” de contratos en un mismo licitador. en el trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, REDA 147, 2010, pág. 528.

Reitera similar propuesta en el citado “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”. Texto ponencia V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014, pág. 14: “*El mantenimiento de este procedimiento simplificado —que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato— no parece una medida acertada (por mucho que convenza desde la utilidad práctica de la gestión) en tanto se restringe indebidamente la concurrencia (se confunde gasto menor con contrato menor identificando éste con la adjudicación directa sin concurrencia). Estamos, en definitiva, ante una de las zonas más oscuras de la contratación pública*”. Cita en esta última afirmación el profesor GIMENO a F. BLANCO LOPEZ, «Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en la LCSP», en libro colectivo Estudios sobre La Ley de Contratos del Sector Público. Editado por Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico, 2008, págs. 177-180.

*primará el requisito del menor precio de licitación)*³⁸¹. Esta medida no deja de poner sobre la mesa la sospecha de abusos en el recurso a esta forma de contratar y su más que posible ineficiente, al no tener en cuenta la relación valor/precio. En esta línea crítica con el abuso y quizá cierta utilización interesada que se realiza de los contratos menores, la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción., presentada en el año 2012 por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, planteaba una reducción drástica de las cuantías de los contratos menores³⁸².

Algunas Comunidades Autónomas han limitado las cuantías hasta las que las entidades de su sector público pueden realizar contratos menores. La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears requiere en su artículo 19 la publicación en el perfil del contratante los contratos menores cuya cuantía supere la cifra de 25.000 euros en los contratos de obras y de 9.000 euros en el resto de contratos. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece el artículo 4.2 que *“En los contratos menores de obras que superen los 30.000 euros y en los de servicios y suministros que superen los 6.000 euros excluido Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario, se necesitará consultar al menos a tres empresas, siempre que sea posible, que puedan ejecutar el contrato utilizando preferentemente medios telemáticos”*. La Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia impone la necesidad de solicitar varias ofertas en los contratos menores a partir de 25.000€ en obras y 9.000 en el resto (artículos 22, 23, 24, 29 y 34). En Navarra, la Ley Foral 14/2014 de 18 de junio, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (BOE de 25 de julio de 2014), limita en los contratos menores se las cuantías a 40.000€ en obras y 6.000€ en servicios y suministros y añade otra interesante limitación subjetiva: ninguna empresa

³⁸¹ Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades locales.

³⁸² PNL nº 122/000026, BO Cortes Generales de 5 de enero de 2012.

artículo 5. Medidas contra la corrupción en la contratación administrativa. Se modifica La Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre, para reforzar los principios de objetividad, publicidad e imparcialidad en las adjudicaciones de los contratos y prevenir posibles adjudicaciones fraudulentas, de acuerdo a los criterios siguientes:

«1. Limitación de la posibilidad de adjudicar contratos directamente a favor de un contratista:

a) Los contratos menores deberán ser de un importe inferior a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 6.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

b) Ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos menores de cualquier clase celebrado con un mismo organismo cuya cuantía acumulada supere los 50.000 euros.

podrá facturar durante un mismo ejercicio presupuestario más de 80.000€ en obras y 30.000€ en el resto contratos³⁸³.

En esta línea, algunos Ayuntamientos han auto limitado las cuantías en las que pueden acudir a un contrato menor, y han establecido requisitos adicionales. El Ayuntamiento de Madrid, en una Instrucción 3/2012³⁸⁴, exige solicitar tres ofertas en los contratos de más de 1000€. La Carta local de compromisos en materia de contratación pública del Ayuntamiento de Logroño (de 28 de mayo de 2012), se compromete a solicitar, al menos tres ofertas a empresas capacitadas, solventes y relacionadas con el objeto del contrato, cuando el precio del contrato fuere superior a 15.000 euros, para el contrato de obras y de 6.000 euros, para el resto. El Ayuntamiento de Gijón ha regulado un “Procedimiento Electrónico de Contratos Menores” (Resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2013). La Diputación Provincial de Valladolid aprobó el 30 de mayo de 2014 un paquete de “Medidas sobre contratación pública socialmente responsable y accesible a pequeñas y medianas empresas en la Diputación Provincial de Valladolid”, en la que impone solicitar ofertas a varias empresas capacitadas, solvente y relacionadas con el objeto del contrato cuando el presupuesto exceda de 6.000€³⁸⁵. El Ayuntamiento de Valladolid, la instrucción de 1/2015, establece una doble limitación: en los contratos de importe superior a 6.000€, o cuyo objeto sean prestaciones de hacer que requieran elaboración o de actuaciones con una mínima continuidad en el tiempo, se adoptará un acuerdo expreso previo del órgano de contratación, precedido de un informe que defina con precisión el objeto del contrato y las condiciones de su ejecución, acredite que no se ha producido un fraccionamiento irregular del objeto y motive la elección del adjudicatario, circunstancias todas ellas que se harán constar en el acuerdo de adjudicación; para motivar la adjudicación en el menor precio, se solicitarán, siempre que existan en el mercado, ofertas al menos a tres empresas no vinculadas entre sí, y que se trate de micropymes, pymes, autónomos, cooperativas o empresas del “tercer sector social”³⁸⁶.

Para las EELL, la legislación de régimen local y la de contratos ya modulaban las cuantías en las que podían utilizar la adjudicación directa, en función del

³⁸³Esta medida también se incluía en la citada Proposición legislativa de UPyD del año 2012.

³⁸⁴ Esta Instrucción, aprobada por Decreto de 26 de abril de 2012 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, establece las medidas a adoptar en relación con la contención del gasto en el ámbito de la contratación municipal.

³⁸⁵ Publicada en el BOP de 7 de junio; aprobada por la Junta de gobierno Local el 30 de mayo de 2014.

³⁸⁶ Instrucción 1/2015, de secretaría general, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes, aprobada por la Junta Gobierno Local el día 17 de abril de 2015.

presupuesto de cada entidad. La Disposición adicional novena del TRLCAP, no permitía el recurso a este sistema de contratación en las Entidades Locales cuando la cuantía del contrato pretendido superaba el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto de la Entidad, límite que era del 5% en el artículo 88.3 de la LBRL y 120.1.3º del TRRL (porcentaje que posteriormente se bajó hasta el 2%). Estas limitaciones se eliminaron con la LCSP. Pero como ha señalado M. RIERA LÓPEZ, no parece razonable que un Ayuntamiento pueda realizar contratos menores con la misma holgura que una entidad de presupuesto muy superior³⁸⁷. Efectivamente no parece razonable que un Ayuntamiento de 1000 habitantes tenga el mismo umbral cuantitativo para acudir a un menor que un Ministerio, pues eso hace que muchas EELL con escaso presupuesto³⁸⁸ prácticamente nunca tramitan procedimientos abiertos. Entendemos que debería limitarse de nuevo legalmente las cuantías hasta las cuales las EELL pueden hacer uso de los contratos menores, además de precisarse el carácter excepcional y sólo para necesidades puntuales y no periódicas. Aunque paralelamente deberían permitirse contratos menores plurianuales por debajo de determinadas cuantías, sin superar el límite que se establezca para los contratos menores anuales. Y es que no resulta eficiente exigir a un pequeño Ayuntamiento aprobar unos pliegos para contratar, por ejemplo, un seguro de incendios, el mantenimiento de un ascensor u otros servicios similares que en muchísimas EELL supone menos de tres mil euros al año³⁸⁹, situaciones que se pueden producir también en Administraciones

³⁸⁷ RIERA LÓPEZ, Marta, en el artículo “*Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo*”, cit., pone este ejemplo: Parece obvio afirmar que un Ayuntamiento como el de Carreño (Asturias) con un presupuesto en el ejercicio 2009 de 23.743 miles de euros que supondría el 0,33% del presupuesto de la Comunidad de Madrid (7.079.392 miles de euros) no debería formalizar un número similar de contratos menores a los adjudicados por órganos de tamaño considerablemente superior.

³⁸⁸ Aproximadamente la mitad de los Ayuntamientos de España tiene un presupuesto inferior a unos 500.000€.

³⁸⁹ En este sentido, en la propuesta para redactar la disposición adicional segunda del ALCPS, encargo que recibí del Colegio de Secretarios Tesoreros e Interventores de Administración Local, y este a su vez el grupo de trabajo redactor del anteproyecto, realicé una propuesta expresa para el ALCSP que no fue asumido por el por la oposición de los secretarios-Interventores, que son los funcionarios con habilitación estatal que prestan servicios en los Ayuntamientos de población inferior a 5.000 habitantes. Idea que repetí ante el grupo de trabajo, donde fui el único representante de la Administración Local invitado a tomar parte en alguna de las reuniones el grupo de trabajo. Sin embargo, posteriormente la idea ha calado en COSITAL, pues en la «Propuestas para la Regeneración Municipal» que presentaron el 29 de abril de 2015 con la Fundación ¿Hay Derecho? Han incluido entre las medidas la “definición del contrato menor por referencia a magnitudes presupuestarias de cada Entidad Local (propuesta legislativa)”.

Esta fue mi propuesta para el ALCSP:

Se limitarán en las Entidades Locales, además de en las cantidades fijadas en esta ley, en función no podrá utilizarse esta modalidad de contratación simplificada en aquellos contratos de cuantía superior a las siguientes:

- Poblaciones de más de 500.000 habitantes: límite general de esta ley
- Poblaciones de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 30.000 euros en contratos de obras y 15.000 para el resto de contratos.
- Poblaciones de entre 20.001 y 100.000 habitantes: 25.000 euros en contratos de obras y 12.500 para el resto de contratos.

grandes en relación con determinados contratos de muy escasa cuantía y necesidad casi periódica. El coste de recursos humanos y tiempo para elaborar pliegos técnicos y administrativos y tramitar esos contratos no se compensa en absoluto con el escaso importe de esos contratos.

Otro tema de vital importancia en relación con los contratos menores es evitar el riesgo de fraccionamiento ilegal para eludir la concurrencia. El artículo 86.2 del TRLCSP prohíbe el fraccionamiento del objeto de los contratos “*con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*”, misma regla que se contiene en el artículo 99.2 del ALCSP. Este fraccionamiento no tiene nada que ver con la regla general que prevé el artículo 46 de la Directiva de contratación 2014/24 y que traspone el apartado 3 del artículo 99 del ALCSP, ya que la división del contrato en lotes no elude la publicidad y la concurrencia, sino al contrario, al estimular a facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas.

Cuando se fracciona un contrato con el objetivo de eludir la concurrencia tramitando un contrato menor (o negociado sin publicidad), se puede estar rozando el ilícito penal. Así lo ha entendido el Tribunal de Cuentas, que ha remitido a la fiscalía algunos casos en los que ha considerado que podrían haber fraccionado contratos de forma irregular³⁹⁰. El informe N° 1046, de 24 de julio, de Fiscalización de las actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al FEIL, considera que hay puede haber indicios de fraccionamiento irregular de los contratos en los supuestos siguientes:

- Contratos con el mismo objeto o muy similar o complementario, adjudicados en fechas muy similares, que den cobertura a una misma necesidad pública, aunque no se realicen en la misma ubicación.

-
- *Poblaciones de entre 5.001 y 20.000 habitantes: 20.000 euros en contratos de obras y 10.00 para el resto de contratos.*
 - *Poblaciones de entre 1.001 y 5.000 habitantes: 15.000 euros en contratos de obras y 7.500 para el resto de contratos.*
 - *Poblaciones de entre 0 y 1.000 habitantes: 10.000 euros en contratos de obras y 5.000 para el resto de contratos.*

Los contratos menores sólo se podrán utilizar para atender necesidades puntuales y concretas no permanentes de duración inferior a un año.

No obstante, las entidades locales de población inferior a 5.000 habitantes podrán celebrar contratos de suministro o servicios menores con una duración de hasta dos años improrrogables, sin que en ningún caso el importe total del contrato pueda ser superior a los dos límites cuantitativos referidos en el párrafo anterior. En estos casos deberá instruirse un mínimo expediente en el que se motive la elección del adjudicatario y se adjudique el contrato concretando las condiciones de ejecución y se adopte el compromiso de gasto plurianual.

³⁹⁰ Así lo hizo, por ejemplo, en relación con dos expedientes tramitados por el Ayuntamiento de Valladolid con las ayudas del FEIL, analizadas por el Tribunal de Cuentas en Informe N° 1.046, de 24 de julio, de fiscalización sobre actuaciones realizadas por los ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre. Se trataba de contratos de sustitución de ventanas en diferentes colegios.

- Contratos del mismo tipo (obras, servicios, suministro, etc.), realizados en una misma ubicación (edificio, terreno, etc.), de distintas o similares prestaciones dirigidas a un mismo fin, y cuya causa sea una misma necesidad pública.

La JCCA de Cataluña, en su informe 14/2014, de 22 de julio, añade también la precaución de evitar los contratos menores para cubrir necesidades recurrentes. Estas dos reglas han de ser analizadas con rigor antes de tramitar contratos de mantenimiento, reparaciones, suministros, y en general muchos contratos de escasa cuantía individualmente considerados, pero que pueden responder a una única necesidad. Para tratar de evitar el fraccionamiento irregular de los contratos, resulta también de utilidad la Guía orientativa sobre las incidencias significativas. Análisis de la regulación de los contratos menores (2012) de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana y su Manual de fiscalización de 14 de mayo de 2013³⁹¹.

Finalmente, deben tenerse en cuenta en relación con los contratos menores unos importantes «límites cualitativos», que no están expresamente señalados en la Ley, pero que se deducen de su carácter de excepción a la regla general de libre concurrencia y se han destacado especialmente por los OCEX, y han asumido algunas administraciones. Así, la ya citada Instrucción 3/2012 del Ayuntamiento de Madrid, limita la celebración de contratos menores para necesidades puntuales y concretas, lo que determina su carácter excepcional y restrictivo. La Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid, dispone en su artículo 99.1 que *“El recurso a la figura del «contrato menor» será expresamente justificada, se utilizará para atender a necesidades puntuales y no periódicas y para fomentar la contratación con pequeñas y medianas empresa, cooperativas, autónomos y en general empresas del tercer social”*.

La Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, en su informe de fiscalización de 30 de octubre de 2014³⁹², realiza una afinada concepción de este procedimiento de adjudicación directa. Propone este OCEX que para una racionalización en el uso de los contratos menores, figura de carácter excepcional, su uso se debería limitar a aquellos supuestos en que: a) el objeto contractual sea

³⁹¹ Manual de fiscalización Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, de 14 de mayo de 2013, señala al respecto lo siguiente:

“El riesgo de auditoría ligado a los contratos menores reside en el posible incumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia de contratos que no deberían tramitarse como menores, pero en los que se ha fraccionado indebidamente el objeto del contrato (aspecto éste analizado en la Sección 808.1 del Manual de fiscalización).

En consecuencia con este riesgo, uno de los objetivos de la fiscalización será detectar el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado y la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, tramitando como menores contratos que realmente exceden los límites permitidos por el TRLCSP”.

³⁹² Informe de fiscalización de los contratos de procedimiento negociado y de la contratación menor en las antiguas Consejerías de Educación y Ciencia y Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno.

de escasa cuantía; b) responda a necesidades puntuales; y c) éstas se encuentre perfectamente definidas. Nos parece muy de destacar esta última exigencia, que supone exigir documentar siquiera mínimamente los contratos menores que supongan prestaciones de hacer a lo largo de cierto periodo de tiempo, cuestión en la que incidiremos un poco más adelante. En su informe de 24 de abril de 2015, la Sindicatura de Cuentas de Asturias avanza en las exigencias de la tramitación de los contratos menores se justifique la necesidad que lo motiva, se defina con precisión el objeto, se explique la determinación del precio, se concreten los derechos y obligaciones y se busquen las mejores ofertas. En estos aspectos incidiremos seguidamente.

Pese a toda la argumentación expuesta, el ALCSP mantiene la regulación abierta del TRLCSP, con sus mismas cuantías, sólo con alguna precisión menor en relación con la su perfección y acreditación la no formalizarse (arts. 36 y 151 ALCSP). Se sigue concibiendo como un procedimiento de adjudicación directa, sin exigencia alguna de realizar una mínima concurrencia, *“a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación”* (art. 138.3 ALCSP); con las mismas cuantías que establece el artículo 111 TRLCSP y DA 9ª (art. 118 ALCSP y DA 9ª), cuantías que también se señalan expresamente para las entidades del sector públicos que no son administraciones públicas (arts. 317 y 319 ALCSP); y la limitación temporal de que *“no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”* (art. 29.7). Sí recoge el ALCSP en su artículo 63.4 la exigencia de publicación de los contratos menores, en coherencia con lo que establece la Ley 19/2013, de 9 de Diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: *“La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse 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”*. Esta publicidad permitirá advertir posibles abusos con los contratos menores, que puede ser un paso significativo para tratar de reconducir esta figura.

En todo caso, y pese a la parquedad regulatoria de legislador estatal, nada impide en todo caso que la normativa autonómica o local limite esa cuantía o imponga requisitos adicionales, como se deduce de lo que señala la disposición final primera del ALCSP: *“tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1”*.

b. La aplicación del principio de transparencia a los contratos menores. La necesidad de publicación para solicitar ofertas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda ha mantenido siempre un criterio contrario a exigir más requisitos que los

establecidos en la Ley para adjudicar los contratos menores. Expresamente ha señalado que no se aplican los requisitos de publicidad y concurrencia, ya desde los clásicos IJCCA 40/1995 de 7 de marzo de 1996 y 10/1998, de 11 de junio de 1998³⁹³. En su informe 17/2005 de 29 de junio de 2005, señala que la finalidad de simplificar la contratación administrativa con esta figura, difícilmente se concilia con la exigencia de otros requisitos, o con requisitos más rigurosos, que los concretos que se establecen en su regulación específica. El IJCCA 1/2009, de 25 de septiembre de 2000 señala sin ambages que los contratos menores *“pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación”*.

Sin embargo, la adjudicación directa de los contratos menores sin ningún tipo de publicidad y concurrencia, es una “singularidad” de la normativa española que carece de cobertura comunitaria. No sólo no es que las Directivas no contemplen expresamente excepciones cuantitativas a la concurrencia para adjudicar los contratos públicos, sino que esa posibilidad está expresamente rechazada por la jurisprudencia comunitaria y por la Comisión Europea.

Así lo precisa el profesor J. A. MORENO MOLINA: *“Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) acudir a este procedimiento solo por razón de su valor. El propio Tribunal Europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y se ha lamentado de que las Directivas sobre recursos en vigor (las Directivas 89/665 y 92/13) no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad (STSJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle), apartado 37)³⁹⁴. Vaticinaba este profesor que con la ampliación cuantitativa y su extensión sin límites en las entidades locales, que para muchos Ayuntamientos, lo realmente excepcional sería contratar por otro procedimiento que no sea el menor, y se lamentaba de que la LCSP había perdido una oportunidad de articular un procedimiento de contratación simplificado sin merma del principio de libre concurrencia, y se preguntaba “¿Dónde quedan en estos casos de utilización masiva del contrato menor el respeto de los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación?”*. Ya hemos visto como el tiempo le ha dado sobradamente la razón al profesor MORENO, y como sus lamentos puede reproducirlos para el ALCSP, donde ni

³⁹³ La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado mantenía ese mismo criterio en su informe de 19 de julio de 1995.

³⁹⁴ MORENO MOLINA, José Antonio, en la presentación del libro “Ley de Contratos del Sector Público”, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 8 y 9.

siquiera la introducción de un procedimiento abierto simplificado (art. 157) pensamos que vaya a restar un ápice de campo de actuación a los contratos menores, más bien se ampliarán ante la desaparición del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (art. 166).

Pero en el derecho comunitario no tiene cabida la contratación sin concurrencia. Ya el «Libro Verde de la contratación pública europea: Reflexiones para el futuro», (COM 27 de noviembre de 1996), señalaba en su punto 3.28º, que, aunque es cierto que los procedimientos previstos por las Directivas comunitarias son aplicables exclusivamente a los contratos públicos de un importe estimado superior a los umbrales establecidos, eso no significa, como *“algunos poderes adjudicadores consideran que los contratos públicos que no alcanzan estos umbrales no están sometidos a ninguna disposición comunitaria, de manera que en ocasiones estos contratos se adjudican sin haber convocado previamente un concurso público. Muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa. Al igual que el otorgamiento de concesiones y contratos similares, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse respetando las disposiciones del Tratado CE sobre la libre circulación de las mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, que se hallan en su base”*. La «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)», precisaba que en estos contratos las entidades adjudicadoras han de cumplir los principios y los criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos que ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que se derivan directamente de los principios del Tratado: la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo. En la misma línea, en el «Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea» de 27 de enero de 2011 se incide en que en la adjudicación de los contratos menores deberían respetarse igualmente las disposiciones del Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia (pág. 14).

Y esa exigencia es constante en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen; o la sentencia de 14 de junio de 2007, asunto C-6/2005, Medipac-Kazantzidis). La STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06,59, Comisión contra España³⁹⁵, es bien precisa al respecto, recordando que *“(72) El mero hecho*

³⁹⁵ Esta STJUE consideró que vulneraba el derecho comunitario un convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación y cultura y Correos para prestar unos servicios postales no reservados. El

de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (auto de 3 de diciembre de 2001[TJCE 2001\380], Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 19, y sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 33)”, pues en todo caso y “(71)...las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado”. Y alude expresamente esta STJUE que ha de respetar (75) “los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública adjudicadora se asegure de que los mencionados principios son respetados”. Por ello concluye que (77) “del artículo 86 CE, apartado 1, se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de contratos públicos de servicios sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”. Hemos de recordar aquí otra STGUE condenatoria contra España, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11(60), que recuerda que desde la adhesión de un Estado en la Unión Europea, se aplican las normas de la Unión en materia de contratación pública, por encima de lo que disponga la legislación nacional.

No obstante, las exigencias de publicidad no son siempre las mismas en los contratos de cuantía inferior a los umbrales de las Directivas, permitiendo el TJUE cierta modulación en aquellos contratos que carecen de «un interés transfronterizo cierto», aunque la interpretación de este concepto es bastante generosa a favor de la consideración de tal interés comunitario. La STJUE de 16 abril de 2015, C-278/14³⁹⁶, recuerda primeramente que la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva está sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto habida cuenta de ciertos criterios objetivos (16) ³⁹⁷. No obstante, admite que (25), “por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como a la obligación de transparencia, debe reconocerse a los

Tribunal considera que las prestaciones que se encargaban vía convenio eran propias de un contrato de servicios, cuya definición es materia de Derecho comunitario y no nacional.

³⁹⁶ Juzga esta sentencia la compra de unos equipos informáticos por un poder adjudicador de Rumanía, por un importe relativamente pequeño, 58.600€. Considera el Tribunal que se podía presuponer en ese caso el interés transfronterizo porque se exigía un procesador de referencia de una marca internacional.

³⁹⁷ Remite en ese sentido a la sentencia Ordine degli Ingegneridella Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 23 y la jurisprudencia citada.

Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase la sentencia Serrantoni y Consorziostabileedili, C-376/08, EU:C:2009:808, apartados 31 y 32)”. Da esta sentencia algunas pautas para poder apreciar si un determinado contrato puede tener un «interés transfronterizo», cuestión que señala han de apreciar “los órganos jurisdiccionales nacionales· (18): “(20) En cuanto a los criterios objetivos que pueden indicar la existencia de un interés transfronterizo cierto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tales criterios pueden ser, en particular, el hecho de que el contrato en cuestión tenga un importe de cierta trascendencia, combinado con el lugar de ejecución de las obras o también las características técnicas del contrato. El órgano jurisdiccional remitente puede, al realizar su apreciación global de la existencia de un interés transfronterizo cierto, tener en cuenta también la existencia de reclamaciones presentadas por operadores situados en otros Estados miembros, siempre que se compruebe que éstas son reales y no ficticias (véase la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 49 y la jurisprudencia citada)”.

La alusión de esta STJUE de 16 abril de 2015, C-278/14, a la posibilidad de “cierto margen” en la aplicación de los principios, supone que se puede prever una concurrencia más limitada, pero no desde luego una exclusión total de la concurrencia como sucede con los contratos menores en España.

Algunos autores han mantenido posturas poco o nada proclives a abrir una mínima concurrencia en los contratos menores³⁹⁸, otros, apelando al valor de simplificación procedimental que aportan, apuntan que su utilización deba ser objeto de una resolución motivada y su interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado³⁹⁹.

Sin embargo, voces muy cualificadas abogan por abrir una mínima concurrencia en los contratos menores.

Aparte de la crítica ya glosada de MORENO MOLINA, el también catedrático J. M. GIMENO FELIU ha apuntado que frente a las posibles ventajas de una mayor flexibilidad de la figura del contrato menor como procedimiento simplificado, deben contraponerse la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes

³⁹⁸ BLANCO LÓPEZ, Francisco, “Contrato menor con tres ofertas”, considera que es una “una mala idea” pedir tres ofertas en los contratos menores, y que para eso es mejor no utilizarlos. ObCP entrada de 16/12/201.

³⁹⁹ CANDELA TALAVERO, José Enrique, “La transparencia y el contrato menor”. ObCP, entrada de 02/06/2014

adjudicadores con el consiguiente riesgo de favoritismo, y por ello estima que *“exigir por medios electrónicos al menos tres ofertas válidas atendiendo al criterio precio (es el caso de Aragón o Galicia) puede servir de “freno” a un uso indebido o las patologías del mismo así como de estímulo a cierta concurrencia efectiva”*⁴⁰⁰. G. YÁÑEZ SÁNCHEZ aboga por una mínima concurrencia a través del perfil de contratante y/o a los procedimientos de licitación electrónica, recordando como ya el proyecto piloto SÍLICE (Sistema de Información para la Licitación y Contratación Electrónica) del Ministerio de las Administraciones Públicas del año 1999 planteaba esa concurrencia por medios electrónicos en los contratos menores por medio, cuando la ley de contratos entonces vigente no lo exigía⁴⁰¹. En todo caso, la presentación de ofertas debe hacerse de modo que se garantice la igualdad de trato mediante el secreto de las mismas, pues de lo contrario se puede favorecer a algún contratista permitiendo contraofertar a la vista de las demás ofertas

En esta línea, algunas leyes autonómicas a las que ya hemos aludido plantean una concurrencia a través del perfil de contratante a partir de ciertas cuantías. La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears exige la publicación en el perfil del contratante los contratos menores cuya cuantía supere la cifra de 25.000 euros en los contratos de obras y de 9.000 euros en el resto de contratos (artículo 19). Algunos Ayuntamientos, como Madrid o Valladolid requieren la solitud de al menos tres ofertas en contratos superiores a 1.000€ y 6.000€ respectivamente; el Ayuntamiento de Gijón ha regulado un “Procedimiento Electrónico de Contratos Menores”, aprobado por Resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2013.

La Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón, señala también que nada obsta para que se utilice el Perfil de contratante para dar publicidad a la tramitación de los contratos menores, permitiendo a los operadores económicos interesados participar en el proceso de adjudicación de los mismos. Recuerda este órgano consultivo que hay no obstante diversos modos de instrumentar esta posibilidad, como ponen de manifiesto las buenas prácticas observadas en algunas Administraciones y cualquiera de ellas *“redunda en la transparencia de la actividad contractual y en la eficiencia en la utilización de los fondos públicos”*.

Concluimos este apartado en el que abogamos por la apertura a una mínima concurrencia en los contratos menores de cierta cuantía, con la apelación a la búsqueda de equilibrio entre la simplificación procedimental y la eficiencia en el

⁴⁰⁰ GIMENO FELIU, José María, en el citado “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”. Texto ponencia V Seminario de contratación pública. Formigal, septiembre de 2014, pág. 14. ObCP entrada del 12/11/2014.

⁴⁰¹ YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, “los contratos menores y la publicidad y concurrencia de empresas”, publicado en su blog, Comunidad de prácticas de la contratación pública, contrataciónpública.es

gasto público que se busca con la concurrencia. Como apunta el «Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana. Guía orientativa sobre las incidencias significativas. Análisis de la regulación de los contratos menores» (14 de mayo de 2013⁴⁰²), “*será un contrato menor el ticket de un taxi de 3 euros y una obra de 50.000 euros*”, es decir hay “*una diversidad de situaciones que requerirán un tratamiento diferenciado en las fiscalizaciones y la aplicación del juicio profesional para distinguir entre situaciones relevantes y aquellas irrelevantes o claramente triviales*”. Esta apreciación, referida a la fiscalización, vale perfectamente para la gestión: hay que establecer mecanismos flexibles e mayor, menor o nula concurrencia, en función de la cuantía y tipo del contrato menor. El OCEX valenciano recomienda que “*en los contratos menores de mayor importe se soliciten al menos tres ofertas con objeto de justificar razonablemente la obtención de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración*”.

Entendemos que la petición de ofertas puede eludirse si concurre alguno de los supuestos de licitador único admitidos por la Ley para el procedimiento negociado, o si se hace una adjudicación menor a un contratista al que se le haya adjudicado en fechas muy próximas mediante licitación otro contrato del mismo objeto, por ejemplo. En todo caso, la adjudicación ha de estar motivada, y esta motivación ha de justificar por qué no se ha podido realizar la concurrencia o por qué se ha estimado garantizada la eficiencia en el gasto público sin necesidad de hacer esa concurrencia.

c. El procedimiento y el control de la ejecución. La conveniencia de la formalización de determinados contratos menores.

La simplificación procedimental de los contratos menores se limita a las fases de preparación del contrato y adjudicación. Sin embargo, la ejecución de un contrato menor no tiene más simplificación que el de tener una duración inferior a un año, improrrogable (y por ello sin revisión de precios, art. 89.2 TRLCSP). Pero un contrato «menor» en cuantía puede ser «mayor» en problemas de ejecución: una pequeña obra exige medidas de seguridad y salud, comunicación a la autoridad laboral, cumplir la normativa sobre residuos de la construcción, etc.; la redacción de un proyecto puede entregarse con deficiencias o más tarde de la fecha en que era necesario, como por ejemplo para acceder a una subvención.

Por todo ello, en los contratos menores cuyo objeto no sea la adquisición de un bien o producto ya existente en el mercado y se adquiera en un establecimiento abierto al público, sino que requiera prestaciones de hacer específicas, entendemos que es imprescindible un acuerdo del órgano de contratación que concrete el

⁴⁰² Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 14/05/2013

objeto del contrato, fije las condiciones de su ejecución y determine o se remita a las normas que se van a aplicar en supuestos de incumplimientos parciales por parte del contratista o resolución anticipada del contrato (a la propia ley de contratos y sus reglamentos de desarrollo, a pliegos modelo, etc.). Ello porque en estos contratos pueden producirse incidencias que requieren disponer de mecanismos para salvaguardar el interés público que se pretende cubrir con el contrato: entrar el trabajo a tiempo y en determinadas condiciones, cumplir medidas de seguridad y salud en el trabajo, lograr determinados objetivos, etc. Si el contratista incumple lo que de él se esperaba, si se ha hecho una contratación verbal no será fácil acreditar un incumplimiento por su parte y no se dispondrá de más herramientas para compelerle a cumplir lo acordado que la escasísima sanción por demora que regula el TRLCSP (cuantía que mantiene el ALCSP).

Resulta por lo tanto necesario adoptar un acuerdo expreso de adjudicación que defina con precisión el objeto del contrato y las condiciones de su ejecución, acredite que no se ha producido un fraccionamiento irregular del objeto y motive la elección del adjudicatario, salvo en los casos de adquisición de bienes de consumo directamente disponibles en el mercado o de prestaciones sencillas que no sean de tracto sucesivo.

En conclusión, el recurso a la figura del «contrato menor» ha de ser excepcional, para atender a necesidades puntuales y no periódicas, y puede ser utilizado con cautelas en aquellos casos en los que sea preferente la eficiencia procedimental y permite fomentar la contratación con pequeñas y medianas empresas. En aquellos contratos de cierta cuantía (a fijar por cada órgano de contratación en función de su presupuesto) o se trate de prestaciones de hacer que requieran elaboración o de actuaciones con una mínima continuidad en el tiempo, se adoptará un acuerdo expreso previo del órgano de contratación, precedido de un informe que defina con precisión el objeto del contrato y las condiciones de su ejecución, acredite que no se ha producido un fraccionamiento irregular del objeto y motive la elección del adjudicatario, circunstancias todas ellas que se harán constar en el acuerdo de adjudicación. Para motivar la adjudicación en el menor precio, se solicitarán, siempre que existan en el mercado, ofertas al menos a tres empresas no vinculadas entre sí, preferentemente micropymes, pymes, autónomos, cooperativas o empresas del tercer sector social. En todo caso ninguna empresa, grupo de empresas vinculadas o dependientes, o profesional, podrá ser adjudicatario durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos menores cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos.

B.1.4. Encomienda de gestión.

Los encargos de trabajos a un ente instrumental de un poder adjudicador por parte de éste, no son un contrato como tal, sino el ejercicio de la potestad autoorganizativa de la entidad encomendante. Pero ha de evitarse la utilización de entidades interpuestas para eludir la aplicación de las exigencias de publicidad, concurrencia y transparencia de la contratación pública.

Detrás de esta opción puede haber una decisión política del “tamaño” de la Administración de la que se quiere disponer, pero el problema surge, como señalan F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ⁴⁰³, cuando se ha optado por “*una Administración manca (...), pero que, de forma milagrosa, conservaría un muñón, a estirar y encoger según conveniencia, destinado a falsear esas mismas reglas cuando la ocasión propicia se presentara, ante la complacencia de todos*”. El problema no está en la tradicional «ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración» (art. 24.1 a 5 del TRLCSP, 30 ALCSP), sino en el encargo por ésta (o cualquier otra entidad pública) de trabajos a otra personificación jurídica vinculada a ella, cuando este encargo se hace directamente sin concurrencia y además posteriormente la entidad encomendada acude a un tercero para ejecutar materialmente el encargo.

La encomienda de gestión para la ejecución de prestaciones propias de un contrato se regula en los artículos 4.1.n) y 26.4 del TRLCSP, y a ella hace referencia la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 86, que precisa cuando una entidad del sector público institucional puede ser considerado medio propio o servicio técnico de los poderes adjudicadores. Diferente es la encomienda de gestión de tareas más “administrativas” (aunque la LRJ alude a “*actividades de carácter material o técnico*”, que se regula al disciplinar las diferentes formas de ejercicio de la competencia (delegación de competencia o de firma, encomienda y suplencia) en el artículo 11 de la Ley 40/2015 y en el artículo 15 de la LRJPAC. El párrafo final del artículo 11.1 de la LRJ expresamente precisa que estas encomiendas no podrán tener por objeto las prestaciones propias de los contratos regulados de contratos del sector público, en cuyo caso su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta. El IJCCA de Baleares 1/2010, de 21 de julio de 2010 ya constató las diferencias de estos dos tipos de encomienda de gestión, concluyendo que La Ley de Contratos había derogado parcialmente o ha modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 en el sentido de que este precepto ya no puede incluir encargos de gestión de carácter meramente contractual, ya que su ámbito ha quedado circunscrito a las actividades o actuaciones materialmente ajenas a la contratación pública.

⁴⁰³ SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)”. Revista La Ley año XXVIII. Número 6715. Jueves, 17 de mayo de 2007.

Aquí nos ocupamos exclusivamente de la encomienda de gestión denominada «contrato interno» (en la terminología anglosajona «*in house providing*», literalmente, suministro doméstico), una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la prestación de una obra o de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar los procedimientos de la legislación contractual.

Como apunta el citado informe, si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, “*los encargos de gestión a entidades instrumentales tal como se han configurado por la jurisprudencia comunitaria tienen un carácter excepcional y, por tanto, deben ser objeto de una interpretación restrictiva y deben estar justificados*”. Por ello se han de respetar escrupulosamente las exigencias normativas para poder utilizar esta figura excepcional de adjudicación directa, que puede utilizarse en cualquier tipo de contrato, pues la ley no excluye a ninguno. El problema existe cuando no se cumplen las exigencias legales⁴⁰⁴, o las entidades instrumentales son un mero ente interpuesto para a su vez contratar los trabajos con terceros con régimen más laxo de sujeción a la legislación de contratos⁴⁰⁵.

La regulación de los «contratos domésticos», parte de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esencialmente de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, asunto C-107/98, asentada en las sentencias Stadt Halle, Comisión/España, Parking Brixen y Comisión/Austria, Mödling, de 2005; la sentencia Carbotermo, de 2006; las sentencias TRAGSA y Aperyco de 2007; la sentencia Coditel en el año 2008; la STJUE de 20 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11. La STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-

⁴⁰⁴ Se han denunciado casos en los que esos requisitos no se cumplen, como en el Dictamen 659/2014 del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, de 4 de diciembre de 2014, sobre “la conveniencia y adecuación legal del ‘convenio’ como fórmula jurídica pertinente para la cobertura de las relaciones entre la Universidad y la Fundación Universidad-Empresa”. Concluye el dictamen que si la Fundación desea mantener esa naturaleza de entidad privada, “sus relaciones con la Universidad deberán acomodarse a la normativa establecida en materia de contratación del sector público y a la legislación sobre subvenciones”. Si se quiere atribuir por encargo a la citada Fundación la gestión de determinados servicios y actividades de la Universidad, “debería procederse a reconvertir la Fundación en una fundación del sector público en la que la dicha fundación pueda considerarse medio propio o técnico de la Universidad”.

⁴⁰⁵ Algunos de los casos de corrupción denunciados en los últimos tiempos han puesto de manifiesto además, que esas entidades creadas han servido para colocar en ella personal “afín” eludiendo el sistema de acceso a la Administración, y que las adjudicaciones de contratos por algunas de esas entidades instrumentales se hace bordeando los principios generales de la contratación pública.

El Consejo de Cuentas de Castilla y León denuncia “irregularidades” en el Informe de Fiscalización de la gestión del ente público de derecho privado Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACYL), ejercicio 2011” (publicado el 5 de septiembre de 2014): fraccionamientos ilegales, recurso al procedimiento negociado por razón de la exclusividad en contratos de patrocinio donde no existe tal exclusividad... encomiendas de gestión que no sino interponer a este ente para eludir la LCSP...

15/13 recopila toda esa doctrina (fundamentos 24 a 29), según la cual, no tienen la consideración de contratos los encargos que un poder adjudicador realiza a entes instrumentales con personalidad jurídica propia, equivaliendo a una ejecución directa, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:

1. Que la entidad adjudicadora ejerza sobre la encomendada un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios. (Sentencia Teckal apartado 50). Aunque este control puede ser ejercido por varios poderes adjudicadores simultáneamente (STJUE TRAGSA, de 19 de abril de 2007 asunto C-295/05). El concepto de “control análogo” (es decir “no idéntico”⁴⁰⁶), supone que la entidad adjudicadora ejerza una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y que el control ejercido por la entidad adjudicadora debe ser efectivo, estructural y funcional. Ese control puede ser ejercido conjuntamente por varias autoridades públicas que sean titulares en común de la entidad adjudicataria (sentencia Econord, C-182/11 y C-183/11, apartado 27 a 31 y la jurisprudencia citada). Asimismo, como se ha anticipado, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, bajo ciertas condiciones, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por varias autoridades públicas que sean titulares en común de la entidad adjudicataria (STJUE de 8 de mayo de 2014, c Asunto C-15/13, apartado 27, y la jurisprudencia que cita).
2. Que el ente instrumental lleve a cabo la «parte esencial» de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan. (Sentencia Teckal, asunto c-107/98 apartado 50). La STJUE Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, precisa *“que este requisito se cumple cuando la actividad de la empresa está destinada principalmente al ente o entes territoriales que la controlan, considerados en su conjunto, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal”*. Como precisan M. FUERTES y F. SOSA *“para que el contrato sea doméstico, la actividad ha de quedar en casa. Si la sociedad interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, está revelando su condición de empresaria y, por tanto, ha de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de las*

⁴⁰⁶ En el trabajo de SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ citado, “Pueden los contratos quedar en casa?”, discrepan de la STJUE Brixen: *“Un control que ha de ser, según esta jurisprudencia «análogo», es decir «no idéntico» al de los servicios que están insertos en la organización administrativa y responden, por ello, a las exigencias de una organización jerarquizada. La personificación en un organismo o sociedad introduce este matiz en el control. No existirán manifestaciones de jerarquía, pero sí de dirección de la gestión de la entidad, la posibilidad de encauzar su planificación empresarial, aprobar sus presupuestos, designar a sus consejeros, etc. Éstos serán ejemplos significativos para admitir ese «control análogo». De ahí que no se comparta la decisión del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, en el asunto Brixen (c-458/03)”*.

*entidades*⁴⁰⁷. Así, la STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-220/06, Comisión contra España, rechaza la validez de un convenio con la empresa pública Correos porque se constata “*que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal*”, y basta con no cumplir este requisito, aunque se cumpla el de ejercer un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios. Aunque la jurisprudencia no ha establecido porcentajes precisos para poder apreciar cuando puede decirse que la entidad realiza la parte esencial de su actividad con la entidad encomendada, las Directivas 2014/23 y 2014/24 lo concretan en el 80% de su volumen medio de negocios (arts. 17.1 y 5 y 12.1 y 5, respectivamente).

3. Que el capital del ente instrumental sea de titularidad totalmente pública. En el caso de sociedades, es requisito imprescindible que los poderes adjudicadores que pretendan considerar a una sociedad en cuestión como medio propio sean accionistas de la misma y que el capital sea siempre público al 100%. (STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04).

La regulación de la encomienda de gestión en los artículos 4.1.n y 24.6 del TRLCSP recoge lógicamente esos requisitos, a los que añade otros dos (art. 24.6, párrafos segundo y tercero, que se mantienen en el artículo 32.2.a del ALCSP):

Que la encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para la entidad encomendada, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente la encomendante, y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen⁴⁰⁸.

Que la condición de medio propio y servicio técnico se reconozca expresamente por la norma que cree la entidad o por sus estatutos, que deben establecer el régimen de los encargos así como su ámbito subjetivo y objetivo.

Existen otros tres requisitos señalados en la jurisprudencia y doctrina más reciente, que no se han incorporado a la legislación:

⁴⁰⁷ SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Pueden los contratos quedar en casa?”, cit., pág. 6.

⁴⁰⁸ NOGUERA DE LA MUELA, Belén, considera que esta exigencia, que no figura en la jurisprudencia comunitaria, supone un “un concepto laxo de medio propio”. En el trabajo “Los encargos *in house* en La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente Jurisprudencia Comunitaria”. Diario de Derecho Municipal IUSTEL 19 y 20 /12/.

El ente instrumental ha de disponer de medios materiales y humanos adecuados para ejecutar por sí mismo al menos la mayor parte de los trabajos encomendados.

Este es quizá el requisito más controvertido, pues no se recoge expresamente en las Directivas (ni en las de 2004 ni en las vigentes). En la normativa española se prevé indirectamente solo para TRAGSA, en el TRLCSP (D.A. 25.6⁴⁰⁹) y en el ALCSP de manera muy laxa. Sin embargo este requisito se ha venido exigiendo de manera constante por las JCCA y los OCEX, y parece que puede entenderse también esta exigencia ya por el TJUE en la STJUE de 8 de mayo de 2014, Asunto C-15/13.

No admitir esta exigencia permite que se creen (como ha sucedido⁴¹⁰) entidades que se crean carecen de medios para ejecutar los trabajos que se le encargan y que casi exclusivamente se ocupan contratar los trabajos con terceros, con régimen de sujeción a la legislación de contratos que les corresponde según su naturaleza, de poder adjudicador o de sector público que no es poder adjudicador (art. 4.1.n del TRLCSP, en relación con los artículos 189 a 193 TRLCSP, 32.6.a y 315 a 319 ALCSP).

La JCCAE un su informe 65/07, de 29 de enero de 2009 ya exigía que *“el ente, organismo o entidad habrá de ser idóneo para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”*⁴¹¹. Criterio que repite, con cita de ese informe, en el de 2/12, de 7 de junio de 2012. El IJCCA de Baleares 1/2010, de 21 de julio de 2010 llega, pese al vacío legal que reconoce, a esa conclusión apelando al carácter excepcional de la figura que lo tanto requiere una interpretación restrictiva y justificada, y que *“si se hace un encargo a un ente instrumental que no dispone de los*

⁴⁰⁹ Como reconoce el Informe número 1003, de 28 de noviembre de 2013, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012.

⁴¹⁰ Por ejemplo el caso puesto de manifiesto por el Consejo de Cuentas de Castilla y León en el “Informe de Fiscalización de la gestión del ente público de derecho privado Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACYL), ejercicio 2011” (publicado el 5 de septiembre de 2014): *“La propia manera de ejecutar la encomienda, trasladando el ITACYL a un tercero con quien contrata gran parte de su ejecución, es contradictoria con las causas que pretenden justificar su existencia, poniéndose en cuestión el valor añadido que aporta en este caso el Instituto como medio propio ejecutante, constituyéndose más bien en un mero intermediario”*.

Como ha denunciado FUERTES LÓPEZ *“quienes reciben la “encomienda”, abusan de la subcontratación que realizan sin publicidad alguna... La falta de transparencia es nuevamente un germen de conflictos y problemas”*. En el artículo “De nuevo sobre los contratos domésticos”, publicado en el blog de EsPúblico el 05/08/13. <http://administracionpublica.com/contratos-domesticos/>.

⁴¹¹ Critica este informe, como otros dos posteriores de esta misma JCCAE (11/2011 y 13/2012) TEJEDOR BIELSA, Julio, por entender que aplica sin fundamento legal la JJCA las limitaciones del artículo 24.4 al supuesto de encomienda de gestión del apartado 6, en el artículo “Idoneidad de medios propios, gestión directa por sociedad mercantil y contratación con terceros”, publicado en el Observatorio de la Contratación Pública (ObCP) el 03/02/2014

medios para llevarlo a cabo y, por tanto, este ente se limita a sustituir a la Administración en la posición de entidad contratante, sin asumir la ejecución efectiva del encargo, podría suceder que el ente encomendante acudiese a un ente instrumental con la finalidad de alterar el régimen del contrato, lo que podría suponer que el órgano de contratación puede elegir libremente un régimen contractual u otro. Este criterio implicaría ir más allá de lo que es una cuestión de organización (...). De hecho, a veces esta figura puede constituir una puerta abierta al fraude de ley (vid. el artículo 6.4 del Código Civil) (cuando se hace) con la finalidad, única, de huir del rigor y los requisitos, sin duda más rígidos, de los procedimientos que prevé la Ley de Contratos para las Administraciones públicas stricto sensu. Es por este motivo, junto con el carácter de excepción que tiene el encargo de gestión y la necesidad de interpretarlo de forma restrictiva, que debe entenderse, aunque la Ley no lo exige expresamente, que la entidad que tiene la consideración de medio propio y servicio técnico debe disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar, al menos, la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del encargo pueda celebrar algún contrato con un tercero”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas en repetidas ocasiones. En el Informe 1047, de fecha 29 de septiembre de 2014, señala que la realización de una encomienda conlleva la obligación implícita por parte del ente instrumental de realizar los trabajos directamente, debiendo disponer de medios personales y materiales suficientes. La habilitación de la subcontratación de la práctica totalidad de las actividades encomendadas desvirtuaría su naturaleza y produce un cambio de la naturaleza del contrato que supone un alejamiento del control de la ejecución y un encarecimiento de la gestión. Incide en estas consideraciones en su Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, nº 1088, de 30 de abril de 2015, donde además recomienda que no se utilice sistemáticamente esta figura para suplir carencias estructurales de personal, se limite la subcontratación y se acredite y documente con los informes oportunos, “que la opción de la encomienda es la más idónea por razones de economía o de eficiencia”. También la Comisión Nacional de la Competencia en un informe de julio de 2013 criticó este tipo de encomiendas “ficticias”.

Y también la doctrina del TJUE, la sentencia de 19 de abril de 2007 asunto C-295/05 (TRAGSA) apunta que esta exigencia de realizar los trabajos encargados con los medios propios de la entidad encomendada, que impone a TRAGSA la normativa que regula su régimen, fue tenida en cuenta por el Tribunal para admitir a esta empresa medio propio de la Administración estatal y autonómica

española⁴¹². LaSTJUE de 8 de mayo de 2014, Asunto C-15/13, recoge de manera más explícita este requisito al apreciar que la *“entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (FJ 25)”*⁴¹³.

En el derecho positivo, en relación con la empresa pública TRAGSA, el artículo 5.1 del RD 1072/ 2010, que regula su régimen jurídico, permite que *“TRAGSA y sus filiales podrán requerir en sus actuaciones obligatorias la colaboración de empresarios particulares en los términos de la LCSP sin que el importe de dicha colaboración pueda ser igual o superior al 50 por ciento del importe total del proyecto, suministro o servicio encomendado”* (al igual que la DA 25.6 del TRLCSP). La Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, regula su artículo 14 las encomiendas de gestión a entidades del sector público autonómico, incorporando la exigencia de que las entidades instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones.

Las Directas 2014 /23 y 2014/24 nada señalan del requisito de que la entidad encomendada disponga de medios propios para ejecutar los trabajos⁴¹⁴, pero tampoco permite expresamente la subcontratación de los trabajos encomendados. El ALCSP sí que hace referencia a que la entidad instrumental *“cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”* presumiendo que cumple ese requisito cuando haya obtenido al clasificación

⁴¹² “ (53) A este respecto, es preciso recordar que, en el apartado 205 de la sentencia España/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró, en un contexto que no es el del asunto principal, que Tragsa, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas.”

⁴¹³STJUE de 8 de mayo de 2014, Asunto C-15/13, *“(25) La excepción (...), relativa a las adjudicaciones de contratos denominadas «in house», está justificada por la circunstancia de que una autoridad pública que es una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y de que esa excepción puede extenderse a las situaciones en las que el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando esta última ejerza sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la primera entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que la controlan (véanse, en este sentido, las sentencias Teckal, EU:C:1999:562, apartado 50, y Stadt Halle y RPLLochau, EU:C:2005:5, apartados 48 y 49).*

⁴¹⁴ La STJUE de 8 de mayo de 2014, Asunto C-15/13, de la que puede deducirse esa exigencia, es posterior a la aprobación de las Directivas sobre contratación y concesiones, aprobadas por el Parlamento de Unión Europea el 14 de febrero de 2014 (datadas el 26 de febrero y publicadas en el BOE el 28 de marzo).

correspondiente (art. 32.2.d.2º), aunque permite que la entidad encomendada pueda realizar parte de los trabajos encargados (“prestaciones parciales”) con un tercero de hasta el 60% y con una posibilidad de elevar ese límite es, además, muy abierta, aunque si se precisa que *“en ningún caso podrá contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo”*⁴¹⁵. Este criterio ha sido asumido por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige que la entidad encomendada disponga de *“medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social”* (art. 86), exigencia que entendemos no ha de esperar a que la ley entre en vigor, pues deriva de una doctrina jurisprudencial consolidada como se ha expuesto⁴¹⁶.

La entidad instrumental solo puede recibir encargos directos de la entidad o entidades que ejercen sobre ella un control similar al que tiene sobre sus propios medios, sin que sea posible que estos permitan a terceros poderes adjudicatarios utilizar directamente su medio propio (podría resultar adjudicatario de un contrato en otro procedimiento si se lo permiten sus reglas de funcionamiento). Pero sí es posible utilizar la previsión que contiene el artículo 12 de la Directiva de utilizar un ente instrumental por parte de otro ente sobre el que a su vez ejerce un control la entidad matriz de ambos, sin necesidad de esperar a la trasposición de la Directiva (Informe Abogacía del Estado de 27 de enero de 2015 (3/15, R-612015⁴¹⁷).

⁴¹⁵ Permite el ALCSP la posibilidad de encargar la totalidad de la ejecución de una obra en un contrato de concesión de obras o de servicios. Y que en una concesión de obra pública la entidad a la que se encomienda la concesión pueda a su vez encarar a un tercero la ejecución completa de la obra deja sin sentido la exigencia previa de que *“cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de acuerdo con su objeto social”* (32.2.d.2º), pues en la concesión de obra pública, la construcción parece un elemento casi tan esencial como la explotación de la obra.

⁴¹⁶ Este precepto obedece en parte a la recomendación 1ª del Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, informe nº 1088, de 30 de abril de 2015.

⁴¹⁷ Informe Abogacía del Estado de 27 de enero de 2015 (3/15, R-612015): encomienda de gestión. Sobre la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos S.A. (ENRESA) utilice a la Empresa para, la Gestión de Residuos Industriales S.A. (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico. *“Si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los Estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros”*.

La posibilidad de encomendar una gestión por parte de una entidad pública a otra que es a la vez medio propio de una tercera, por una relación entre la primera y la última, ha sido objeto de análisis en la reciente STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13, antes citada. El Alto Tribunal concluye en relación con las adjudicaciones de contratos denominadas “*in house*” y los supuestos de operaciones internas horizontales, que el control parcial por una autoridad pública (A) sobre la adjudicadora (B) y la adjudicataria (C), sin que exista una vinculación y un control por parte de la entidad adjudicadora (B) respecto de la adjudicataria (C), hace que el contrato celebrado deba ser calificado de público y que no pueda excepcionarse en virtud de la doctrina de los contratos “domésticos”⁴¹⁸.

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 2/2012, de 7 de junio de 2012, concluye en similar sentido que “*un poder adjudicador que no tiene participación alguna en el capital social de una sociedad mercantil pública, como es el caso de las Corporaciones Locales de Málaga, aun cuando el cien por cien de ese capital sea de la titularidad de la Diputación Provincial de Málaga, no pueden ejercer un control análogo al que ejercerían sobre sus propios servicios, por lo que no se cumple el primer requisito para poder calificar a dicha sociedad de medio propio de las referidas Corporaciones Locales*”.

Un caso más extendido es el de la empresa pública TRAGSA. Esta sociedad está participada mayoritariamente por el Estado, y en menor proporción por todas las Comunidades autónomas, lo que permite que sea considerado medio propio de éstas al amparo de la posibilidad de “control conjunto” que abrió la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo TRAGSA se está utilizando también por las entidades Locales como medio propio al amparo de convenios que estas suscriben directamente con el Estado o con las CCAA. El Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la “Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA) y de sus filiales, contempla la posibilidad de cesión de TRAGSA por el Estado y las CCAA a otras Administraciones o sujetos jurídico-públicos, mediante un simple convenio, en su artículo 2.4, y así lo hace con muchas Entidades Locales⁴¹⁹.

⁴¹⁸ STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13: “(36) *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva*”.

⁴¹⁹ Artículo 2.4. *TRAGSA y sus filiales, en virtud de su condición de medios propios instrumentales, podrán ser aportadas por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas en sus relaciones de cooperación con otras Administraciones o sujetos jurídico-públicos.*

Nos parece cuestionable esta normativa que permite la posibilidad de “cesión” de un medio propio a otra entidad que no ejerce sobre el mismo ese control que requiere la doctrina del TJUE. El informe de del Tribunal de Cuentas 1022, de 30 de enero de 2014, recuerda que TRAGSA tiene la condición de medio propio de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, no así de las entidades locales, ya que no son titulares de su capital, ni disponen de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA.

A este respecto ha de recordar que el TJUE considera que los principios comunitarios prevalecen sobre la normativa nacional que no los traspone correctamente, anulando las contrataciones que, aunque realizadas al amparo de una normativa nacional vigente, no respetan la normativa o principios del derecho comunitario⁴²⁰.

Justificación de la elección de la encomienda de gestión en lugar de otra forma de ejecución de los trabajos (directa o por contrata).

El artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, además de exigir, como se acaba de señalar, que la entidad encomendada disponga de medios suficientes e idóneos para realizar las prestaciones que se le encarguen, añade otros dos requisitos que habrán de acreditarse en el expediente:

- Que la encomienda sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- Que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Esta relación de cooperación se instrumentará a través de un convenio de colaboración entre las Administraciones o sujetos jurídico-públicos interesados, que especificará el interés público común que justifique la suscripción del convenio, las actuaciones a desarrollar, y la aportación de cada una de las partes.

El Estado o la comunidad autónoma comunicarán a TRAGSA y a sus filiales la suscripción de estos convenios y le encomendarán las actuaciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en los mismos.”

⁴²⁰La sentencia del Tribunal General de la UE condenatoria contra España, de 31 de enero de 2013, asunto T 235/11 (AVE Madrid-Barcelona-Francia), dispone al respecto:

“60. A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Priesstext Nachrichtenagentur, C 454/06, Rec. p. I 4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada).

Aunque la sentencia se refiere a unas modificaciones contractuales, la doctrina nos parece extrapolable a cualquier institución de la contratación pública.

Pese a que la nueva LRJ no entra en vigor hasta el 2 de octubre de 2016, entendemos que sólo el último de estos requisitos puede quedar en el aire durante el periodo de *vacatio legis*, pues la necesidad de acreditar que la opción de la encomienda es más eficiente que la contratación externa (o la ejecución con medios estrictamente propios) deriva de la propia consagración de ese principio en el artículo 1 del TRLCSP, de la Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y de la obligación general de motivación los actos administrativos (art. 54 LRJPAC y 35.1.i y 2 de la LPA 39/2015) y los expedientes de contratación (art. 109.4 del TRLCSP, 116 ALCSP). Además, por la normativa sobre estabilidad presupuestaria (art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad Financiera) debe analizarse que se cumple con la el principio de eficiencia en el gasto público que en todo caso ha de presidir la contratación pública, principio general también aplicable a los negocios excluidos del TRLCSP (art. 4.2 TRLCSP, 11 ALCSP). Ya se ha expuesto como el Tribunal de Cuentas reclama una justificación al respecto en su informe 1088, de 30 de abril de 2015.

El meritado IJCCA de Baleares 1/2010, de 21 de julio de 2010 fue bien preciso al respecto, señalando la necesidad de acreditar “*una causa justa que justifique el encargo*”, justificación que exigía “*debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución, y la ejecución por parte de la entidad instrumental debe suponer necesariamente un valor añadido*”. Añade el órgano consultivo Balear que la concurrencia de la causa debe verificarse tanto por parte del operador jurídico que acude a ella como por los órganos de control, tutela y fiscalización ulteriores⁴²¹.

La Resolución de 10 de marzo de 2015, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por

⁴²¹IJCCA de Baleares 1/2010: “*en consecuencia, para poder hacer un encargo de gestión a una entidad que tenga la consideración de medio propio y servicio técnico debe haber una causa justa que justifique el encargo. Esta causa debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución, y la ejecución por parte de la entidad instrumental debe suponer necesariamente un valor añadido (...). Esta causa justa debe verificarse, caso por caso, en todos los encargos de gestión y, particularmente o con más intensidad, en los casos en que, por razón del encargo, se vea alterado el régimen jurídico aplicable a los contratos que haya de celebrar la entidad que debe cumplir el encargo respecto de las normas que, en principio, debería aplicar la entidad que hace el encargo si no lo hubiera encargado a un medio propio. El control de la concurrencia de esta causa justa corresponde, en primer lugar, a cada operador jurídico, el cual tiene la responsabilidad de actuar de acuerdo con las normas que regulan la contratación pública, y también, evidentemente, a los órganos que tengan atribuidas funciones de control o tutela sobre estos entes y estos negocios jurídicos, que pueden comprobar, analizar y fiscalizar, de acuerdo con sus atribuciones o competencias, y caso por caso, la concurrencia efectiva de esta causa justa, con las consecuencias que en Derecho procedan en cada caso*”.

Departamentos Ministeriales y Organismos del Área de la Administración Económica del Estado, ejercicios 2010, 2011 y 2012. (BOE de 6 de mayo) acuerda (5) *“Adoptar las medidas necesarias para asegurar una justificada utilización de las encomiendas de gestión, la capacidad y solvencia de la entidad encomendaria y la correcta ejecución, recepción y pago de la actuación encomendada”*.

En cuanto a la motivación económica, la eficiencia de las encomiendas de gestión no siempre está clara. Especialmente en los tiempos en los que el mercado ofrece bajas en la contratación pública superiores a las tarifas oficiales que encorsetan los precios de los entes encomendados. El Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 5 de febrero de 2015, “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”(PRO/CNMC/001/15), apunta, como que cuando en vez de recurrir a una licitación pública las administraciones públicas optan por otros instrumentos administrativos permitidos por la normativa, encomienda de gestión o un convenio, *“deben valorarse las ineficiencias económicas debidas a la ausencia de concurrencia, propia de estas figuras”*, cuestión que ya había analizado esta Comisión con más precisión en un informes específico de 2013⁴²². Y a este respecto ha de tenerse en cuenta que si bien las factura de la entidad instrumental no se grava con el concepto de beneficio industrial (si los gastos generales), sí que está sujeta IVA (Informe de la Dirección General de Tributos de 30 de enero de 2014; Consulta de la DGT 0587-99, STS de 24 de marzo de 2014 (Recurso de Casación 4537/2010).

Las Directas 2014 /23 y 2014/24 regulan la encomienda de gestión bajo el título de “contratos entre entidades del sector público” en sus artículos 17 y 12 respectivamente, de manera idéntica. Recoge esta regulación la doctrina expuesta del TJUE, exigiendo la concurrencia conjunta de los requisitos (control análogo; realización de al menos el 80% de la actividad por la entidad que la controla; e inexistencia de participación del capital privado); regulan la posibilidad de entidades instrumentales coparticipadas por varios poderes adjudicadores (apartado 3 de ambos artículos); y especifican (punto 5) cómo se ha de comprobar el porcentaje de actividad que realizan para la entidad de la que medio propio (volumen anual de negocios en los tres ejercicios anteriores, y si no es posible, por razón de la creación o reorganización “con la realidad” y las “proyecciones de negocio”).La regulación de las Directivas se reproduce casi literalmente en el artículo 32 del ALCSP. Separa la nueva ley acertadamente los convenios interadministrativos (art. 5) y las obras y fabricación por administración (art. 30) de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados (art.

⁴²² Vid. Informe “Los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” de 2013, para una estimación de los potenciales descuentos sobre la cantidad comprometida inicialmente que podrían obtenerse cuando existe mercado, y la administración no opta por una encomienda como forma de aprovisionamiento) (apartado II.2. Necesidad de evaluación de la eficiencia económica y de la competencia efectiva)”.

32) y de los encargos de entidades que no son poderes adjudicadores (art. 33). También, como hemos recogido antes, el ALCSP exige que la entidad instrumental cuenta con medios propios adecuados y sólo excepcionalmente contrate con terceros más de un 60% del total de las prestaciones que le fueron encomendadas, y en ningún caso la totalidad (art. 32.2.d.2º).

En conclusión, el recurso a la encomienda de gestión ha de ser excepcional, asegurar que la entidad a la que se hace el encargo reúne todos los requisitos para ser considerada medio propio de la entidad encomendante, dispone de medios para realizar una parte significativa de los trabajos, y se acredita la eficiencia en el gasto público que supone esta opción frente a otras posibles (contratación con concurrencia ejecución con medios propios directos).

B.1.5. Contratos mixtos

Los contratos mixtos no suponen en sí mismos una limitación de la concurrencia, ya que su adjudicación puede hacerse por cualquier tipo de procedimiento, también por el abierto. Sin embargo, integrar en un mismo contrato de prestaciones de tipos contractuales diferentes puede suponer una limitación de la competencia, al ser necesario para optar a los mismos requisitos de capacidad y solvencia que sólo tienen grandes empresas, y no hacerse publicidad comunitaria (si las prestaciones de mayor cuantía son propias de un contrato de tipo concesional –en tanto se transponga la Directiva 2014/23). Y es que con la excusa (más que objetivo) de lograr una mayor racionalización del gasto público y una más eficiente asignación de los recursos, algunas entidades públicas han tratado de hacer macro-contratos de objeto múltiple bajo el paraguas de los contratos mixtos.

Un contrato mixto es aquél que contiene prestaciones correspondientes a otros de distinta clase, como señala el artículo 12 del TRLCSP. Las normas por las que se ha de regir la adjudicación de estos serán las del tipo de contrato al que correspondan las prestaciones que tengan más importancia desde el punto de vista económico (art. 12). El artículo 25.2 del TRLCSP marca el límite que no puede saltarse al configurar un contrato mixto, en el que solo admite que puedan fusionarse prestaciones de diferentes contratos *“cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”*. Esta limitación se reproduce con las mismas palabras en el artículo 34.4 del ALCSP, y el artículo 18 del mismo, mucho más extenso que el actual artículo 12 del TRLCSP, se limita a precisar el régimen jurídico aplicable en función del tipo de contratos afectados en la fusión, al igual que hace el artículo 3 de la Directiva 2014/24.

Por lo tanto, la regla que ha de respetarse en todo caso al configurar un contrato misto es que las prestaciones que se unen en un mismo contrato se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad entre ellas. Y esta regla no se modifica en el ALCSP⁴²³.

Como señala I. GALLEGO CÓRCOLES⁴²⁴, la exigencia de que las prestaciones enlazadas guarden una mínima coherencia funcional que opere como causa justificativa de esa especial configuración del contrato, trata de evitar un uso indebido de la figura. Y ello porque, como ha destapado desde antiguo la JCCAЕ, los contratos con pluralidad de objeto restringen el número de empresas que podrían participar, al exigírseles una clasificación o requisitos de solvencia más elevados, con lo que las pequeñas y medianas empresas quedarían relegadas a lo sumo al papel de subcontratistas (Informes 13/1965, de 25 de febrero de 1965 y 37/1972, de 20 de septiembre de 1972). El IJCCAЕ 4/2009, de 25 de septiembre de 2009, incide en que las configuración del objeto de un contrato *“no puede constituir un obstáculo a los principios de libertad de acceso a la licitación de todos los interesados y de no discriminación entre ellos que expresamente proclaman el artículo 1 de la Ley, y de modo muy especial el 123 de la misma a cuyo tenor «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»”*.

Los Tribunales, especialmente los Administrativos de Recursos Contractuales, han precisado el alcance de la vinculación exigida entre las prestaciones de diferente naturaleza que se integran en un contrato mixto, precisamente para evitar que con esa amalgama se restrinja injustificadamente la competencia:

- 1º. Las prestaciones han de estar directamente vinculadas materialmente, constituyendo un todo indisoluble; *“las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa”*. Las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad (RTACRC 346/2013).
- 2º. Las prestaciones han de ser complementarias, de modo que deban tratarse como una unidad funcional y estar dirigidas a satisfacer una necesidad única propia del órgano contratante. No basta la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas.

⁴²³ Ha habido intentos para eliminar esos requisitos, utilizando algún Ayuntamiento que han pretendido extender esta figura más allá de estos límites, con el respaldo de alguna gran empresa, a través de la RECI, la Red de Ciudades inteligentes, con propuestas concretas al respecto para la nueva Ley de contratos.

⁴²⁴ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Contratos de objeto múltiple”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, N° 136, Marzo 2015, Editorial La Ley.

Las RTACRC 346/2013 y 262/2014, son muy elocuentes al respecto. En ambos casos se rechazan las supuestas razones de eficiencia para justificar la integración en un contrato de prestaciones diversas, interpretando que cuando el art. 25.2 TRLCSP exige la vinculación entre las distintas prestaciones, esta vinculación ha de ser entendida exclusivamente en términos jurídicos y no económicos ni de oportunidad. Y también apuntan que esos contratos tienen *“un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia”*.

La RTACRC 346/2013, de 4 de septiembre de 2013 analizó un macro-contrato de larga duración que pretendía llevar a cabo el Ayuntamiento de Guadalajara, que incluía la mayoría de los servicios públicos municipales⁴²⁵. El Tribunal anuló el procedimiento por entender, por un lado, que limitaba la libre concurrencia por su duración *“excesiva”*, y por el *“establecimiento de condiciones de solvencia injustas o que sólo puedan ser cumplidas por determinados tipos de entidades o por una entidad concreta”*. Por otro, porque vulnera los requisitos que para celebrar contratos mixtos establece el artículo 25.2 del TRLCSP, ya que las prestaciones que se licitaban carecían de vinculación material entre sí. El Ayuntamiento justifica la integración de todas esas prestaciones en un único contrato en la existencia de sinergias entre los trabajos que generarían ahorro económico, y una mejora organizativa al *“poder contar con un solo contratista para la realización de todas las actividades propias del Ayuntamiento”*. La Resolución manifiesta al respecto que *“Sobre este punto en concreto, el criterio de este Tribunal no puede ser más desfavorable a esta afirmación, que entendemos claramente contraria al principio de concurrencia. Esta afirmación, no sólo contradice claramente el espíritu del artículo 25.2 de la Ley en los términos que anteriormente hemos expuesto, sino que añade un elemento de oportunidad administrativa completamente ajeno a los principios que, como hemos visto, rigen la configuración del contrato mixto en nuestra normativa contractual”*. Incluso este supuesto ahorro es cuestionado por el Tribunal, que señala que no se ha demostrado, y considera además que podría lograrse con una buena gestión mediante contratos separados. Este contrato fue objeto de la satírica crítica de F. SOSA WAGNER que alaba la resolución del TACRC, añadiendo además que en ese contrato había *“otras infracciones legales, entre ellas, la muy destacada de haber sorteado la publicación en el Diario Oficial de la Unión europea”*⁴²⁶.

⁴²⁵ El contrato incluía los servicios de limpieza viaria, recogida de todo tipo de residuos sólidos urbanos, mantenimiento de parques y jardines, el alumbrado, los semáforos, el mantenimiento de las bicicletas de uso público.... En total, y según cálculos de algún grupo de la oposición municipal, se hubiera puesto en manos privadas, de no ser por la intervención del ministerio de Hacienda, el 21% del presupuesto corriente del Ayuntamiento, durante un plazo de diecisiete años, prorrogable hasta veinte años. Todo ello con el argumento supuestamente amparado en el proyecto «smarcity», una ciudad inteligente mediante el establecimiento de sistemas que permitan una relación más rápida y eficaz con la ciudadanía, que generaría un importante ahorro económico gracias a las sinergias que se generarían entre todos los trabajos.

En el mismo sentido, la RTACRC 262/2014, de 28 de marzo de 2014, analiza un contrato de mantenimiento, limpieza, desinsectación y desratización, seguridad y vigilancia y suministro energético para un complejo hospitalario de Ourense. Detecta el Tribunal que las prestaciones que se pretendía englobar en ese contrato no estaban vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional, sino que *“la razón por la cual se decidió agrupar todas las prestaciones, constituyendo un contrato mixto, no fue una razón jurídica, sino una razón económica o de oportunidad”*, lo que *“determina la nulidad de los pliegos impugnados pues las prestaciones que constituyen su objeto no pueden agruparse con el fin de constituir un contrato mixto y de atribuir a un sólo contratista la realización de todas ellas, con la clara restricción al principio de concurrencia que ello supondría”*.

En el mismo sentido, la RTACRC 133/2014 insiste en que la vinculación de las prestaciones en un contrato mixto ha de ser material y no subjetiva, constituyendo un todo indisoluble. El Acuerdo del TARC de Andalucía 243/2014, de 9 de diciembre⁴²⁷, exige que para la acumulación de prestaciones en un mismo contrato, pertenezcan o no a una misma tipología contractual, es necesario que exista vinculación material y complementariedad entre las prestaciones a acumular y que sean complementarias entre sí, configurándose como una unidad funcional. La infracción de los postulados del art. 25.2 TRLCSP, afecta negativamente a los principios de libre acceso a las licitaciones y salvaguarda de la libre competencia. Aunque no falta algún caso en que estos Tribunales si han aceptado que *“la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración”* (RTACRC de 20 de julio de 2011⁴²⁸).

⁴²⁶ SOSA WAGNER, Francisco, comentó esta RTACRC 346/2013 en el blog de EsPublico, en una entrada del día 30/09/2013. Bajo el título “Pasión privatizadora”, ironiza *“Municipios que, si queremos resumir en una palabra, querían dejar de ser municipios para pasar a ser un decorado de teatro con unos actores, el alcalde, los concejales, los propios funcionarios, que aspiraban lisa y llanamente a abdicar de sus papeles y responsabilidades en la función para entregarlas a unas instancias extrañas”*.

⁴²⁷ Analizó un contrato de gestión integral de los servicios complementarios de los hospitales de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital alto Guadalquivir.

⁴²⁸ La RTACRC de 20 de julio de 2011 valida la legalidad de los pliegos relativos la contratación anual del servicio de seguridad, del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los sistemas de protección contra intrusión y atraco, de protección contra incendios, de detección de CO₂, CCTV, megafonía, puertas cortafuegos, iluminación y señalización de emergencia y evacuación, así como los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo del conjunto de extintores móviles de los centros de la AEAT dependientes de la Delegación Especial de Andalucía, Ceuta y Melilla. Y concluye que en ese supuesto es posible licitar un único contrato, sin que sea tampoco preciso efectuar una división en lotes.

Cuando es posible articular válidamente un contrato mixto, apunta certeramente I. GALLEGO CÓRCOLES⁴²⁹, se debe analizar también la posibilidad de realizar un fraccionamiento en lotes para favorecer una mayor concurrencia. Cita esta profesora al respecto la RTACR de 7 de noviembre de 2012, que consideró que la inclusión en un único contrato de distintos servicios postales sin división en lotes no da lugar a que queden conculcados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Sin embargo, la STSJ Madrid de 23 de octubre de 2014 (rec.180229/2014), anula por ese motivo un contrato en contra del criterio mantenido por la TACP de esa CCAA de 12 de septiembre de 2012, que además cuestiona fundamente que un contrato con un único adjudicatario vaya a permitir un mayor ahorro económico:

“La licitación en lotes favorece en el caso presente la competencia y participación de las empresas, siendo principios que informan la contratación pública la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia en los procedimientos, la no discriminación y la igualdad de trato a los licitadores y candidatos, la búsqueda de la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por lo demás, no puede justificarse ni presuponerse, que el Ayuntamiento vaya a obtener en todo caso beneficio alguno de interés general en forzar a priori la integración en un único contrato y con un único adjudicatario la prestación de los servicios mencionados. Más probable es que suceda lo contrario: si se obliga a que sólo puedan participar en la licitación aquellas empresas que oferten a la totalidad de los diversos servicios objeto del contrato, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad”.

Hay que recordar al respecto que el artículo 46 de la Directiva 2014/24 establece el fraccionamiento de los contratos en lotes como regla general, permitiendo incluso que los Estados puedan hacer obligatorio el fraccionamiento, ello con el objetivo del favorecer la participación de las pymes en la contratación pública, división que no se descarta tampoco en el caso de las concesiones (art. 8.5 de la Directiva 2014/23). Nos parece por ello criticable que el artículo 99.3 del ALCSP, excluya totalmente la posibilidad de hacer lotes en los contratos concesionales, y que prevea unas causas muy generales que puede apreciar el órgano de contratación, que permiten eludir válidamente el fraccionamiento en lotes de un contrato: que la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia; que la realización independiente de los lotes

⁴²⁹ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en el artículo citado “Contratos de objeto múltiple”, Contratación Administrativa Práctica, N° 136, Marzo 2015, Ed. La Ley.

dificultaran la correcta ejecución del contrato desde el punto de vista técnico; o 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.

En consecuencia con lo expuesto, los poderes adjudicadores han de utilizar la figura de los contratos mixtos con carácter restrictivo, sólo cuando razones acreditadas de eficiencia lo recomienden, debiendo además justificarse de manera precisa las relaciones de complementariedad y vinculación entre las prestaciones objeto del contrato. En esos casos, además se han de analizar la posibilidad funcional de fraccionar el contrato en lotes para permitir una mayor concurrencia, si bien en estos contratos la posibilidad de que uno de los adjudicatarios asuma además funciones de coordinación del resto puede ser más necesaria.

B.2. Ampliar los plazos de presentación de ofertas sobre los mínimos legalmente previstos para facilitar la preparación de sus ofertas.

Con esta medida se trata de facilitar a empresas, especialmente a las pequeñas, la concurrencia a los procedimientos de contratación al disponer de un plazo de tiempo más amplio para estudiar los contratos y preparar sus ofertas. Esta medida también contribuirá a incrementar el número de ofertas, mejorando con ello la competitividad y las opciones de adjudicar a la mejor propuesta posible.

Para cumplir con el principio general de la contratación pública de promover la máxima concurrencia, es esencial una adecuada publicidad para que los operadores económicos tengan conocimiento de las contrataciones públicas y que estos dispongan de un plazo suficiente para estudiar los documentos que han de regir la contratación y preparar sus ofertas. El ATARCP de Aragón 53/2014, de 16 de septiembre, recuerda que el principio de publicidad es uno de los pilares fundamentales del procedimiento de adjudicación de los contratos, junto con los de transparencia, igualdad, no discriminación y libertad de concurrencia, pues *“garantiza que todos los posibles destinatarios de la información sobre el procedimiento de licitación pueden acceder a ella en igualdad de condiciones”*.

Es casi regla general que en la mayoría de los contratos los pliegos establecen como plazo para presentar las ofertas los mínimos establecidos en la Ley para cada tipo de procedimiento, estableciéndose plazos aún más breves cuando se solicitan directamente ofertas en los procedimientos sin publicidad obligatoria. Esto favorece a las empresas más grandes, que dispone de más medios y experiencia en preparar ofertas para contratos similares, y muy especialmente a la empresa que ya estuviera prestando determinados servicios o hubiese ejecutado con anterioridad un contrato de características análogas.

Se olvida con esta práctica que la regla básica que para el establecimiento del plazo para presentar las ofertas impone el artículo 143 del TRLCSP: *Los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta Ley* (redacción literal que conserva el artículo 136.1 del ALCSP). Queda claro que los plazos establecidos en el art. 159 del TRLCSP tienen el carácter de mínimo, y que deben de ser modulados con el principio establecido en el artículo 143.

El artículo 47.2 de la Directiva 2014/242, regula la determinación de los plazos en términos similares (prácticamente idéntico también a los de su precedente el art. 38.1 de la citada Directiva 2004/18/CE): *“1. Al fijar los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación, los poderes adjudicadores tendrán en cuenta, la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas, sin perjuicio de los plazos mínimos establecidos en los artículos 27 a 31”*(regulación casi mimética a la del artículo 39.1 de la D. 2014/23). Exige además este precepto que cuando las ofertas solo puedan realizarse después de visitar los lugares o previa consulta in situ de los documentos que se adjunten a los pliegos de la contratación, los plazos para la recepción de ofertas, que serán superiores a los plazos mínimos establecidos en los artículos 27 a 31, y se fijarán de forma que todos los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas. Establece también la obligatoriedad de prorrogar los plazos cuando no se haya facilitado con la antelación suficiente la información solicitada en plazo por algún interesado (salvo que esa información tenga una importancia “desdeñable” para preparar las ofertas) o cuando se produzcan modificaciones significativas en los pliegos de contratación. El artículo 136.1 del Anteproyecto de la LCSP reproduce esa regulación (sustituye la palabra “desdeñable” por “irrelevante”).

Esta cuestión ha sido abordada en alguna ocasión por la jurisprudencia y por los Tribunales Administrativos de contratación Pública. La STS de 6 de mayo de 1999 (rec. 2298/1993) estimó insuficiente un plazo de dos meses para presentar ofertas en un contrato de concesión de bienes de dominio público para la explotación de un aparcamiento público y galerías comerciales: *“la insuficiencia del referido plazo de dos meses, que considera demostrada con las deficiencias de que adolecen los proyectos presentados, de las que el Tribunal de instancia efectúa un detenido análisis a la luz de la prueba pericial practicada”*. Por el mismo motivo de insuficiencia del plazo para presentar las ofertas, la RTACRC 71/2015, de 23 de enero (que alude como precedente la RTACRC 149/2012) acordó *“anular el anuncio de licitación en lo que a la fijación del plazo de presentación de ofertas se refiere, debiendo producirse un nuevo anuncio de licitación que incluya un plazo que permita razonablemente la preparación de las ofertas en función de la complejidad*

del contrato". Recuerda en esta Resolución el TACRC que el plazo de presentación de proposiciones previsto en el art. 159 TRLCSP, debe ser entendido como una norma de mínimos, y *"los plazos mínimos legales se aplicarán a aquéllos contratos no complejos o sencillos"*, debiendo preverse un plazo que, además de respetar los mínimos legales, permita razonablemente la preparación de las ofertas, para lo que habrá de atenderse a la complejidad y circunstancias del contrato en cuestión. Y comparte el Tribunal la afirmación de que *"un plazo corto beneficia más a quien se encuentra prestando en la actualidad el servicio que a quien no está en dicha situación, y parecen, desde luego, más acordes los plazos amplios con el contenido de los informes de los órganos en materia de competencia y unidad de mercado, que muestran la preocupación del carácter restrictivo de la competencia de esta forma de gestión"*⁴³⁰.

Por ello, una medida muy adecuada para favorecer la transparencia facilitando una mayor y mejor concurrencia, es generalizar el establecimiento de unos plazos superiores a los mínimos legales, lo cual no tiene por qué ocasionar trastorno alguno a la necesidad que se trata de cubrir con el contrato de que se trate si se trabaja con la planificación y previsión adecuada, a los que ayuda la medida recomendada en la preparación de los contratos, de anunciar a comienzos de cada año las contrataciones que prevé celebrar a lo largo del ejercicio. Esa ampliación de plazos deberá determinarse, de acuerdo con lo que se establece en los preceptos precitados, en función de la complejidad de cada contrato y de su importancia económica y duración. El podrá ser menor en los contratos en los que se haya realizado un anuncio previo en el Diario Oficial de la Unión Europea o cuando los anuncios indicativos anuales a los que se ha hecho referencia contengan suficientes datos para que los interesados puedan ir estudiando las posibilidades de

⁴³⁰ Esta RTACP 7/2015 analizaba un contrato de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción, para el que se había dado un plazo de 15 días para presentar ofertas, plazo que consideró insuficiente el Tribunal: *"Para solventar esta cuestión debe atenderse a la complejidad y circunstancias del contrato en cuestión. El recurrente ha alegado diversas circunstancias tales como la división en lotes del contrato, las grandes áreas que estas abarcan, la necesidad de contar con profesionales especializados de distinto tipo, la posibilidad de asociación de distintos operadores, etc., todo lo cual requiere cierta organización para preparación de ofertas. Por su parte, el órgano de contratación se limita a señalar el cumplimiento de La Ley. Pero como se ha dicho, esta norma es un mínimo. El cumplimiento de La Ley no se establece con un plazo que respete el mínimo sino con un plazo que, además, permita razonablemente la preparación de las ofertas. Para el Tribunal resulta difícil efectuar un pronunciamiento en este punto, esto es, si es suficiente o no el plazo mínimo de 15 días, de modo que en ocasiones ha exigido que el recurrente haya probado la insuficiencia del plazo, vgr. resolución 149/2012: Lo cierto es que las alegaciones de los recurrentes, sin ningún tipo de acreditación de lo que manifiestan, en el sentido de que resulta imposible presentar ofertas en los plazos previstos en el pliego, no son suficientes para admitir sus afirmaciones, pues serían igualmente válidas aquellas que se limiten a afirmar lo contrario. Sin embargo, en el presente caso, como se ve, el recurrente no se ha limitado a la queja del plazo, sino que lo ha razonado con motivos concretos, que no resultan analizados por el órgano de contratación. Además, puede hacerse la observación de que, la combinación interpretativa de los artículos en liza permite concluir que los plazos mínimos legales se aplicarán a aquéllos contratos no complejos o sencillos, sin que, de modo claro, el contrato de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción pueda ser tildado así"*.

la futura contratación. Y deberá de ser mayor cuanto los contratos que admitan la presentación de variantes o que contemplen aspectos de innovación como criterios de valoración de las ofertas, muy especialmente los de compra pública pre-comercial, de compra pública de tecnología innovadora.

B.3. Precisión y claridad de los criterios de valoración las ofertas y de sus fórmulas o método de puntuación, y adecuada elección y ponderación de los criterios para asegurar la elección de la oferta más ventajosa.

El objetivo de esta medida es asegurar que los criterios de valoración de las ofertas están vinculados al objeto del contrato, sean precisos, estén adecuadamente ponderados, y que su forma de valoración no deje margen a la subjetividad. Todo ello para lograr la máxima transparencia en el proceso de valoración de las ofertas para seleccionar la oferta más ventajosa en conjunto.

Los criterios de adjudicación de las ofertas y la forma de valoración de éstas son uno de los trámites de la contratación más vulnerables a la manipulación; en palabras de BALLESTEROS MOFFA, la “*clave de bóveda del sistema*”⁴³¹. Por un lado, alambicadas fórmulas polinómicas para puntuar los criterios matemáticos permiten no repartir todos los puntos establecidos para dichos criterios, como ha acreditado de forma muy precisa M. FUEYO BROS⁴³², con lo que el peso de los criterios de valoración no matemática es preponderante sin parecerlo, eludiendo la obligación legal de acudir en este caso a un comité de expertos para realizar la valoración (art. 150.2 del TRLCSP, 145.6.a ALCSP). Por otro, los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor no son lo suficientemente claros y no se indica cómo se va a realizar su valoración. Ambas irregularidades han sido sobradamente denunciadas y rechazadas por los Tribunales, órganos consultivos y fiscalizadores⁴³³. El citado profesor, L. BALLESTEROS MOFFA recoge al respecto el «Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España», del año 2004, en el que

⁴³¹ BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, en el libro “*La adjudicación de los contratos públicos en el sector público*”. Editorial Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010.

⁴³² FUEYO BROS, Manuel, ha analizado una buena colección de ellas, que en absoluto agotan la habilidad matemática de los técnicos que las elaboran, en los trabajos “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación” El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 15, 2009, Ed. La Ley, o en “Análisis práctico del control de los criterios de adjudicación”, elaborado para el IV Foro de Formación Económica y Financiera de COSITAL, Madrid, 4 de mayo de 2009. Trabajo actualizado Revista de Estudios Locales, CUNAL, n° especial agosto 2013, págs. 207 a 234.

⁴³³ Por citar solo algunos de los pronunciamientos más recientes: TJUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06; STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13. Informe del Tribunal de Cuentas n° 959 de 20 de diciembre de 2012 de fiscalización del sector público local 2010; informe del Tribunal de Cuentas n° 1.046, de 24 de julio de 2014; IJCCA de Aragón 6/2014, de 3 de marzo; RTARC de Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014; RTACRC 132/2015, de 6 de febrero.

expresamente se achaca a la “insuficiencia normativa” dos problemas detectados en relación en esta cuestión:

- redacción de los criterios de adjudicación con *“fórmulas vagas e imprecisas que realmente no expresan nada y que dejan en manos del órgano de contratación la determinación de su concreto alcance”*;
- realizar la valoración mediante *“complejas fórmulas polinómicas en las que los criterios de adjudicación aparecen a su vez interlacionados entre sí (...)”*. Ello hace que las empresas licitadores no puedan formular sus ofertas conociendo con claridad que aspectos van a ser premiados en la valoración y cuáles no⁴³⁴.

La esencia de la contratación pública está en adjudicar los contratos a la oferta más ventajosa en conjunto promoviendo una concurrencia abierta e igualitaria, es decir, adjudicar los contratos a la mejor oferta en relación calidad precio con un procedimiento transparente que granice la objetividad e igualdad de trato de todos los licitadores. En palabras de T. QUINTANA LÓPEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *“la evaluación de las ofertas para la adjudicación de un contrato público debe realizarse, así, en virtud de criterios directamente relacionados con el objeto del vínculo contractual, que responden a la finalidad de seleccionar la mejor y más ventajosa propuesta, en nombre de la transparencia, la competencia y la no discriminación”*⁴³⁵. La transparencia cobra especial valor en la valoración de las ofertas, debiéndose garantizar su respeto desde la exigencia de motivación de los criterios elegidos al procedimiento de apertura de las ofertas y a la ‘valoración de los criterios de valoración’, el método para atribuir la puntuación correspondiente a cada oferta en cada uno de los criterios y subcriterios establecidos en el pliego. La transparencia, principio vertebrador de toda la contratación pública, es en la valoración de las ofertas la piedra angular del sistema, garantía de la elección de oferta efectivamente más ventajosa, de la eficiencia en el gasto público invertido en un contrato.

El artículo 3.2 de la Directiva de concesiones 2014/23 dispone que los poderes adjudicadores *“tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación”*, y el artículo 76 de la Directiva 2014/24, que regula los principios de adjudicación de contratos de servicios sociales, demanda a los Estados miembros establecer *“normas nacionales para la adjudicación de los contratos*

⁴³⁴ BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, en el artículo “La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas”, publicado en la Revista de Administración Pública, nº 180, septiembre-diciembre 2009, pág. 38.

⁴³⁵ QUINTANA LÓPEZ, Tomás y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La perspectiva Social en el marco de la colaboración público-privada. Especial referencia a la contratación del sector público”, en *“Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada”*, Libro Colección de Estudios del consejo Económico y Social de Castilla y León, (Premio 2010), Valladolid, 2011; págs. 433 y ss.

sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos". En transposición de este criterio, el artículo 145.1 del ALCSP exige que los criterios de adjudicación se formulen *"con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada"*, debiendo *"garantizar (...) que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva"*. Menos preciso, el artículo 150 del TRLCSP, bajo el título "criterios de valoración de las ofertas" pretende regular simultáneamente dos cuestiones diferentes: los criterios de adjudicación y las reglas para realizar la valoración de los criterios elegido⁴³⁶, aspectos que con mejor técnica articula el artículo 142 del ALCPS, que regula por un lado los criterios de valoración (apartados 3 y 5) y por otro las fórmulas de valoración (apartados 5, 6 y 8), y prevé expresamente varios criterios de desempate (apartados 9 y 10). La modificación del artículo 150.2 del TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no aprovecha para anticipar la en mi opinión más acabada regulación del ALCSP, sino que se limita a añadir añade un nuevo párrafo para imponer que los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios en los que se realicen aportaciones públicas, se valore siempre la reducción de éstas. El ALCSP no cierra sin embargo el problema de la fórmula de valoración de las ofertas matemáticas, al que dedicamos especial atención seguidamente.

De los tres aspectos que se acaban de mencionar sobre la valoración de las ofertas, a) elección motivada y ponderación adecuada, b) procedimiento secuencial de apertura y valoración de las ofertas, y c) fórmulas y métodos de valoración, analizamos ahora el primero y el último; del análisis del procedimiento de apertura de las ofertas y la valoración independiente de los aspectos ponderables mediante un criterio técnico de los que han de ser mediante fórmulas, nos ocupamos al analizar la actuación de las mesas de contratación (apartado B.6). En este estudio nos parecen especialmente importantes los informes del Tribunal y Consejos de Cuentas y de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales, que han desenmascarado la tergiversación de las puntuaciones con la aplicación de fórmulas que encubren el peso efectivo de un determinado criterio matemático en favor de los de apreciación dependientes de un juicio de valor, y reclaman una predeterminación y precisa acreditación de los métodos de valorar los criterios no matemáticos. En esta tarea ha sido especialmente ilustrativa la labor del citado M. FUEYO BROS, quien al menos desde el año 2009 ha puesto sobre gráficos el efecto torticero de muchas de esas fórmulas que en general los

⁴³⁶ LINARES CERVERA, Pedro, resalta esta dualidad de aspectos en la valoración de las ofertas en el trabajo "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", revista Contratación Administrativa Práctica, nº 82, enero 2009.

juristas no se han atrevido a cuestionar a los técnicos, mostrando cierta repulsa o desconocimiento para analizar fórmulas matemáticas complejas.

a. ELECCIÓN Y REQUISITOS DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN

La elección de los criterios de valoración de las ofertas y su ponderación es una potestad del órgano de contratación, que se materializa en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 67.2.i). *“Las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios”*, señala la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN y Wienstrom), pero matizando *“siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario (...), siempre que dichos criterios vayan dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y no confieran a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador”* (cita en el mismo sentido las sentencias de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders BeentjesBV; y de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00 SIAC Construction).

Los criterios de valoración de las ofertas han de ser elegidos con el objetivo de permitir determinar cuál es la «oferta económicamente más ventajosa» para la entidad contratante de las que reciba en cada procedimiento; así lo precisan los artículos 67.1 de la Directiva de contratos 2014/24, el artículo 150.1 del TRLCSP, y el 145.1 del ALCSP. El Tribunal de Cuentas lo recuerda en su «Informe del nº 959, de 20 de diciembre de 2012, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2010»: los criterios de valoración han de garantizar la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, a la que ofrece mejor relación valor-precio, unidad de producto por unidad de pago. La RTACRC 891/2014, de 5 de diciembre señala igualmente que *“los criterios de adjudicación deben (...) tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante”*. Con más detalle, el IJCCA de Aragón 6/2014, señala que *“la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas”* y *“preservar la nota de la mejor relación calidad/precio”*. La Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 24/2014, de 10 de marzo, alude al doble valor de los criterios de valoración enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares *“son, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinan la adjudicación y, por lo tanto, elementos orientadores para la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en lo referente al órgano de contratación)”*. El Acuerdo del TACP Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014 señala que si bien el órgano de contratación goza de libertad para la elección de los

criterios de adjudicación, esa elección solo puede recaer en los que van dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

La elección de los criterios por los que se opta en cada caso ha de estar expresamente motivada (art. 109.4 TRLCSP, 116.4 ALCSP), justificación que ha de acreditar por qué son los más adecuados para llegar a determinar sin dudas, la oferta que en conjunto es la mejor para satisfacer las necesidades que con el contrato en cuestión se tratan de cubrir (22.1, 109.1 TRLCSP, 28.1, 116.1 ALCSP). La oferta más ventajosa, la que ofrece la mayor “*ventaja económica global*” (art. 41.1 D. 2014/23), aunque se ha de terminar sobre la base del precio o coste, ha de relacionar éste con otros aspectos como la calidad, las características sociales o medioambientales o la innovación, para lograr la mejor relación «coste-eficiencia», la mayor «rentabilidad social global» de lo contratado a lo largo de toda su vida útil. Este es el sentido que entendemos tiene que darse a las diferentes expresiones que utiliza el artículo 142.3 del ALCSP: «coste-eficacia» en relación al precio y ciclo de vida del producto, obra o servicio (art. 142.3.a), y «calidad-precio», en referencia a otros criterios diferentes del precio como coste económico directo (art. 142.3.b ALCSP).

También debe motivarse la ponderación relativa de cada criterio y, sobre todo, se ha de haber sopesado adecuadamente la puntuación que se atribuye a cada aspecto a valorar. El IJCCA Aragón Informe 6/2014, apunta que una incorrecta parametrización de un criterio puede falsear la finalidad de la licitación de garantizar la adjudicación a la oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. Las sorpresas que se producen en las mesas de acabar adjudicando contratos por cuestiones poco relevantes para la finalidad del mismo, o que acaban dando ventajas decisorias determinadas mejoras frente a rebajas en el precio de mayor cuantía, derivan de una inadecuada ponderación de la importancia que ha de tener cada criterio en relación con la puntuación total. La puntuación a cada criterio se ha de establecer en función de la mayor o menor relevancia que se considere debe tener cada aspecto de la ofertas para cubrir de la manera más eficiente la necesidad que se ha de satisfacer, eficiencia que se ha de buscar en cada caso en atención a las características de las prestaciones objeto del contrato y su virtualidad para contribuir a alcanzar, dentro del margen de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de cada entidad y de manera ponderada con el ahorro económico que supone cada oferta, los objetivos estratégicos a los que se ha de orientar la contratación en su conjunto por mandato comunitario (objetivos de la Estrategia Europa 2020 acogidos en los considerandos segundo y tercero de las tres Directivas y párrafo tercero de la exposición de motivos del ALCSP). Por ejemplo, en un contrato de ayuda a domicilio puede tener más peso la calidad del servicio o determinadas consideraciones sociales, que el precio, mientras que el suministro del papel, si las exigencias medioambientales se han

establecido como requisito técnico o como condición de ejecución, el precio puede ser el único criterio de valoración.

Los criterios de adjudicación, además de esa motivación, han de reunir todos los requisitos siguientes⁴³⁷:

1. **Han de valorar las ofertas y no a las empresas que las formulan**, por lo que los criterios de solvencia no pueden ser utilizados como criterios de valoración de las ofertas. Los criterios de solvencia determinan la capacidad de una empresa para poder concurrir o no a una determinada licitación, los criterios de valoración analizan ofertas presentadas por empresas que ya han superado ese filtro, que han acreditado disponer del mínimo exigido de solvencia económica, financiera y técnica⁴³⁸. La STJCE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, distingue entre los «criterios de selección cualitativa» (criterios de capacidad económica, financiera y técnica), y los «criterios para la adjudicación del contrato». La STGUE, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, critica que *“la entidad adjudicadora utilizó la «experiencia» como criterio irregular para la adjudicación”* (23). La STJUE, de 12 de noviembre de 2009 (asunto C-199/07), aplica el mismo criterio en relación con la Directiva de los sectores especiales y declara que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato por no haber distinguido entre criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación del contrato, distinción que mantiene la STGUE de 8 de julio de 2015 (asunto T-536/11), al analizar la experiencia como criterio de valoración de las ofertas. Sobre la misma cuestión, la STJUE de 9 de octubre de 2014 (asunto C-641/13 P), consideró igualmente que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen los criterios para apreciar la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. Este criterio ha sido siempre mantenido por todos nuestros órganos consultivos y judiciales (IJCCE informes 53/97, de 2 de marzo; 13/1998, de 13 de junio; 53/08, de 29 de enero de 2009; 9/2009, de

⁴³⁷ Sobre la admisibilidad de determinados criterios de valoración, a la vista de la jurisprudencia del TSJU, TS y AN, puede ver el trabajo de GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Criterios de Valoración de las ofertas, publicado en la revista Contratación Administrativo Práctica, nº 119, mayo 2012, págs. 56 a 75. La JCCA de Galicia publicó en mayo de 2013 una “Guía de buenas prácticas en la determinación de los criterios de adjudicación en los pliegos de los expedientes de contratación cofinanciados con fondos europeos”.

⁴³⁸ Un análisis de los diferentes pronunciamientos de los órganos consultivos y TARC sobre la utilización –y rechazo– de criterios de solvencia como criterios de valoración la ha realizado TENA RUIZ, Javier, para el Curso sobre “El control interno y externo de la gestión económica de las entidades locales”, Madrid, mayo 2013.

21 de marzo; 17/2011, de 15 de diciembre⁴³⁹; Acuerdo 2/2012, de 5 de marzo, de la Junta de Contratación Pública de Navarra; ATACP Madrid 192/2014 de 12 de noviembre de 2014⁴⁴⁰; ATACP de Aragón 9/2014, de 11 de febrero,...).

Sin embargo, la relación de las cualidades de los equipos directamente dedicados a la ejecución de un contrato puede repercutir directamente en la calidad del producto final. Y en ese sentido se admite valoración de la “*calidad del personal*” empleado en la ejecución de un contrato cuando sea “*pertinente para el nivel de rendimiento del contrato*”, como los contratos de servicios de carácter intelectual, señala el considerando 94 de la Directiva 2014/24. El artículo 67.2.b) de la misma, en aplicación de ese razonamiento, prevé como criterio de valoración de la “*calidad-precio*” de las ofertas “*la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato*”. El artículo 145.3.b.3º ALCSP incorpora esta previsión... La STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, ha admitido expresamente esta posibilidad cuando se vincula a la calidad de la ejecución del contrato, en un contrato de servicios de formación y consultoría. Por el mismo argumento entendemos que si en una determinada obra puede justificarse la importancia de la cualificación del personal que la dirija y/o ejecute, también podría admitirse como criterio de valoración de las ofertas, incluso podría plantearse la valoración de determinados equipos muy específicos cuya aportación pueda repercutir de manera evidente en la calidad de la ejecución. Cuando este criterio se haya tenido en cuenta para adjudicar un contrato, el órgano de contratación debe verificar que efectivamente el contrato se ejecuta con el personal ofertado “*y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad*” (cdo. 94 de la Directiva 2014/24)⁴⁴¹. La STGUE de 8 de julio de 2015, asunto C-536/11, en similar sentido consideró criterios de adjudicación adecuados a Derecho, entre otros, los relativos a la capacidad lingüística de los equipos y los méritos

⁴³⁹ La Junta Consultiva también ha rechazado como criterios de adjudicación el grado de siniestralidad laboral de la empresa (informe 11/99) o la adhesión a algún sistema de arbitraje de consumo (Informe 33/99).

⁴⁴⁰ ATACP Madrid 192/2014: la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, solo ha de basarse en los criterios de adjudicación y no en el grado de ejecución del contrato anterior.

⁴⁴¹ STJUE de 26 de marzo de 2015, “*la calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y formación*” (...), pues reconoce el Tribunal que “*cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18*” (FJ 31).

técnicos de los recursos humanos empleados para la ejecución del contrato, entre la que se incluye la experiencia profesional de sus miembros.

Otro elemento de solvencia que ha sido expresamente descartado como criterio de valoración de las ofertas son los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental. La RTACRC 255/2015, de 23 de marzo de 2015, precisa esta cuestión con una detallada de remisión a IJCCA, otras Resoluciones de este Tribunal y del TJUE⁴⁴², recoge la regla general al respecto: *“Sólo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con una mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato que los reputados imprescindibles”*⁴⁴³.

- 2. Los criterios deben estar directamente «vinculados» con el objeto del contrato** y sus características intrínsecas (art. 150.1 TRLCSP; art. 67.3 de la Directiva 2014/24; 41.2 d. 2014/23; 145.1.a y 2 ALCSP). La STJUE 19 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06) lo exige en los términos siguientes: *“los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deber 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”* (criterio que ya había marcado la STJCE Concordia Bus, asunto C-513/99, apartado 59, que cita). Esta doctrina es aplicada por los órganos consultivos y tribunales españoles (IJCCA

⁴⁴² RTACRC 255/2015: *“Siguiendo en este punto la Resolución 906/2014, de 12 de diciembre, “el Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 –asunto C-532/06- y 12 de noviembre de 2009 –asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014). Ello es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, cada una sometida a reglas propias (cfr.: artículos 160.1 y 165.1 TRLCSP y 44.1 Directiva 2004/18/CE; Sentencias TJCE de 20 de septiembre de 1988 –asunto C-31/87-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012 y 220/2012): en la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que éstos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de diciembre de 1999 –asunto C- 176/98- y TJUE de 18 de octubre de 2012 – asunto C-218/11); en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr.: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 –asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03; Resoluciones de este Tribunal 264/2012 y 189/2014”*

⁴⁴³ Cita al respecto esta RTACRC 255/2015 las Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014, y la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93) admitió la posibilidad de emplear como criterio de adjudicación la capacidad de las empresas para asegurar de manera fiable y constante el abastecimiento de un determinado estupefaciente

53/08, de 29 de enero de 2009; RTACRC 29/2013 ó 198/2014⁴⁴⁴). El artículo 145.2 del ALCSP, transcribiendo el 67.3 de la Directiva 2014/24, trata de precisar cuándo se considera que un criterio está 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; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, aun no formando parte de su parte sustancial*”.

Esta amplitud de definición de la vinculación entiendo que busca facilitar la aplicación de criterios sociales, medioambientales y de innovación, pues para poder cumplir el requisito de la vinculación, algunos poderes adjudicadores lo que han venido haciendo es incluir determinados fines de alguno de esos tipos dentro de la propia definición del objeto del contrato. La admisión de criterios sociales, medioambientales ya estaba prevista en el artículo 150.1 del TRLCSP, y se refuerza en el artículo 145.3.b del ALCSP, todo ello, como ya se ha apuntado, en el marco de los objetivos de la «Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»⁴⁴⁵. La importancia que se da a estas cuestiones es de tal relevancia que el artículo 41.3, párrafo segundo de la Directiva de concesiones, permite modificar el orden de importancia de los criterios de valoración y formular nuevas invitaciones, si una oferta propone

⁴⁴⁴La RTACRC 291/2015, de 30 de marzo de 2015, tras rechazar el arraigo territorial de una empresa (domicilio) como condición de aptitud para contratar con el sector público, pero lo admite como criterio de valoración si se acredita esa vinculación al objeto del contrato: “*cláusulas que contengan criterios de valoración que impliquen una discriminación de las ofertas por razón de la existencia de medios personales ubicados en el lugar de prestación de servicios, lo que a priori implica una ventaja de los licitadores que ya se encuentren afincados en dicho lugar y por tanto un cierto límite a la libre competencia en la prestación de servicios, requieren para su admisibilidad que objetivamente estén directamente vinculados con el objeto del contrato y su concurrencia implique un beneficio significativo en la ejecución de la prestación.*”.

⁴⁴⁵ Superadas las reticencias iniciales a la valoración de este tipo de criterios, como había puesto de manifiesto NÚÑEZ MUNAIZ, Rodrigo, cuestionando la posibilidad de incluir cláusulas sociales como criterios de adjudicación por sus posibles efectos declinatorios al poder alterar las reglas de la competencia empresarial, especialmente con las empresas extranjeras (“*Comentarios al texto refundido de La Ley de contratos de las Administraciones Públicas*”, Madrid 2004, pág. 315).

Sobre la valoración de criterios sociales puede verse BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, “La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas” *Revista de Administración Pública*, núm. 180, cit. págs. 30 a 35.

Sobre los criterios medioambientales: PERNAS GARCÍA, Juan José, en el libro “*Contratación pública verde*”, Ed. La Ley, 2011. ESCRIBIELA MORALES, F. Javier, “Criterios de adjudicación medioambientales en la contratación del sector público”. *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 134, Noviembre 2014, Ed. La Ley.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “*Guía práctica Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*”. Editado por la FRMP de Castilla La Mancha, 2010.

Un desarrollo empírico de todos esos aspectos se hace en la “Instrucción 1/2015, de Secretaría general, para impulsar la eficiencia y sostenibilidad en la contratación pública del Ayuntamiento e implementar a través de ella las políticas municipales en materia social, medioambiental, de innovación y promoción de las pymes”, del Ayuntamiento de Valladolid, de 17 de abril de 2015.

“una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional” imprevisible en el momento de redactarse el pliego⁴⁴⁶, posibilidad que por cierto no se incorpora en el ALCSP.

3. **Las mejoras y las variantes como criterio de valoración han preverse en los pliegos con concreción y estar relacionadas con el objeto del contrato sin desvirtuar éste** (art. 147 TRLCSP, art. 145.4 ALCSP). En el apartado B.4 se desarrollan las exigencias legales y doctrinales de esta figuras reiteradas por todas las JCCA y TACP: IJCCAE 59/09, de 26 de febrero de 2010; el IJCCA de Aragón 2/2015 de 17 de marzo; RTACRC 57/2013, 506/2014; ATCP de Madrid 55/2015, de 15 de abril de 2015; ATACP de Aragón 12/2015, de 20 de enero de 2015; RTARCCYL 10/2015, de 5 de febrero;....
4. **Los criterios y posibles subcriterios, así como su puntuación y la fórmula o método de valoración, han de figurar en los pliegos con total claridad y precisión**, de manera que todos los potenciales licitadores puedan tener para preparar sus ofertas un conocimiento preciso de los aspectos que se van a valorar y con qué fórmula o método. La STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015 C-538/13, señala que *“los criterios de adjudicación deben figurar en los pliegos y en el anuncio, con el fin de que con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma”*⁴⁴⁷. Como señala M. FUERTES LÓPEZ, al comentar esta STJUE *“La adecuada precisión de los criterios de valoración es uno de los asuntos más capitales del régimen jurídico de contratación pública: garantizan la igualdad en la competición de los empresarios, constituyen el instrumento para elegir la oferta que mejor se acomode al interés público y, sobre todo, enmarcan esa decisión de la Administración en unas razones para que no existan sombras de arbitrariedad o de otras desviaciones y corruptelas. Serán por tanto aspectos*

⁴⁴⁶ Sobre la valoración de la innovación en la contratación puede verse el artículo “Compra Pública Innovadora en la Contratación del Sector Público Local”, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado el 16/06/2014 en el ObCP: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.158/relmenu.3/chk.6cda594174a3ad5a5697ebee93671822>

⁴⁴⁷STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13:

54 *En el apartado 42 de la sentencia SIAC Construcción (C-19/00, EU:C:2001:553), el Tribunal de Justicia declaró que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma.*

55 *De ello se desprende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.*

En el mismo sentido la STJUE de 28 de noviembre de 2008, *“el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego”*.

*sobre los que el legislador español debe afinar su propuesta*⁴⁴⁸. En relación con los subcriterios de valoración la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, consideró que atribuir una ponderación diferente a los subcriterios sin que tal diferencia de valoración estuviese prevista en el pliego de cláusulas, ni se comunica previamente a los licitadores 8ª la presentación de las ofertas, se sobreentiende), infringe los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia (apdo. 48).

El objeto de dicha exigencia es garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento, señala la RTACRC 87/2011, de 23 de marzo.

El IJCAE 30/07 de 5 de julio de 2007 ya estableció una regla bien precisa al respecto: *“la exigencia de aclarar cómo puntuar un criterio de adjudicación condiciona su posible aplicación”*, lo que requiere que en el pliego se han de determinar criterios claros que permitan llegar a una objetivización del mismo, pues el pliego se ha precisar también cómo se va valorar cada criterio. Por lo tanto, si no se es capaz de precisar cómo definir y valorar un criterio, debe descartarse, pues podría dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio, ya que *“basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”* (STJUE de 24 de enero de 2008, -asunto C-532/06). Con este criterio, el Acuerdo 2/2012, de 5 de marzo, de la Junta de Contratación Pública de Navarra considera que la excesiva amplitud de la apreciación de los criterios de adjudicación y la falta de concreción o determinación del modo de atribución de la puntuación asignada a los criterios de de tipo técnico, determina la nulidad del pliego. LaRTACRC 132/2015, de 6 de febrero de 2015 incide igualmente en que los criterios de adjudicación se deben definir y ponderar con suficiente precisión en los pliegos, dado que unos criterios o mejoras indefinidas supone un vicio de nulidad por infracción del principio de igualdad⁴⁴⁹. El argumentario de esta resolución es muy claro al respecto:

⁴⁴⁸ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, en el artículo “Expertos independientes y criterios de valoración en la contratación pública” Blog de EsPublico, entrada del 15/04/15, analiza esta sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015.

⁴⁴⁹ En el caso enjuiciado en esa resolución se valoraba la “metodología de control de tareas” y “otras mejoras relacionadas con el objeto del contrato”, que el TACRC considera indefinidas, y anula el pliego: *(...)Por tales razones, la falta de concreción de las puntuaciones en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta, supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE)”*.

“(…) hemos de comenzar recordando la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos y a la Mesa de Contratación a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas Resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.”

Los OCEX exigen constantemente precisión y claridad en la determinación de los criterios y subcriterios de valoración y de la forma de valoraciones en los pliegos. El Tribunal de Cuentas recomienda de manera reiterada *“concretar con precisión en los pliegos los métodos de puntuación o baremo de los criterios de adjudicación, en aras de asegurar el principio de igualdad de trato de los licitadores”*⁴⁵⁰, para que *“puedan ser conocidos con antelación por todas las empresas potencialmente interesadas en las licitaciones para preparar sus ofertas en coherencia con los mismos”*, incide el Tribunal en su informe 1085, de 26 de marzo de 2015, en el que critica que la Mesa divida los criterios en subcriterios no previstos en los pliegos. El Consejo de Cuentas de Castilla y León insiste en la necesidad de *“reforzar la objetividad de los criterios de adjudicación incluidos en el PCAP, detallándolos y valorándolos de tal forma que se garantice el conocimiento por parte de los licitadores de la forma en que van a ser valoradas sus ofertas y que la Mesa de contratación asigne las puntuaciones dadas a estos criterios, dejando constancia de todo ello en el expediente, lo que redundaría en una mayor transparencia y objetividad del proceso. Si se utiliza el procedimiento negociado debe garantizarse que los criterios establecidos se delimiten de manera que permitan la negociación”*⁴⁵¹. El Consello de Contas de

⁴⁵⁰ Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2010 y 2011. Criterio reproducido en la Resolución de 27 de mayo de 2014, de la misma Comisión en relación con el Informe Anual de fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ejercicios 2010 y 2011. También en el Informe Tribunal de Cuentas nº 959, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2010, de fecha 20 de diciembre de 2012.

⁴⁵¹ Informe del Consejo de Cuentas de Castilla y León de fiscalización de la contratación de los Ayuntamientos capitales de provincia de la Comunidad, ejercicio 2008, de fecha 29 de diciembre de 2010. Informe Consejo de Cuentas de Castilla y León de 30 de mayo de 2012, recomendación que ha asumida la junta de Castilla y León en la Resolución de la Comisión de Hacienda de las Cortes de Castilla y León, de 17 de enero de 2013.

Galicia en su Informe Contratación Administrativa 2010-2011, de 8 de noviembre de 2014, reitera que deben figurar en los PCAP y ser determinados, en especial aquellos que hacen referencia a las mejoras.

Y esta exigencia de precisión y claridad es igualmente reclamada por los TARC La RTACRC 69/2012, de 21 de marzo, recoge, entre otras, la doctrina de la citada STJUE de 24 de enero de 2008. El ATACP Aragón Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre, con cita de esa misma STJUE, insiste en que “es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada”, y que “los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores”. Admite este Tribunal no obstante cierto margen de maniobra a las mesas de contratación para atribuir peso específico a elementos secundarios, pero siempre que no modifique los criterios ni tenga un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores⁴⁵². A lo ha que el TARC de Andalucía añade, en su Resolución 239/2015, de 29 de junio, que no pueden establecerse elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no tenga efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

b. EL PRECIO COMO CRITERIO DE VALORACIÓN

El artículo 87 del TRLCSP (102 ALCSP) establece que el precio de los contratos será el adecuado para garantizar su efectivo cumplimiento. Eso requiere que el precio de licitación se ha de estimar correctamente atendiendo a los precios del

⁴⁵²ATACP Aragón Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre: “Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Por otra parte, la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (TI EACSrl y Viaggi di MaioSnc) ya destacó que el Derecho comunitario no se opondría a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. Sin cumplir estos requerimientos en la concreción de la función y ponderación de los criterios objetivos se incumple la exigencia de una debida transparencia, lo que imposibilitaría la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato”.

mercado y que la oferta adjudicataria sólo debería tener una baja que pueda asumir el objeto del contrato sin dejar merma de calidad o de otras exigencias del pliego.

Establecer el precio como único criterio de valoración es posible, como lo es que no sea tenido en cuenta para adjudicar algún contrato, aunque ambas afirmaciones han de ser muy matizadas. La adjudicación de los contratos “al mejor postor” en cuanto al precio ha tenido detractores y valedores famosos a lo largo de la historia, dese la citada carta del ingeniero y mariscal francés, marqués de Vauban al Ministro de la Guerra de Luis XIV en una carta en 1682 lamentando las “rebajas” en el precio que hacían los contratistas “miserables”, que en realidad retrasan y encarecen las obras⁴⁵³.

En España la subasta se generalizó a partir del Real Decreto de 27 de febrero de 1852⁴⁵⁴, precisamente con el objetivo de evitar manipulaciones interesadas en las adjudicaciones, y recoge este autor cómo en el debate de la Ley de Régimen Local de 1907, D. Antonio MAURA y MONTANER defiende con ese argumento la subasta frente a quienes la consideraban una intromisión en la autonomía municipal: *“todas las cosas que la Ley, la soberana Ley, instituye para que la representación se mantenga fiel y para preservar los intereses depositados en ajenas manos de las flaquezas humanas y de las deficiencias que la acción misma puede en su camino suscitar, son servicios a la autonomía y no limitaciones de ella, servicios en que cabe errar o acertar, pero nunca confundirlos con limitaciones que se pusieran y pautas que se trazaran al ejercicio de la autonomía municipal. La necesidad de proceder por subasta, la limitación en la gestión de los administradores, en cuanto la limitación es requisito que ha de tener garantía de acierto, intervención en la publicidad, definición de formalidades para que las responsabilidades queden fijas y para que los aciertos sean más fáciles, eso no es nunca para mí limitación de la autonomía municipal”. Y, añadía, en defensa de una concurrencia abierta que “cuando se llama a una subasta, no se dice nunca, ni se puede decir, dentro del Municipio, porque entonces se diría dentro de la calle, o cualquier disparate por el estilo; se llama a*

⁴⁵³Sébastien Le Prestre, Marqués de Vauban (1633-1707) – autor de varias fortalezas con forma de estrella – escribió esta carta el 17 de julio de 1682, a Losvois (Ministro de la Guerra de Luis XIV). Publicada en varios blogs, y que también se encuentra en la Wikipedia, en la biografía de Vauban.

“ ... Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquellos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un náufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello. De ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta; abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; encargar las obras a un contratista que cumpla con su deber será siempre la solución más barata que podréis encontrar”.

⁴⁵⁴ Bajo la Presidencia del Consejo de Ministros de D. Juan BRAVO MURILLO.

*todos los que pueden concurrir, y pueden concurrir los extranjeros con los nacionales unas veces y sólo los nacionales otras, sin limitación ninguna*⁴⁵⁵. J. M. CARBONERO GALLARDO hace un detallado recorrido histórico por la regulación de los criterios de valoración de las ofertas desde la Ley de Administración y contabilidad de 1911, hasta la LCSP⁴⁵⁶.

La preferencia de la subasta frente al concurso, sistema de valoración ahora preterido y para muchos contratos expresamente prohibido, tuvo como hemos visto su motivación en la objetividad del sistema para evitar manipulaciones. La regulación vigente y el ALCSP limitan el recurso a la subasta, al precio como único criterio de valoración. El apartado 3 del artículo 150 del TRLCSP, y en los mismos términos el apartado 7 del artículo 142 del ALCSP, exige utilizar varios criterios de adjudicación en varios supuestos y categorías de contratos, en todo caso, en los contratos de concesión de servicios y de obra pública. Pero además, en los contratos en los que no esté prohibido, para utilizar la “subasta” como criterio de adjudicación se deben adoptar dos importantes prevenciones para garantizar que el contrato se ejecuta en las condiciones establecidas de calidad y plazos y en el precio ofertado, y que no se plantee una modificación el contrato que absorba la baja ofertada o se incumplan otras condiciones del contrato:

- a. Asegurarse que el precio del contrato está adecuadamente estimado, supervisar de manera efectiva los proyectos y demás documentos contractuales, especialmente los estudios de costes; y
- b. Ser sea especialmente exigente en el cumplimiento del contrato en los términos acordados, imponiendo las penalizaciones oportunas y llegando a resolver el contrato si el adjudicatario no cumple estrictamente con lo pactado. También se ha de ser especialmente exigente en la justificación de las ofertas desproporcionadas si llegan a producirse (cuestión que se analiza en el apartado B.5).

Con esas cautelas, la subasta garantiza una adjudicación transparente, sin ellas, las rebajas en las adjudicaciones acabarán no cumpliéndose, o lo resentirá la calidad de la obra, servicio o suministro. Lo que es incuestionable es que la subasta garantiza la obtención del mejor precio y la objetividad, pues solo deja un resquicio

⁴⁵⁵ Antonio MAURA y MONTANER. *Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local (textos y estudios)*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1954. Diario de Sesiones del Congreso; Legislatura 1908, página 6589. Citado por COLAS TENA, Jesús, en “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días”; en el libro *“Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local”*, coordinado por MERINO ESTRADA, Valentín y ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO, editado por COSITAL Madrid 2012, pág. 578.

⁴⁵⁶ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, en el libro *“La adjudicación de los contratos públicos”*, editado por El Consultor-La Ley, Madrid 2010, págs. 100 a 160.

para cierta discrecionalidad en el incidente de apreciación de la temeridad de alguna oferta, si es que se da el caso⁴⁵⁷.

La otra cuestión planteada es si el precio puede no ser utilizado como criterio de adjudicación en algún contrato. El IJCCA 28/95 de 24 de octubre de 1995 lo admite de forma excepcional y justificada de forma razonada en cada caso, y en el mismo sentido el Dictamen 4/2003, de 27 de junio de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la comunidad Autónoma de Murcia. El más reciente IJCCA de Aragón 2/2015, de 17 de marzo, precisa que el criterio precio debe ser, con carácter general, uno de los componentes necesarios para conseguir una correcta comparación de ofertas, para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Únicamente de forma excepcional y debidamente motivada, se podrá prescindir de dicho criterio, precisando en el expediente las causas que lo justifican, las cuales deberán estar vinculadas necesariamente al objeto del contrato. Este informe rechaza la sustitución del precio por mejoras que puedan distorsionar el objeto del contrato y la determinación del valor estimado del contrato, como el aumento de unidades de obra no prevista en el proyecto. Sin embargo, habría que valorar la conveniencia, en aquellos casos en los que la inversión está en su mayor parte subvencionada, de valorar las variantes al proyecto inicial para que la posible baja se traslade a una mejora o ampliación de la inversión inicial, cuando la necesidad a cubrir con el contrato lo admite. Un caso significativo fueron los planes del Gobierno de los años 2009 y 2010 conocidos como Plan E, donde el objetivo de los contratos era especialmente estimular el empleo y la inversión, y no el ahorro⁴⁵⁸. El caso contrario, dar al precio un peso preponderante, ha sido una opción muy utilizada en las medidas de ajuste para controlar el déficit público (así, por ejemplo, en el Gobierno de la CCAA de Castilla La Mancha, impuso el 10 de noviembre de 2011, para los contratos de la administración autonómica, que el peso del precio fuese en todo caso de al menos el 80%⁴⁵⁹, o con carácter general para las EELL endeudadas, el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero⁴⁶⁰).

La posibilidad de excluir el precio es más cuestionable con la redacción del artículo 145.3 del ALCSP, al establecer que los criterios de valoración de las ofertas

⁴⁵⁷ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, “*La adjudicación de los contratos públicos*”, cit., págs. 260-261.

⁴⁵⁸ RDL 9/2008 para el año 2009 por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión y el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

⁴⁵⁹ Instrucción del Consejo de Gobierno de 10/11/2011, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre criterios de adjudicación de los contratos administrativos de obras, suministros y servicios en el ámbito de esta Administración autonómica.

⁴⁶⁰ Como las impuestas por el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

se han de referir: a) a los «costes» (el precio u “*otro parámetro que permita que permita identificar la oferta que presentas la mejor relación coste-eficacia*”), o b) «criterios cualitativos», que en todo caso han de incluir “un elemento de coste-precio”. Aunque nada impide que el criterio relacionado con el precio pueda tener un peso poco significativo en aquellos contratos en los que se deban primar otras consideraciones, especialmente las relacionadas con la calidad de las prestaciones que reciban los usuarios (piénsese por ejemplo en el suministro a un comedor escolar o de un centro sanitario).

El Tribunal de Cuentas recuerda habitualmente que ha de tenerse en cuenta el criterio de la eficiencia en los gastos público a la hora de establecer los criterios de adjudicación de los contratos por lo que recomienda “*dar prioridad a la valoración de las bajas económicas*”, aunque matiza “*siempre que resulte compatible con las características particulares de los contratos, en aras del principio de economía en la gestión de fondos públicos*”⁴⁶¹.

En todo caso, lo que sí es necesario es hacer una muy meditada valoración del peso relativo del criterio precio en relación con el resto de criterios, ponderación que en general debe a tribuir al precio un valor equivalente a la baja que razonablemente se analice que el mercado puede ofrecer para las prestaciones objeto del contrato en el momento y lugar en el que se licita, sin merma de su calidad. Lo que no puede hacerse, como se analiza a continuación, es atribuir a la oferta económica una valoración aparentemente muy elevada, para diluir ese peso con fórmulas matemáticas que o bien no reparten todos los puntos atribuidos en el pliego a cada criterio, o bien valoran en función de ofertas medias, o bien “topan” o limitan las ofertas, circunstancias rechazadas por la jurisprudencia comunitaria, y por los órganos consultivos, fiscalizadores o revisores españoles, muy especialmente por el Tribunal de Cuentas.

c. LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN: LA PERVERSIÓN DE LAS FÓRMULAS MATEMÁTICAS Y LA OBJETIVIDAD DE LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS NO MATEMÁTICOS

“*Tan importante como la correcta definición de los criterios de adjudicación de las ofertas lo es la forma de valoración y la motivación de la misma*”. Esta afirmación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, recogida en los Acuerdos 40/2011, de 28 de julio de 2011 y 3/2012, de 18 de enero de 2012, resume la idea clave en la valoración de las ofertas: la fórmulas de

⁴⁶¹ Cita de la Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009, reiterada en muchas otras, así como en el informe 1.010 de 28 de noviembre de 2013, “Informe de fiscalización del sector público local 2011”, o en el Informe del Tribunal de Cuentas N° 1.046, de 24 de mayo de 2014, fiscalización sobre actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y Sostenibilidad Local.

valoración de los criterios matemáticos pueden tergiversar una justa atribución de puntuación a cada criterio y una indefinición en el modo de valorar las ofertas en los aspectos no enjuiciables de manera matemática o la falta de motivación adecuada de la puntuación otorgada, no garantiza la objetividad. Y es que *“la forma de valorar el criterio precio no es neutra”*, como señala el Acuerdo del TACP Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014, por ello la RTARCCYL 39/2015, de 9 de abril de 2015, reclama la utilización de *“fórmulas neutras para la valoración del criterio precio de carácter proporcional en función del grado de dispersión de las ofertas, al objeto de eliminar las posibles distorsiones en la ponderación inicialmente atribuida a los distintos criterios de adjudicación”*.

Las recomendaciones en esta materia del Tribunal de Cuentas y de sus homólogos regionales son esenciales para precisar las reglas de los criterios de valoración de las ofertas. De la Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009 y el Informe de 23 de febrero de 2012 extractamos estas reglas, consolidadas en todos los OCEX, que deberían presidir en todo caso la elección de los criterios de valoración de las ofertas:

“Los principios de «igualdad de trato» y «transparencia» que han presidir la adjudicación de todos los contratos del sector público exigen no sólo precisar «qué» se va valorar, sino «cómo» se va a valorar, pues la fórmula para otorgar la puntuación de los criterios matemáticos o la imprecisión en la definición y en la forma de valorar los criterios que dependan de un juicio de valor, pueden llevar a que la adjudicación no recaiga en la oferta económicamente más ventajosa”. Por ello se ha de *“concretar con precisión en los pliegos los métodos de puntuación o baremo de los criterios de adjudicación”*.

Dar prioridad a la valoración de las bajas económicas, siempre que resulte compatible con las características particulares de los contratos, *“en aras del principio de economía en la gestión de fondos públicos”*. Se deben utilizar preferentemente criterios de selección valorables a través de fórmulas mecánicas establecidas en los pliegos, y no a un mero juicio de valor.

Además, las reglas de distribución de puntuación de los criterios de selección deben expresarse en términos claros, pudiendo expresarse mediante una fórmula matemática concreta o con una explicación escrita y clara de forma de determinación (RTACRC 272/2015, de 23 de marzo, reiterando el criterio de la 891/2014).

Como se ha apuntado, en los pliegos son muy habituales fórmulas polinómicas de valoración de las ofertas que, o bien en el cálculo de las bajas⁴⁶², o bien en una valoración, producen el efecto de no repartir todos los puntos que el pliego atribuye al criterio matemático de que se trate, singularmente al precio, o de atribuir las mayores puntuaciones no a las mejores ofertas sino a las más “mediocres” a la que más se aproximen a la media de las recibidas. Un ejemplo muy sencillo es aplicar una regla de tres simple inversa sobre los precios ofertados (a más precio menos puntos), cuyo efecto es que ninguna oferta tendría 0 puntos, y las puntuaciones a cada oferta serán más próximas cuanto menores sean las bajas y mayor el tipo de licitación, pero en ningún caso se reparten todos los puntos atribuidos al precio (o criterio matemático de que se trate). A partir de ahí, la fórmulas son variadísimas, y de múltiple complicación, utilizando raíces cuadradas, referencias al arco de la tangente o el logaritmo neperiano, que requieren amplios conocimientos matemáticos para su aplicación.

Recojo a continuación un ejemplo de una fórmula que consigue el efecto de que a partir de determinado porcentaje de baja, la puntuación que reciben las ofertas es muy pequeño para el esfuerzo económico que han de realizar, tomada de los trabajos de M. FUEYO BROS:

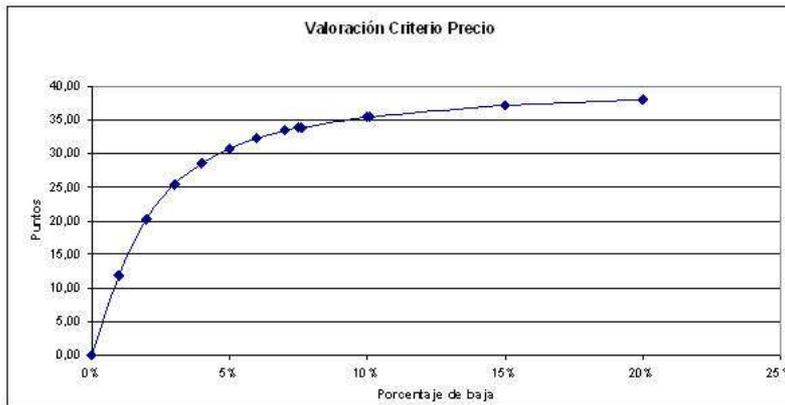
Fórmula: $PO_i = 25,8 \times \arctan \times (50 \times PBL - O_i / PBL)$;

Siendo; PO_i = puntos de la oferta i ; \arctan =arco tangente (función inversa de la tangente de un ángulo, que tiene un límite de $\pi/2$); PBL=precio base de licitación; O_i =oferta i que se trata de valorar; MO=mejor oferta. Oferta más baja; PO=peor oferta. Oferta más alta.

Con esta fórmula, sólo obtendría la máxima puntuación prevista en el pliego una oferta que propusiese ejecutar el trabajo gratis y a partir de un porcentaje de baja de aproximadamente el 10% (con el que se obtiene una puntuación de 35,5 puntos) el incremento que se consigue es mínimo, lo que, inevitablemente, conducirá a que todas las ofertas se sitúen en torno a dicha baja, pues no habrá alguno para ofertar precios más bajos⁴⁶³.

⁴⁶² Un ejemplo de fórmula para calcular una baja, en lugar de restar del tipo de licitación el valor de cada oferta: $B_i = OF_i / 100(1 - PB)$, siendo OF_i = importe de cada oferta; PB = presupuesto base de licitación.

⁴⁶³ Se trata de una fórmula utilizada en un caso real, señalado y explicado por FUEYO BROS, Manuel, en el trabajo “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación” El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 15, 2009, Editorial La Ley.



Se trata de fórmulas con una doble proporcionalidad en la valoración: de manera directa hasta llegar a la baja media, o porcentaje fijo que se establezca, y a partir de ahí se puntúan más a las ofertas más económicas hasta la puntuación máxima, pero en este tramo el reparto de puntos es poco significativos.

Si $B_i \leq B_{med}$: $V_{Bi} = (B_i \times V_{med}) / B_{med}$

Si $B_i \geq B_{med}$: $V_{Bi} = [(B_i - B_{med}) \times V_{di} / (B_{max} - B_{med})] + V_{med}$

Siendo:

B_{med} = Baja media

B_{max} = Baja máxima

B_i = Baja del licitador que se valora

V_{Bi} = valoración (puntos) que corresponden a la baja que se valora

V_{med} = valoración (puntos) que corresponden a la baja media

V_{max} = valoración (puntos) que corresponden a la baja máxima

$V_{di} = V_{max} - V_{med}$

Otras fórmulas lo que hacen es directamente no repartir todos los puntos atribuidos al precio o criterio matemático de que se trate:

$$PO_i = 60 - 1 \times \left(\frac{O_i - MO}{MO} \right) \times 100$$

Donde:

PO_i = puntos de la oferta i

60= máximo de puntos que se otorgan

1= puntos que se restan

O_i = oferta i que en cada caso se trata de valorar

MO = mejor oferta. Oferta más baja

Aplicando esta fórmula una licitación hipotética sencilla se obtendría las puntuaciones siguientes:

Puntos atribuidos al precio: de 0 a 60. Tipo de licitación: 430 €. Mejor oferta: 370€

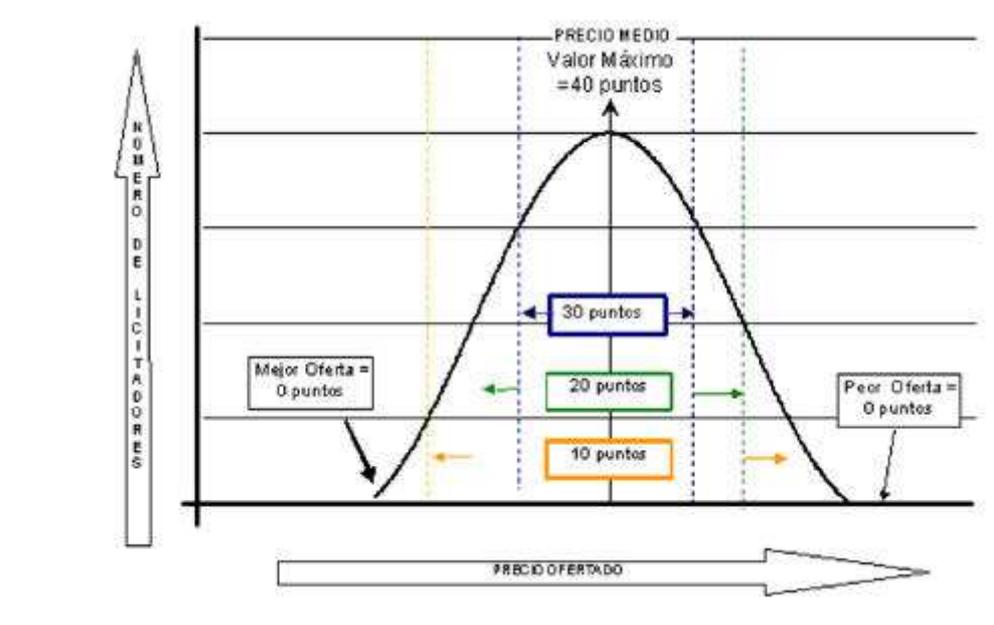
Licitadores	% baja	ofertas	puntos
A	0%	430	43,78

B	6%	405	50,54
C	7%	400	51,89
D	9%	390	54,59
E	14%	370	60,00

Como se aprecia, no se reparten los 60 puntos atribuidos aparentemente al criterio precio, sólo 16,22, que es la diferencia entre la mejor oferta y la peor, pese a que la peor va al tipo y la mejor hace una baja del 14%.

Hay infinidad de fórmulas que consiguen este efecto, dar la máxima puntuación a la más barata, pero minimizan las diferencias de puntos entre las distintas ofertas, desde la una regla de tres simple inversa aplicada a los precios totales ofertados, a fórmulas mucho más complejas: $P = 40\sqrt{(1-O2/L2)}$ (en la que: P = Puntuación Obtenida; O = Oferta Económica; L = Presupuesto de Licitación) otra fórmula que consigue el mismo efecto: $P = 25 + 15\sqrt{(1-O2/L2)}$ (en estas fórmulas que utilizan un valor fijo como sumando, todas las ofertas, incluso una realizada al tipo de licitación, reciben al menos como puntos ese valor fijo).

Otras fórmulas producen incluso un efecto más “perverso”, castigando expresamente con menor puntuación a las ofertas cuanto más se alejan de la baja media⁴⁶⁴:



Con estas fórmulas lo que se consigue es dar la apariencia de que el precio (u otros criterios valorables matemáticamente) tiene un peso muy relevante, cuando en la práctica la diferencia entre las ofertas económicas va a ser muy escasa al no repartirse los puntos atribuidos ese criterio. O directamente rechazarse las

⁴⁶⁴ Se trata de una fórmula utilizada en un caso real, señalado y explicado por FUEYO BROS, Manuel, en el trabajo “Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación” El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 15, 2009, Editorial La Ley.

mejores ofertas. Con ello, el peso real de la adjudicación lo tendrán los criterios no matemáticos, valorados mediante un “juicio de valor” habitualmente por el mismo técnico que ha propuesto la maquiavélica fórmula matemática y que ningún informe jurídico ha cuestionado por puro desconocimiento de cómo se aplica. Se quiebra así la regla del artículo 150.2 del TRLCSP (145.6.a del ALCSP) que exige que la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor ha de realizarse por un comité de expertos o un organismo técnico especializado si su peso es superior al atribuido a los criterios matemáticos, vulnerando con ello el principio de transparencia. Quiebra también así el principio de eficiencia en el gasto público, al desincentivarse o no primarse las bajas económicas.

Reprochando este tipo de fórmulas, muy generalizadas, F.J. VAZQUEZ MATILLA, que ha abogado por el carácter matemático de la mayoría de los criterios para limitar la excesiva discrecionalidad que existe en muchas licitaciones, ha recordado que *“las fórmulas tienen que repartir todos los puntos y no deben manipularse para dejar sin efecto el propio criterio”*⁴⁶⁵. J. M. GIMENO FELIU también ha incidido en que la valoración del criterio precio *“exige una ponderación proporcional lineal que asigne la puntuación entendiendo al mejor precio ofertado”*, contraviniendo la ley *“aquellas fórmulas que, sobre una apariencia de proporcionalidad, neutralizan parte de la puntuación alterando la ponderación de los criterios establecidos”*⁴⁶⁶. J. TENA RUIZ recuerda que las fórmula de valoración de las ofertas económicas *“no deben desincentivar o limitar la presentación de bajas”*, debiendo tomarse en consideración la baja real y evitando sistemas limitativos que no son conformes a los principios de eficiencia y economía en la gestión de fondos públicos⁴⁶⁷.

Los Órganos fiscalizadores externos, inciden en estas consideraciones reiteradamente.

⁴⁶⁵ Francisco Javier VAZQUEZ MATILLA publicó en el ObCP el 10/12/2012, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/releategoria.208/chk.323fff7da9c09c95c3f247edadd83b10>

⁴⁶⁶ GIMENO FELIU, José María, en el artículo “Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios: la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado”. Revista de estudios locales, Cunal, editada por COSITAL, N° 164, 2013, págs. 10-21.

⁴⁶⁷ TENA RUIZ, Javier, en el trabajo de conclusiones de la “Jornada de buenas prácticas en materia de contratación. Particular referencia a la formación de los expedientes, la elección del procedimiento de adjudicación, la publicidad y la transparencia”, organizada por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, marzo de 2015, localizable en su propia web [contratosdelsectorpublico.es](http://www.madrid.org/camaradecuentas/images/15_03_22_Conclusiones_de_buenas_prcticas.pdf) y en la de la Cámara de Cuentas de Madrid http://www.madrid.org/camaradecuentas/images/15_03_22_Conclusiones_de_buenas_prcticas.pdf

El Tribunal de Cuentas, en el informe número, de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005, ya destacaba que algunas de las fórmulas empleadas para la valoración del precio no garantizan que la oferta seleccionada fuera en todos los contratos la más ventajosa. Critica el Tribunal en este informe, no solo fórmulas que tilda de antieconómicas por atribuir la máxima puntuación a las ofertas que se aproximaran más a la media aritmética de todas las presentadas, penalizando por lo tanto las mayores bajas con menos puntos, sino también fórmulas que valoraban el precio en función de la proporción existente entre las bajas económicas de todas las ofertas presentadas o que aplican porcentajes fijos por tramos sin establecer proporción entre los distintos tramos. En estos casos, el efecto que se produce es que diferencias mínimas en las bajas de las ofertas pueden producir grandes diferencias en las puntuaciones y, señala por ello el Tribunal, no permiten una adecuada ponderación con los demás criterios de adjudicación, ya que pueden distorsionar la importancia del precio respecto del conjunto de los criterios.

Compartiendo el primer criterio, reiterado en todos los informes posteriores como expondremos, hemos de matizar el segundo. En estos casos, en nuestra opinión, lo que puede ser desacertado es la ponderación de los criterios, porque lo que no parece posible es buscar fórmulas que no produzcan ese efecto sin que ello suponga una alteración de la proporcionalidad en la valoración. Además, eso mismo puede suceder con los criterios de apreciación técnica, donde las diferencias pueden ser mínimas y en cierta medida, subjetivas y, aplicando el criterio del Tribunal de Cuentas, de repartir todos los puntos, también marcaría considerables diferencias de puntuación. En realidad, cada criterio de valoración ha de actuar aisladamente considerado como si de una subasta se tratase, y efectivamente una pequeña diferencia de oferta, se traduce en una diferencia de puntos, al igual que sucede, por ejemplo cambiando de ámbito, en los concursos de méritos para proveer una plaza. La STJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06, Comisión contra España), rechaza el criterio de la baja media apelando a esta idea de que cada criterio, “en caso de paridad de las demás condiciones”, debe permitir adjudicar el contrato a la mejor oferta (lo que no permite el criterio de la baja media, fundamentos jurídicos 69 y 75,). Y tampoco parece correcto, aunque se indicase en el PCAP, variar la fórmula a la vista de las ofertas recibidas, y si las diferencias entre estas es menor a un porcentaje prefijado, utilizar una fórmula que no produzca una ponderación lineal de las bajas, sino que corrija las puntuaciones y acorte las diferencias. Entendemos que esto no es posible porque supone una modificación de las reglas del juego una vez presentadas las ofertas, incorporando un elemento ajeno a la voluntad de las empresas al realizar sus ofertas. Recordamos a este respecto las palabras del Tribunal de Cuentas cuando recomienda especificar los métodos o fórmulas de valoración de los criterios “*a fin de que todas las empresas interesadas en las licitaciones puedan conocerlo con*

*suficiente antelación para preparar las ofertas en coherencia con sus posibilidades y con los requerimientos y necesidades específicas de las Administraciones contratantes*⁴⁶⁸. El Acuerdo del TACP Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014 exige que las condiciones de la licitación “*estén formuladas de forma, clara, precisa e inequívoca en los pliegos que la rigen, de manera que permita conocer al licitador de antemano las consecuencias de su oferta*”. Se quebraría pues esta exigencia si se modulase o variase la fórmula de valoración a la vista de las ofertas.

El rechazo del Tribunal de Cuentas y de los equivalentes autonómicos a las fórmulas que no reparten todos los puntos es contante, por ser contrario al principio de economía en el gasto público. El Informe del Tribunal de Cuentas nº 959 de 20 de diciembre de 2012 de fiscalización del sector público local 2010 desvela que “*en la valoración de las ofertas y como consecuencia de la aplicación de diversas fórmulas, los baremos de puntuación para la valoración de los precios no se aplicaron en toda su extensión, reduciéndose de este modo las diferencias de puntos entre las ofertas más caras y las más baratas, lo que no es coherente con el principio de economía en la gestión de fondos públicos*”. El Informe 1.046, de 24 de mayo de 2014 recomienda igualmente que “*en la valoración de los precios de las ofertas, deberían primarse las mayores bajas*⁴⁶⁹. El Acuerdo del Consejo de Cuentas de Castilla y León de 30 de mayo de 2012⁴⁷⁰ detectaba una “*Incorrecta ponderación del criterio de adjudicación correspondiente a la proposición económica (...) ya que se otorga puntuación a la oferta que coincide con el presupuesto de licitación, por lo que se incumple el artículo 134 de la LCSP (art. 10 del TRLCSP) al desvirtuar la ponderación atribuida al criterio (...)*” (en relación con otros expedientes señala que “*se atribuye la puntuación máxima pero no la mínima*”), y criticaba igualmente que “*las fórmulas automáticas aplicables a los criterios de adjudicación, no garantizan el reparto de todos los puntos*”. Este mismo Consejo de Cuentas, recomienda en su informe de 23 de julio de 2014, igualmente “*evitar distorsiones en la ponderación de los criterios de adjudicación valorables automáticamente mediante la aplicación de fórmulas, en especial del criterio precio, atribuyendo la mayor puntuación posible a la mayor baja y repartiendo todos los puntos atribuidos a estos criterios*”. El Informe del Consejo de Cuentas de Madrid de 17 de septiembre de 2015 insiste que la mayor puntuación en el criterio de adjudicación del precio

⁴⁶⁸ Informe 1.010 de fiscalización del sector público local 2011 de 28 de noviembre de 2013, recomendación 12. En sentido similar el Acuerdo del Consejo de Cuentas de Castilla y León de fiscalización de la actividades contractual de los Ayuntamientos capitales de provincia de la comunidad Autónoma, ejercicio 2008, de 19 de diciembre de 2010.

⁴⁶⁹ Informe del Tribunal de Cuentas Nº 1.046, de 24 de mayo de 2014, fiscalización sobre actuaciones realizadas por los ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, recomendación 11, pág. 146..

⁴⁷⁰ Informe de fiscalización de la contratación del Ayuntamiento de Valladolid de los años 2009 y 2010, pág. 17.

debe recibirla la oferta más económica y no la que no supere determinados porcentajes fijados a priori por el órgano de contratación.

La misma cautela con las fórmulas se propone en las Instrucciones del Interventor General de la Administración del Estado, de 16 de febrero de 2011, sobre las medidas de refuerzo del Plan de revisión del gasto y el Plan de Austeridad 2011-2013 cuando ordena que: *“En los expedientes de contratación en los que se propongan varios criterios de adjudicación, se analizará el peso relativo asignado al precio y se comprobará si en la aplicación de los criterios de adjudicación está prevista la utilización de fórmulas polinómicas que, en la práctica, pudiera dar lugar a que diferencias importantes en los precios ofertados no reflejaran diferencias de la misma importancia en las puntuaciones asignadas”*; esta instrucción se cita en la RTACRC de Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014. La «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», publicada por la Comisión Nacional de la Competencia también afirma que *“la puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato”*. A esta Guía hace expresa referencia la RTARCCYL 39/2015, de 9 de abril de 2015, que aboga también por *“una ponderación proporcional lineal que asigne la puntuación según el mejor precio ofertado”*.

Y este mismo criterio es seguido sin fisuras por todos los Tribunales Administrativos de Contratación Pública. Además, aportan una información esencial, ya que aclaran, esperemos de manera definitiva, qué fórmula matemática ha de utilizarse para valorar las ofertas económicas, y en general, todo los criterios valorables matemáticamente.

La RTACRC 891/2014, de 5 de diciembre, además de recordar que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato, tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, y establecerse en los pliegos con total claridad y precisión, señala que las fórmulas que han de repartir todos los puntos de manera proporcional lineal. La RTACRC 942/2014, de 18 de diciembre de 2014 analiza el efecto de las fórmulas o sistemas de valoración que no atribuyen la puntuación prevista de manera proporcional pura o lineal: *“Aunque el recorrido teórico de la valoración del precio es desde cero (0) puntos (presupuesto de licitación) hasta 70 puntos (oferta más económica), el recorrido efectivo cuando las bajas son muy altas, se concentra en cifras próximas al valor máximo aunque haya grandes diferencias entre las ofertas. Así sucede en el caso concreto de la licitación impugnada, en que la diferencia de puntuación que resulta de la fórmula prevista en el PCAP es de 3,9 puntos (apenas un 6%), aunque la oferta económica de la adjudicataria es más del doble que la de y la baja que presenta ésta, casi un 41% más alta que la primera. Y considera por ello nulo el pliego, al vulnerar el*

principio de selección de la oferta más ventajosa y resulta contrario al de estabilidad presupuestaria: *“El efecto real de la fórmula prevista en el PCAP para la valoración del precio es que éste tiene un impacto muy reducido en la selección del adjudicatario, en contra del objetivo de reducción del gasto público reseñado en la memoria. Con tal fórmula el criterio decisivo para la adjudicación del contrato de suministro de material consumible informático no es el precio, sino los criterios técnicos de apreciación discrecional, lo que es contrario a lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP. En fin, la fórmula de valoración del precio, al quitarle relevancia a la oferta económica resulta contraria a los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del gasto y no contribuye a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, tal como dispone el artículo 1 del TRLCSP por lo que incurre también en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público”*.

El Acuerdo del TACP Madrid 173/2014, de 8 de octubre de 2014 nos parece especialmente determinante en esta cuestión, pues valida sin ambages una fórmula concreta y sencilla que garantiza el reparto de todos los puntos aplicando una proporcionalidad lineal: **la regla de tres simple directa sobre la baja**. Además, precisa también que la baja es la diferencia entre la oferta y el importe base de licitación, lo supone también descartar las fórmulas que limitan esa cifra. Este Acuerdo, amparándose en abundantísima doctrina legal y jurisprudencial, señala que *“la forma de valorar el criterio precio no es neutra”*, y rechaza expresamente las fórmulas que corrigen o alteran la proporcionalidad en el reparto de puntos de las ofertas valorables con fórmulas matemáticas, y precisa que el objetivo ineludible de poder seleccionar la oferta objetivamente más ventajosa económicamente, *“exige una ponderación lineal que asigne la puntuación atendiendo al mejor precio ofertado”*, por lo *“debe aplicarse la proporcionalidad a las ofertas realizadas de forma lineal aplicando una regla de tres simple”*.

La aplicación de la proporcionalidad lineal mediante una regla de tres quizá admita una modulación. Si los criterios de ponderación han de valorar el “esfuerzo” real que hace cada licitador con su oferta, no parece razonable, dar “0” puntos a la oferta que realice una baja económica, aunque sea la menor de las bajas presentadas (STSJ de Navarra 50/08, de 22 de febrero). Ello implica no dar “0” puntos a la oferta más baja de las presentadas, sino a la que va al tipo, de la misma manera que la máxima puntuación ha de corresponder siempre a la mejor oferta, no a una hipotética que oferte ejecutar el contrato de manera gratuita, por 0 €⁴⁷¹, que además sería muy difícil admitir la justificación de tal oferta para no ser rechazada por temeraria, El IJCCA de Aragón 6/2014, de 3 de marzo, parece

⁴⁷¹ Como sucedía con la fórmula mostrada más arriba con un gráfico. El Acuerdo del TACP Aragón 61/2014, de 8 de octubre, rechaza otra fórmula correctora de la proporcionalidad, en un caso en el que el PCAP permite la posibilidad de ofertar a un licitador cero euros.

admitir esa posibilidad de dar 0 puntos a la oferta que va al tipo en lugar de a la más baja, pues llega a la conclusión siguiente: *“La asignación de la puntuación del criterio precio debe realizarse mediante sistemas proporcionales puros, sin que sea necesario agotar toda la puntuación posible en aquellos supuestos en que las bajas ofertadas por los licitadores sean inferiores al umbral previamente fijado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, por debajo del cual se entiende que las ofertas no suponen una mejora económica significativa, pues de otra manera se puede abocar a los licitadores a una situación de competencia «irracional»*”. La RTARCCYL 25/2015, de 9 de abril de 2015 parece igualmente admitir este planteamiento cuando afirma que *“las fórmulas no ocasionen disfunciones exigen una ponderación proporcional lineal que asigne la puntuación según el mejor precio ofertado, partiendo del precio de licitación como punto de referencia”*, lo que supone dar “0” puntos a la oferta que va al tipo y no a la que hace menos baja.

Finalmente, cabe citar la STJUE de 16 de septiembre de 2013, T-402/06. Comisión contra España, que rechaza la fórmula de valoración del contrato que primaba la baja media y refrenda el criterio que había seguido la Comisión Europea (que redujo las ayudas del Fondo Cohesión de 8 proyectos de Cataluña) de *“sustituir el método del precio medio por el de la evaluación lineal de los precios”* (FJ 121).

Una mención singular nos merece la atención a las fórmulas que priman la «baja media», que atribuyen la máxima puntuación a la oferta que más se aproxima a la media aritmética de todas las presentadas, de manera que la puntuación de las ofertas va creciendo a medida que se acercan a esa media y decrecen en cuanto se alejan de ella, aunque sean ofertas más baratas, formando la campana antes recogida en un gráfico ilustrativo, más o menos cerrada.

Con los argumentos ya expuestos, resulta sencillo rechazar este criterio de la «baja media», como expresamente hace la citada STJUE de 16 de septiembre de 2013, T-402/06, que considera que el método del precio medio no garantiza la mejor viabilidad técnica de los proyectos y rechaza el argumento del abogado español de que un precio excesivamente bajo puede poner en peligro la correcta ejecución de los proyectos⁴⁷².

El rechazo de esta forma de valorar el precio (y por lo mismo, cualquier otro criterio valorable mediante fórmulas), ya estaba consagrado en la doctrina de los

⁴⁷² La STJUE de 19 de septiembre de 2013 ha sido comentada ampliamente por Josa María GIMENO FELIU, en el artículo “Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios: la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado”. Revista de estudios locales, CUNAL, editada por COSITAL, N° 164, 2013, págs. 10-21. También en el ObCP, entrada de 06/01/014, “La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetros”.

órganos consultivos, fiscalizadores y revisores de la contratación pública españoles.

Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa han mostrado al respecto una postura unánime, desde hace décadas. La JCCA de Madrid, en su Informe 4/97, de 6 de mayo, concluye que *“la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública”*⁴⁷³. La JSCA de Valencia, apunta sobre la valoración del precio en el Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, que *“deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas”*. La JRCA de Murcia, mantenía el mismo criterio en el Informe 4/2003, de 27 de junio. La de Cataluña, en su Informe 3/2005, de 7 de julio, afirma que *“Toda valoración del precio, como criterio de adjudicación, tiene que otorgar la mayor puntuación a la oferta más barata y sólo a ésta. En consecuencia, una valoración del precio que otorgase la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas que, aunque próximas al anterior, fuesen más caras, vulneraría el marco jurídico de los contratos públicos*. El IJCCA 4/11, de 28 de octubre de 2011 concluye que en todo caso *“en cuanto al precio, la oferta más baja ha de ser la que reciba la mayor puntuación”*.

El mismo rechazo se ha reiterado por el Tribunal de Cuentas, como en el ya citado Informe número 760, de 26 de abril de 2007, que criticaba que algunas de las fórmulas empleadas para la valoración del precio no garantizan que la oferta seleccionada fuera en todos los contratos la más ventajosa; en concreto rechazaba que algunas puntuaban mejor a las ofertas que se aproximaran más a la media aritmética de todas las presentadas, penalizando por lo tanto las mayores bajas con menos puntos, con lo resultan antieconómicas⁴⁷⁴. El también aludido Informe del Tribunal de Cuentas nº 959, de 20 de diciembre de 2012, de fiscalización del sector público local 2010, cuestiona que *“en algunos contratos adjudicados mediante procedimientos abiertos con múltiples criterios de adjudicación, las bajas económicas de las ofertas fueron deficientemente valoradas, con el consiguiente encarecimiento del precio de estos contratos, al otorgarse una escasa relevancia al*

⁴⁷³ La oferta económica que analizaba este IJCCA de Madrid ponderaba las ofertas en función de la proximidad a la media resultante de las presentadas. Se evaluarán de acuerdo a la fórmula:

$$P_i = 6 \frac{(6 - |Omp - O_i|)}{Omp}$$

Donde: P_i = Puntuación de la oferta que se evalúa, i ; 6 = puntuación máxima atribuida al precio; O_i = Valor económico de la oferta; Omp = Valor medio ponderado de las N ofertas económicas consideradas válidas; $Omp - O_i$ = Valor absoluto de la diferencia entre la oferta media y la oferta i .

Media aritmética: $O_m = \text{Sumatorio de } P_i / n$

Media ponderada: $Omp = C_p \times O_m$; siendo C_p = Coeficiente de ponderación = 1; O_m = Valor Medio de las Ofertas.

⁴⁷⁴ Informe relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social durante los ejercicios 2004 y 2005.

precio de las ofertas en los PCAP o al establecerse la valoración de los precios según diversas fórmulas en función de las bajas medias y no de las mayores bajas". El Informe 1.062, de 30 de octubre de 2014 señala igualmente que la valoración de ofertas en función de la baja media, y no en función de las mayores bajas, no resulta conforme al principio de economía en la gestión de los fondos públicos. Este criterio de rechazo a este tipo de fórmulas ha sido asumido por la Comisión Mixta de las Cortes para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas⁴⁷⁵.

También los TACP han rechazado las fórmulas de valoración en torno a la baja media, anulando los pliegos correspondientes: Acuerdo TACP de Aragón 61/2014, de 8 de octubre de 2014; ATACP Madrid 26/2015 de 18 de febrero de 2015⁴⁷⁶.

Otro método de valoración de las ofertas ponderables con criterios matemáticos que es tan habitualmente utilizado como sistemáticamente rechazado, es el establecimiento de «umbrales de saciedad» a las ofertas: bien por marcar una puntuación fija, dando los puntos correspondientes si se cumplen o no determinados requisitos; bien al fijar una puntuación por tramos de oferta, con un límite; o bien estableciendo una cantidad a partir de la cual ya no se dan más puntos a las ofertas. El resultado es el mismo, las ofertas se alinean en el punto en el que se obtiene la mayor puntuación, recibiendo en general todas los mismos puntos en esos criterios que han establecido limitaciones en las ofertas. De esa manera no se cumple el requisito que indirectamente señala de la STJUE de 16 de septiembre de 2013, T-402/06, Comisión contra España, de que en caso de empate entre ofertas en todos los demás criterios (de paridad o igualdad, dice el TJUE, apartados 32, 69, 75 y 123), cada uno pudiese servir para resolver dicho empate. Es decir, las ofertas no se pueden topar o limitar; de hecho la legislación comunitaria impone que han de admitirse inicialmente las ofertas desproporcionadas o anormales.

El Tribunal de Cuentas ha repudiado a esta fórmula de valorar las ofertas en todos sus informes por considerar que mediante esta forma de valorar las ofertas *“se está penalizando a las ofertas más baratas, de forma que por debajo de ese límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación”* (Informe del Tribunal de Cuentas núm. 760, aprobado por el

⁴⁷⁵Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Ayuntamiento de Huesca, ejercicios 2008 a 2011. Misma idea que late en la Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009.

⁴⁷⁶ Este Acuerdo del TACP de Madrid recoge el criterio de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, de la Comisión Nacional de la Competencia, que *“si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajos, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo”*.

Pleno de 26 de abril de 2007), por lo que *“establecer umbrales de saciedad en la valoración de las ofertas económicas, no resultó conforme al principio de economía en la gestión de fondos públicos ni al de adecuación del precio al mercado previsto en el artículo 87.1 del TRLCSP”* (Informe 1.062, de 30 de octubre de 2014)⁴⁷⁷.

El Consejo de Cuentas de la CCAA de Madrid, en su Informe Concesiones de servicios y obras vigentes en 2012, de 30 de diciembre de 2014, señala igualmente que el establecimiento de un umbral de saciedad en el precio como criterio de adjudicación, impide que sea el mercado el que lo fije y determine, lo que incumple lo previsto en el artículo 87.1 del TRLCSP.

Los TACP rechazan igualmente esta forma de valorar las ofertas otorgando la máxima puntuación en un criterio a determinado tope de baja (o de alta), pues ello supone quebrantar los principios de economía y eficiencia recogidos en el art. 1 TRLCSP. La RTACRC 103/2013, de 6 de marzo de 2013, resalta el argumento apuntado. Si resulta obligatorio aceptar ofertas en temeridad si se justifican, fijar un tope a las ofertas en cualquier criterio impide que los empresarios puedan hacer ofertas, aparentemente temerarias, pero que por sus circunstancias particulares puedan cumplir.

El Acuerdo del TACP Madrid 26/2015, de 18 de febrero de 2015, se refiere de manera precisa a esta forma de valorar las ofertas: *“A ello cabe añadir que no es adecuado fijar un porcentaje o una cantidad en relación con criterios de valoración objetivos a partir de los que no se aplicarán puntos, o límite de saciamiento, porque ello no atiende a la consecución de la oferta más ventajosa, que es lo que ocurriría con la interpretación de la recurrente, puesto que todas las licitadoras conocerían que para obtener la máxima puntuación en el criterio cuantitativamente más importante bastaría con ofertar el porcentaje máximo del 15%, con lo que a la postre se anularía el efecto de este criterio”*. Cita en este sentido el Tribunal madrileño el IJCCA de Aragón 6/2014, de 3 de marzo, que mantiene igualmente que *“tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa”*.

⁴⁷⁷ En los casos analizados en ese informe, que se atribuían 5 puntos por cada 10.000€ de baja sobre el tipo, critica el Tribunal de Cuentas que *“la valoración de las bajas económicas por tramos fijos predeterminados condiciona su cuantificación por los licitadores, no siendo coherente con el principio de adecuación del precio al mercado, ni con el de economía en la gestión de los fondos públicos”*.

d. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS «SUBJETIVOS», JUSTIFICACIÓN DE SU VALORACIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

Es de sobra conocido que los criterios de valoración de las ofertas pueden ser valorados mediante “fórmulas matemáticas” o mediante “un juicio de valor” (arts. 150.2 TRLCSP y 145.6 ALCSP). Lo que no cabe es la valoración de las ofertas con criterios “subjetivos”. Aunque los juicios de valor conlleven cierta dosis de subjetividad del técnico que hace la valoración, eso no puede suponer arbitrariedad, sino que cualquier otro técnico de similar cualificación debería llegar a conclusiones similares al valorar la misma oferta, valoración que en todo caso ha de estar amparada en una justificación técnica precisa, de manera que pueda ser fiscalizada.

Por un lado, se exige reiteradamente la mayor objetivación posible de los criterios de apreciación técnica, con una definición clara y precisa de lo que se pretende valorar, como ya se ha expuesto, y formuladas también de manera “objetiva” y con respeto pleno a los principios generales que rigen la contratación pública (art. 145.1.b ALCSP). Esa demanda de claridad ha quedado perfectamente expuesta en el citado IJCCAE 30/07 de 5 de julio de 2007 que permite concluir que si no es posible definir qué es lo que se pretende valorar con un determinado criterio, este debe ser descartado. En este sentido, los OCEX reiteran en sus informes la necesidad de reformar la objetividad de los criterios de adjudicación. Así, el Consejo de Cuentas de Castilla y León, reclama esta exigencia: “*Deberán reforzar la objetividad de los criterios de adjudicación incluidos en el PCAP, detallándolos y valorándolos de tal forma que se garantice el conocimiento por parte de los licitadores de la forma en que van a ser valoradas sus ofertas y que la Mesa de contratación asigne las puntuaciones dadas a estos criterios, dejando constancia de todo ello en el expediente, lo que redundaría en una mayor transparencia y objetividad del proceso*”⁴⁷⁸. El Tribunal de Cuentas recomienda constantemente “*incrementar el grado de objetividad, delimitando y ponderando los criterios de valoración*”⁴⁷⁹. Esa precisión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de lo que se quiere valorar y cómo se va a valorar⁴⁸⁰, es una exigencia derivada del principio de igualdad, pues todos los licitadores diligentes han de

⁴⁷⁸ Informe de Fiscalización de la Contratación del Sector Público Local, ejercicios 2009 y 2010, de 5 de abril de 2013.

⁴⁷⁹ Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con La Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

⁴⁸⁰ Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009.

poder conocer esos parámetros, el «qué» y el «cómo» se van a valorar sus ofertas para poder formularlas adecuadamente⁴⁸¹.

En cuanto a la forma de valorar las ofertas en los aspectos no matemáticos, no se puede establecer de manera totalmente cerrada, primero por imposibilidad fáctica, al no tratarse de aspectos cuantificables y ponderables de manera automática mediante fórmulas exactas y, en segundo lugar, porque el criterio técnico ha de tener cierto margen de actuación para apreciar la calidad de las ofertas. Sin embargo, sí que han de dar los pliegos unas indicaciones básicas de qué se va a tener en cuenta al valorar cada oferta, qué aspectos se van a considerar y qué parámetros se van a utilizar para comparar unas ofertas con otras. Hacer eso en los pliegos no es sencillo, pero lo que no se puede es dejar criterios totalmente abiertos, limitándose a copiar algunos de los que relaciona la Ley, sin ajustarlos y precisarlos para el contrato de que se trate: calidad, características estéticas o funcionales; aspectos sociales o medioambientales, etc.; o cuestiones tales como el plan de ejecución, los medios materiales humanos y materiales destinados a la ejecución del contrato, sin precisar mínimamente que se primará en la valoración, cuando una solución se considera más estética o funcional que otra, etc.. Aunque no es sencillo, resulta imprescindible realizar ese esfuerzo de precisión en los pliegos, y algunos ejemplos prácticos pueden encontrarse. Un fórmula que entendemos aceptable es la determinación de criterios como “muy bueno”, “bueno”, “regula” o “malo”, si bien precisando en cada criterio cuando se entiende que una oferta debe recibir una calificación u otra, así como los puntos que se atribuyen a cada uno de esos parámetros de calificación⁴⁸². Diferente es una valoración con arreglo a esos parámetros pero carente de precisión alguna en los PCAP y/o de justificación en el informe de valoración, como sucedía en el contrato

⁴⁸¹ Resolución de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009.

⁴⁸² Un ejemplo de un pliego tipo del Ayuntamiento de Valladolid, tomado del sistema que también se ha utilizado en el Ayuntamiento de León:

La distribución de la puntuación se hará de manera proporcional en todos los aspectos de valoración enunciados, atribuyéndole la calificación de:

- Muy buena: cuando se realice un estudio detallado del aspecto en cuestión y se propongan medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras.
- Buena: cuando el estudio y propuesta en relación con el elemento a valorar sea detallado, y se propongan algunas medidas de actuación precisas y/o innovadoras.
- Regular: cuando se limite a un somero estudio de la obra y/o se realicen aportaciones de actuación escasas y/o poco precisas.
- Mala: cuando se mejoren muy escasamente los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato.
- Muy mala: cuando no se mejoren ninguno de los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato.

Corresponderá la máxima puntuación en la valoración de cada aspecto a la oferta que reciba la calificación de “muy buena”; de la máxima a $\frac{3}{4}$ de esa puntuación a la considerada como “buena”; de $\frac{3}{4}$ a la mitad a la calificada como “regular”; de la mitad a $\frac{1}{4}$ de los puntos a la calificada como “mala”, y cero puntos a la calificada como “muy mala”.

cuestionado por el Consejo de Cuentas de Castilla y León de 23 de julio de 2014, que rechazó ese sistema de ponderación⁴⁸³. La RTACRC 275/2015 considera que no resulta contrario al principio de igualdad, efectuar la valoración de las ofertas mediante el método comparativo, pues la comparación entre las ofertas “es consustancial a la propia licitación pública”, aunque precisa que se debe atribuir la máxima puntuación a la mejor de las ofertas presentadas, sin restringir la posibilidad de obtener la máxima puntuación por una de ellas.

Otro aspecto crucial en la valoración de los criterios de apreciación técnica es la motivación de la puntuación que el técnico o técnicos que hacen la valoración otorguen a cada oferta en cada criterio. M. P. BATET JIMÉNEZ pone el acento sobre esta cuestión, señalando que, más que una concreción tan exhaustiva en el establecimiento de los criterios de valoración, que impida cualquier aportación novedosa por parte del licitador convirtiendo en automática la resolución del concurso, hay que exigir del órgano de contratación la motivación de sus puntuaciones como garantía para el licitador, que siempre podrá impugnarlas ante los Tribunales⁴⁸⁴. Motivación que debe no obstante ser respetuosa con la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales de los ofertantes (STGUE de 8 de julio de 2015, asunto C-536/11).

La meritada RTACRC 891/2014, de 5 de diciembre, señala que los puntos atribuidos a los criterios no cuantificables a través de fórmulas matemáticas, se repartirán mediante un juicio de valor “*preciso y bien motivado*”. La Recomendación de la JCCA Aragón 1/2014, de 1 de octubre, exhorta a que se realice una motivación suficiente en la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor, especificando los motivos concretos por los que se asigna la puntuación otorgada. Cita la JCCA aragonesa varias resoluciones de los Tribunales y Juntas Consultivas para apoyar esta recomendación, como los Acuerdos del TACP de Aragón 59/2012 y 25/2013, en los que se exige que la transparencia llegue, respecto de los informes de valoración, a detallar quienes han participado, el momento, el contenido y método de las pruebas realizadas y en consecuencia la suscripción del mismo por quienes lo han elaborado, “*aun reconociendo al respecto el TACPA en el Acuerdo 37/2012, que es ese un ámbito en el que juega la discrecionalidad técnica de la Administración, siendo suficiente con que*

⁴⁸³ El Acuerdo del Consejo de Cuentas de Castilla y León de 23 de julio de 2014, relativo a la contratación celebrada en el ámbito de Administración general e institucional de la Comunidad Autónoma, ejercicio 2011, contiene la siguiente recomendación: “*el establecimiento de criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, exige que se desarrollen de forma detallada en el PCAP. El informe técnico de valoración de ofertas vinculadas a un juicio de valor debe ser motivado, justificando la puntuación asignada a cada oferta, sin que puedan emplearse conceptos indefinidos como “escaso”, “suficiente”, “adecuado”, “bueno” o “muy bueno” o similares.*

⁴⁸⁴ BATET JIMÉNEZ, María Pilar, en el artículo “Los criterios de adjudicación”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica N° 103, Diciembre 2010.

se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable". La RTACRC 109/2015, de 30 de enero de 2015, exige esa motivación incluso en aquellos casos en que la asignación de puntuación derive de una respuesta simple (si/no; posee/no posee, etc.) sobre los aspectos puntuados, "porque el tener o no tales elementos, en un momento dado puede derivarse de una consideración subjetiva"⁴⁸⁵.

La motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad; al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permitan, en su caso, impugnar la adjudicación (Acuerdo del TACPA 3/2011). Esa motivación se ha de dar por lo tanto a conocer a todos los licitadores, que han de poder tener acceso a los informes de valoración, incluso a las ofertas de los demás licitadores, con los límites que se hayan podido establecer en relación con la confidencialidad de parte de los datos de las ofertas (cuestión analizada en el apartado B.9).

Sobre quien ha de realizar la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, la ley exige que sea un comité de expertos o un organismo técnico especializado cuando el peso de estos sea superior al cincuenta por ciento de la puntuación total (art. 150.2 TRLCSP, 145.6.a del ALCSP). Cuando no sea superior a ese porcentaje, el ALCSP precisa que la valoración la ha de hacer la propia mesa de contratación, si interviene, o los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, pudiendo solicitar en ambos casos los informes técnicos que se consideren oportunos (art. 145.6.b ALCSP). La RTARC de Aragón 83/2015, de 3 de agosto de 2015, admite expresamente que la Mesa de contratación, al amparo de lo previsto en el artículo 160.1 del TRLCSP (), 21.5 y 22.1.e del RPLCSP, recabe el asesoramiento de técnicos especializados para que la asistan en la elaboración del informe de valoración de las propuestas en cuanto a los criterios técnicos, sin que estos asesores tengan la naturaleza de un Comité de expertos; valida este Tribunal que la mesa asuma el informe de esos técnicos externos. Lo que nos parece recomendable es, que para procurar una mayor objetividad de la valoración técnica, que ese informe de apoyo a valoración de la Mesa sea realizado y suscrito

⁴⁸⁵ RTACRC 109/2015, 5º: *"el pliego de cláusulas, (...) junto al criterio y en la misma tabla, se colocan dos recuadros que hacen referencia a si cada empresa tiene o no "Sí" o "No", cada elemento descrito, pero ello no quiere decir que esa puntuación técnica no necesite una justificación, porque el tener o no tales elementos, en un momento dado puede derivarse de una consideración subjetiva (...)Ello hace que sobre real virtualidad la alegación del recurrente, que cuenta con la razón que le asiste en el presente caso, en que la resolución de adjudicación carece de la necesaria motivación para conocer la causa de esa atribución de puntuaciones uniformes a todos los licitadores en la oferta técnica, por lo que la resolución de adjudicación, por esa defectuosa motivación, debe anularse..."*

por más de un funcionario cuando el peso de los criterios técnico sea importante, aunque inferior al 50%, o especialmente complicado⁴⁸⁶.

La imparcialidad de quien realiza la valoración de los criterios técnicos de las ofertas ha sido analizada por la STJUE, de fecha 12 de marzo de 2015, asunto C-538/1, que atribuye al poder adjudicador la obligación de comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses, sin que corresponda la carga de la prueba a los licitadores, debiendo el Derecho nacional articular los mecanismos para evitar que la eventual parcialidad de los expertos tenga incidencia en la adjudicación y al poder adjudicador comprobarlo⁴⁸⁷. Es esta una cuestión relacionada con los conflictos de intereses que ya hemos analizado.

Una última cuestión es el control judicial de los informes técnicos de valoración, el alcance de manida 'discrecionalidad técnica'. La doctrina tradicional de los tribunales, tanto en este caso como en otros con similitudes, como la valoración de los Tribunales de oposiciones, ha sido de respeto a los informes técnicos de valoración, admitiéndose una presunción de certeza, acierto e imparcialidad en la actuación de los técnicos que valoran las distintas ofertas. Los Tribunales de Justicia, se decía, no pueden sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores (STS de 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto). Este criterio ha sido asumido por los TACP, como se constata en la RTARC de Andalucía 38/2012 de 12 de abril de 2012, que cita abundantes precedentes al respecto de estos Tribunales y de los jurisdiccionales (por todas, la RTACRC 33/2012).

Pero esta cuestión se ha empezado a matizar por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la discrecionalidad de los Tribunales para la selección de personal. Esta evolución del criterio ha sido analizada al hilo de diferentes resoluciones judiciales por el magistrado J. R. CHAVES GARCÍA. Así, en

⁴⁸⁶ En el Ayuntamiento de Valladolid, por ejemplo, cuando los criterios no matemáticos superan el 30% de la puntuación total (art. 96.5 la Instrucción 1/2015, de 17 de abril de 2015).

⁴⁸⁷ Esta STJUE analiza un concurso en Lituania para adquirir un sistema de alerta e información de la población a través de la telefonía móvil. Se cuestiona la parcialidad del informe de valoración de las ofertas por la existencia de relaciones profesionales entre los expertos que habían valorado las ofertas y las empresas beneficiarias por la adjudicación, porque varios especialistas vinculados a ellas eran también profesores de la Universidad Tecnológica de Kaunas, como los expertos designados. El Tribunal de Luxemburgo recuerda que corresponde a la normativa interna garantizar la aplicación eficaz del Derecho de la Unión y, por ello, los poderes públicos han de establecer criterios para garantizar la imparcialidad y neutralidad de los expertos, así como la adopción de medidas para evitar conflictos de intereses, porque resulta excesivo hacer recaer sobre el recurrente la carga de probar la parcialidad de los expertos, como había ocurrido en este asunto. Igualmente señala que será el Tribunal de Lituania el que deba analizar si esos vínculos habían influido en la decisión final, si esas relaciones habían inclinado la balanza con juicios parciales. Porque, en principio, tener vínculos profesionales no supone un impedimento previo para la designación de expertos. Lo importante es ofrecer una información completa transparente, para evitar que el juicio de anónimos expertos oculte relaciones o conflictos de interés que alteran las reglas de los procedimientos en competencia.

relación con la STS de 16 de Marzo de 2015 (rec. 735/2014), que revisó la actuación de un Tribunal de oposiciones, precisa a este respecto que *“es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada”*. La STSJ de Galicia de 12 de Junio de 2015 (rec. 10/2015) entra incluso a revisar la valoración dada por el Tribunal de valoración en aspectos que, por tratar de temas jurídicos en pruebas escritas, el TS dispone de criterios para enjuiciar la valoración del Tribunal de valoración, por lo que estima el recurso apreciando en conjunto las circunstancias excepcionales del caso para *“levantar el velo’ de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso”*⁴⁸⁸. El profesor T. RAMÓN FERNÁNDEZ ha analizado esta evolución jurisprudencial y señala como en efecto la nueva jurisprudencia exige expresar las razones, no meras puntuaciones, y no duda en sustituir, incluso, los juicios emitidos cuando sea evidente su error⁴⁸⁹. Por lo tanto, como recuerda J. R. CHAVES, *“El derecho a la motivación es el contrapeso frente a la discrecionalidad de valoración del Tribunal calificador”*⁴⁹⁰.

Los TARC parece que van asimilando esta nueva doctrina jurisprudencial. El TARCCYL en su Resolución 24/2014, de 10 de marzo, sólo entra a analizar un informe técnico de valoración de ofertas, rechazándose las valoraciones técnicas exclusivamente por falta de motivación adecuada⁴⁹¹. Este mismo Tribunal, en la

⁴⁸⁸ Comentada por CHAVES GARCÍA, José Ramón, en su blog contencioso.es, entrada del día 6 de julio de 2015 bajo el título “Hacia el infinito y más allá del control de la discrecionalidad en oposiciones y concursos”.

<http://contencioso.es/2015/07/06/hacia-el-infinito-y-mas-alla-del-control-de-la-discrecionalidad-en-oposiciones-y-concursos/#more-948137>.

⁴⁸⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, en el artículo "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", publicado en la Revista de Administración Pública, número 196, Enero/Abril 2015.

⁴⁹⁰ CHAVES GARCÍA, José Ramón, en el artículo “De la escurridiza motivación de calificaciones de oposiciones 2”, publicado en su blog contencioso.es entrad de 2015/04/06.

<http://contencioso.es/2015/04/06/de-la-escurridiza-motivacion-de-calificaciones-de-oposiciones-2/>

⁴⁹¹ RTARCCYL 24/2014, de 10 de marzo:

(...) conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor, por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar dichas valoraciones, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios (en consonancia con los artículos 1 y 139 del TRLCSP) o que no se haya incurrido en error material.

Este Tribunal considera que los criterios de valoración deben estar vinculados directamente con el objeto del contrato y ser adecuados, necesarios y proporcionados para identificar la oferta económicamente más ventajosa (artículo 150.1 del TRLCSP), por lo que no es razonable tomar en consideración únicamente aspectos formales de una oferta, como una descripción detallada o sencilla, cuando lo relevante es su contenido sustantivo.

resolución 15/2014, de 19 de febrero, da las pautas del alcance del control por parte de los Tribunales sobre los informes de valoración técnica: “en relación con los criterios técnicos por el órgano de contratación, este Tribunal es competente para analizar los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminación o que finalmente no se haya incurrido en error material”⁴⁹². Este mismo argumento utiliza en la RTARCYL 75/2015, de 27 de agosto, pero entra a desgranar el contenido del informe técnico para aseverar la adecuada calificación como variantes o alternativas la oferta así tildada por el técnico municipal. La RTACRC 257/2015, de 23 de abril, señala que la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Parece que con la nueva doctrina del Supremo, estos Tribunales podrían entrar también en el fondo del asunto cuando dispongan de criterios suficientes para desmontar justificadamente las valoraciones que hayan realizado los técnicos del órgano de contratación.

En esta línea de marcar pautas precisas para garantizar que la discrecionalidad técnica no se lleva por delante el principio de igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes a resultar adjudicatarios de un contrato, el Consejo económico y Social de España, en su informe de 25 de junio de 2015 al ALCSP, ha reclamado que en la nueva Ley de Contratos, se integren disposiciones para controlar esa discrecionalidad, no en cuanto al “núcleo material de la decisión”, sino a lo que denomina sus “aledaños”, las pautas jurídicas que son exigibles para esa valoración y las actividades instrumentales o preparatorias del informe.

Un resumen de todo lo expuesto en relación con los criterios de valoración de las ofertas es la recomendación que se recoge en la Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre las actuaciones

En el informe que se incorpora como anexo al acta de la sesión de la Mesa de contratación, sólo se detalla una relación numérica correspondiente a los puntos otorgados a cada licitador, sin unas reglas de distribución de tal puntuación y sin que se pongan de manifiesto las características de la oferta de cada uno.

En consecuencia, de todo lo expuesto resulta que la puntuación mediante aplicación de los criterios de valoración no evaluables mediante fórmulas está viciada de falta de motivación, ya que no muestra las especialidades y peculiaridades diferenciales de cada oferta.”

⁴⁹² En el supuesto objeto de análisis por la RTACCYL 15/2014, “el informe de valoración, aunque contiene una sucinta motivación respecto de la admisión o no de algunas de las mejoras realizadas por los licitadores, sin embargo no contiene una precisa justificación, moderación y ponderación de las puntuaciones otorgadas. Por todo ello procede la retroacción de las actuaciones a los efectos de valorar motivadamente las mejoras presentadas, lo cual no debe suponer volver a una situación con un escenario de igual discrecionalidad y sin sujeción a los límites puestos de manifiesto.”

realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre. (Informe Tribunal de Cuentas nº 1046, de 24 de julio de 2014):

“2. Instar, en relación con la contratación administrativa desarrollada por las Entidades Locales a que: en la valoración de los precios de las ofertas deberían primarse las mayores bajas, sin perjuicio de valorar, además, otros aspectos de las ofertas distintos del precio; en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establezcan los criterios de adjudicación con claridad y precisión y especifiquen los métodos o formas de valoración de los mismos y los criterios de baremación; se acredite adecuadamente la necesidad pública de las inversiones; los informes técnicos y de valoración de las ofertas de los licitadores sean lo suficientemente explicativos para poder apreciar la corrección de las puntuaciones otorgadas y exista un mayor rigor en la tramitación de las fases de preparación y adjudicación de los contratos, a fin de evitar la proliferación de modificaciones en los mismos derivada de deficiencias en dichas fases o de causas que no responden a las previstas legalmente.”

La STSJ de Castilla y León, Valladolid nº 378/2015, de 23 febrero, analizó un supuesto peculiar de contradicción entre los principios comunitarios y una normativa interna sectorial, remarcando la preferencia de aquellos sobre cualquier disposición interna que los contradiga⁴⁹³.

En conclusión, para garantizar que la adjudicación recae en la oferta más ventajosa en conjunto, es necesario establecer unos criterios claros y objetivos en el doble sentido de adecuados al objeto del contrato y que dejen muy escaso margen a cierta “subjetividad” técnica y adecuadamente ponderados entre sí en función de las características de cada contratos; los PCAP han motivar los criterios de valoración que se adoptan, primando los de valoración matemática, establecer fórmulas de valoración que garanticen un reparto proporcional lineal de todos los puntos atribuidos a cada criterio de valoración matemático, como la regla de tres simple; y precisar en cuanto a los criterios de valoración técnica tanto lo que se valora como el método de valoración que se va a utilizar. Los informes de valoración técnica de las ofertas, además de estar realizados por técnicos cualificados y sin intereses en relación con el contrato y los licitadores, deben justificar de forma adecuada la puntuación atribuida a cada criterio de acuerdo con los parámetros establecidos en el pliego. Estos informes técnicos deberían emitirse

⁴⁹³ Se trataba de un contrato servicio público de transporte escolar cuyos pliegos preveían un derecho de prioridad absoluta para el concesionario del servicio regular preexistente que se convierte en una suerte de derecho de retracto respecto a la oferta que hubiera resultado adjudicataria a tenor de los méritos establecidos en el pliego. La contradicción entre la normativa autonómica que prevé esa preferencia y los principios de no discriminación y de igualdad de trato recogidos en la normativa europea determina la nulidad de los pliegos

por una comisión de técnicos independientes, preferentemente integrantes de la Mesa y el redactor del proyecto técnico del contrato.

B.4. Concreción en los pliegos de las mejoras y variantes admisibles y forma de valoración.

La diferencia entre simples «mejoras» y «variantes», no se contempla expresamente en el TRLCSP, que tampoco regula un tratamiento diferenciado para unas y otras, cuestión que en parte parece que remediará el ALCSP. Es por lo tanto necesario, en aras a la transparencia, dejar claro en los pliegos no solo las mejoras y/o variantes que, en su caso, se admitirán y su forma de valoración, también las consecuencias de presentar variantes o mejoras no permitidas en el PCAP.

a. LA CONFUSA REGULACIÓN LEGAL DE VARIANTES Y MEJORAS

El TRLCSP parece utilizar ambos conceptos en términos equivalentes en muchos preceptos, pues se refiere a ellos simultáneamente con la conjunción “o”, que puede ser de disyuntiva o de equivalencia (artículos 129.5; 145; 147; 148.6; 170.a; 233.3.d TRLCSP); aunque otros artículos se refieren solo a variantes (artículos 137.2, 150.3.b TRLCSP; 68.1.c, 71.3.f y 137 RGLCAP) o a mejoras (artículos 130.3 y 4; 131.1.c; 148.4.e, 148.10.b; 201). El RGLCAP, con más precisión, equipara variantes con “alternativas (“variantes o alternativas”, arts. 67.2.j y 89). Sin embargo, el tratamiento en cuanto a criterio de valoración lleva a la confusión el artículo 150.3.b TRLCSP al mezclar ambos conceptos: *“Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes”*(algo que ya corrige el art. 145.7.b del ALCSP). Aunque solo en caso de “variantes” en los proyectos de obras es necesaria una nueva supervisión del proyecto (art. 137 RGLCAP⁴⁹⁴).

El artículo 145 del TRLCSP señala que las proposiciones de los interesados deberán ser únicas, salvo que los pliegos prevean la posibilidad de presentarse “variantes o mejoras”. El artículo 147 del mismo TRLCSP establece los requisitos con los que han establecerse en los pliegos las “variantes o mejoras” para su admisión. El pliego de cláusulas administrativas debe contemplar expresamente tal posibilidad, indicándolo también en el anuncio de licitación del contrato “precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizadas su presentación”. Las variantes son una excepción a la prohibición de presentación simultánea de más de una proposición, pero sólo admisible si se prevén en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación del

⁴⁹⁴ Una vez admitidas las variantes darán lugar a la necesaria modificación del proyecto tal y como se determina en los artículos 85, letra b), de La Ley y en el artículo 137 del RGLCAP. (IJCCA 13/04, de 7 de junio de 2004: verlo en nota al art. 87)

contrato “*precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación*” (art. 147.2 RLCSP). De no regularse expresamente en los pliegos su admisión y su concreción en estos términos, opera la prohibición del artículo 145.3, y la consecuencia es la inadmisión de todas las variantes presentadas un licitador (Informe JCCA 19/04, de 12 de noviembre). Parece que al mismo régimen hemos de atenernos en relación con las mejoras, pues se estos preceptos no establecen régimen diferente, aunque veremos que los TARC no atribuyen las mismas consecuencias en caso de presentarse mejoras no previstas en los pliegos.

Esta dicotomía de términos no aparece en la Directiva 2004/18, ni en las vigentes Directivas sobre contratación del año 2014, que regulan las variantes sin referirse a las mejoras, concepto que se utilizan solo como verbo, pero no como sustantivo. La Directiva 2014/14 regula las variantes en su artículo art. 45, en términos similares al artículo 24.2 de la Directiva 2004/18⁴⁹⁵. Esta regulación exige de manera expresa “*que las variantes estarán vinculadas al objeto del contrato*” y es más precisa en cuanto a su regulación en los pliegos, exigiendo precisen los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, las modalidades de su presentación y los criterios de adjudicación, que han de aplicarse aplicarse tanto a las variantes que cumplan estos requisitos exigidos como a las ofertas conformes que no sean variantes. En caso de no preverse expresamente en el PCAP, las variantes no estarán autorizadas y sólo se tomarán en consideración aquellas que cumplan los requisitos mínimos exigidos por los poderes adjudicadores (art. 45.3); en los contratos de suministro o de servicios en los que se haya autorizado o exigido la presentación de variantes, no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios.

En la transposición de estos preceptos, el ALCSP ya se ocupa de manera separada de las mejoras de las variantes, y además recoge una definición del concepto “mejoras” a objeto de su utilización como criterio de valoración independiente (art. 145.4, párrafo segundo). El artículo 142 regula la «admisibilidad de variantes» exigiendo que “*se prevean en los pliegos suficientemente identificada (...) con concreción los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas*”. Aunque el ALCSP incomprensiblemente elude dos requisitos que se recogen en el artículo 45 de la Directiva 2014/24 (y en el 64 de la Directiva 2014/25): no se exige expresamente que las variantes han de estar vinculadas al objeto del contrato; y tampoco se hace ninguna referencia a que el pliego de cláusulas administrativas particulares debe establecer la forma de

⁴⁹⁵ La Directiva de concesiones, 2014/23, no regula expresamente las variantes, aunque la posibilidad de su previsión en los pliegos se contempla en los Anexos V y VII, que regulan el contenido de los anuncios de licitación y prevén que estos recojan: “Si procede, descripción de posibles variantes”. La Directiva de sectores especiales, 2014/25, regula las variantes en su artículo 64 en términos similares a los del artículo 45 de la Directiva 2014/24.

valorar las variantes, tanto a las que cumplan los requisitos que se exijan en el pliego, como la valoración de las ofertas válidas que no sean variantes. Consideramos que resultaría mucho más clarificador y más acorde con el contenido en las Directivas, recoger en la nueva LCSP las siguientes consideraciones, que en todo caso se recomienda incluir en el PCAP:

- Las variantes que se prevean en los pliegos deberán estar “vinculadas al objeto del contrato” (vinculación con el mismo criterio que establece para los criterios de valoración el artículo 145.2 ALCSP).
- Debería señalarse que el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de establecer la forma de valorar las variantes que cumplan los requisitos que se exijan en el pliego y de las ofertas válidas que no sean variantes.
- Debería precisarse que la consecuencia de presentar variantes cuando el pliego no lo prevea o diferentes a las que contemple, consecuencia que debe ser la de rechazo íntegro de la proposición, de acuerdo con el criterio de los TARC, como más adelante se expone.

En cuanto a las «mejoras», ya separadas de las variantes como se ha señalado, se regulan en el artículo 145.4 del ALCSP, junto con los criterios de adjudicación del contrato, que las define en los términos siguientes⁴⁹⁶: *“Deberán entenderse por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones”*. Este apartado 4 del artículo 145.4 del ALCSP, establece otras dos previsiones: *“4. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado 6.a) del presente artículo, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. (...) En todo caso, cuando los pliegos contemplen como criterio de adjudicación las mejoras, deberán establecer mínimamente los aspectos a los que podrán referirse, los requisitos y su ponderación”*. Entendemos que la expresión *“mínimamente”* no es acorde con la exigencia actual del artículo 147.2 del TRLCSP, que dispone que las “variantes y mejoras” han de establecerse con “precisión” (*“precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”*). Esa exigencia de “concreción” se ha exigido igualmente por el TJUE (STJUE 16 de octubre de 2003, 28 de noviembre de 2008 *“su concreción es un requisito esencial”*), por las JCCA (IJCCAE 59/09: *“suficiente grado de detalle”*; 2/2015 de 17 de marzo de la JCCA de Aragón) y por los TARC (*se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación*, ATACP de Madrid 43/2011, de 28 de julio RTACRC 592/2014, de 30 de julio; RTACRC 592/2014, de 30 de julio; RTARCCYL 15/2014; ATACP de Aragón 12/2015, de 20 de enero). Y en cuanto a limitación del peso de las mejoras como criterio de valoración (máximo del 2,5% del total de la puntuación) no se justifica

⁴⁹⁶ Podría ser más precisa la definición del LCSP, siguiendo la definición que han se han esforzado en señalar los TARC (por todas el ATACP de Madrid 34/2011).

el por qué de ese preciso porcentaje, ni tampoco por qué no se establece el mismo límite siempre que sean mejoras valorables mediante un juicio de valor, aunque el peso de estos criterios no sea superior al de los evaluables de manera matemática. En todo caso, la precisión de que las mejoras “*no puedan alterar la naturaleza*” de las prestaciones que definen el objeto del contrato, ha de marcar el peso ponderado de las mismas en relación con el total de la puntuación.

b. CONCRECIÓN DE LOS CONCEPTOS DE «MEJORAS» Y «VARIANTES».

La distinción entre variantes y mejoras y su tratamiento ha de buscarse en la doctrina de los órganos consultivos y judiciales, diferenciación que es necesaria, pues en la práctica, pocos contratos admiten la presentación de variantes, pero muchísimos prevén como criterio de valoración la presentación de mejoras que no consideran por lo tanto variantes (aunque muchas veces lo sean, sobre todo en los contratos de obras). El ATACP de la Comunidad de Madrid nº 43/2011, de 28 de julio de 2011, acude a la definición del diccionario de la RAE para una aproximación a los términos “variante”, “alternativa” y “mejora”. Atiende también este Tribunal al «Glosario de términos de la Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», elaborado por la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, que define las «variantes» como las “*alternativas a la configuración de la prestación objeto de licitación que pueden proponer los licitadores cuando así se admita en los pliegos. El término variante se utiliza siempre en conexión con el de mejoras, en un sintagma alternativo: variantes o mejoras*”. Esta distinción se mantiene por el Tribunal de Madrid en otras resoluciones posteriores, (como los Acuerdos 3/2012 de 18 de enero; 180/2014, de 15 de octubre) y es asumida por otros Tribunales, como la RTACRC 592/2014, de 30 de julio; o las RTARC de Castilla y León 15/2014, de 19 de febrero o la 75/2015, de 27 de agosto. Utilizando las palabras de estos Tribunales, se pueden definir ambos conceptos en los términos siguientes:

- VARIANTES son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación, manteniendo la identidad y reconocibilidad de la prestación originaria⁴⁹⁷, y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones.
- MEJORAS son aquellas aportaciones extras sobre la prestación objeto del contrato, más beneficiosas para el órgano de contratación, o más gravosas para el licitador⁴⁹⁸ y que no altera el objeto ni el precio del mismo⁴⁹⁹, que han

⁴⁹⁷ La expresión entre paréntesis no se recoge en las Resoluciones del TARC de Madrid, procede la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales 592/2014, de 30 de julio.

⁴⁹⁸ Igualmente el texto entre paréntesis procede la RTACRC 592/2014, de 30 de julio.

⁴⁹⁹ Precisiones estas acertadamente señalada en el ATARC de Aragón 12/2015, de 20 enero de 2015.

sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación como criterio de valoración.

Respecto de las «mejoras», es recurrente también la cita de la distinción y requisitos que estableció el Acuerdo 8/2012 del TACP de Aragón (citado también en la mencionada RTARC de Castilla y León 15/2014, de 19 de febrero y en la 24/2014, de 10 de marzo): *“Por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por qué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación”.*

Por lo tanto, nos encontramos ante una «mejora» cuando se ofrece “algo más” que lo previsto en el pliego o proyecto, pero sin “variar” ni “cambiar” lo previsto inicialmente, sino como un añadido o complemento de aquello; pero si con la mejora que se propone se “sustituyen” los elementos previstos inicialmente por otros, entonces se está modificando el proyecto inicial, se introducen en el mismo «variantes» o “alternativas”.

Las «mejoras» son meros añadidos o cambios poco importantes que no alteran el proyecto o solución técnica definida en los pliegos, sino que incorporan al mismo alguna prestación o utilidad adicional, (IJCAE 59/09, de 26 de febrero de 2010 “prestaciones accesorias”). En el caso de obras, no supone nuevas unidades de obra o una ampliación de las previstas en el proyecto, pues eso ya implica una variación del proyecto inicial (IJCAE 13/04, de 7 de junio de 2004; 59/09, de 26 de febrero de 2010⁵⁰⁰), ha de ser algo complementario al proyecto. La oferta que se realiza es

⁵⁰⁰ El Informe de la JCCA 13/04, de 7 de junio de 2004, abundando en esta materia indica, en relación de nuevo con mejoras de obra comprometidas por el adjudicatario, que *“sólo pueden ser ofrecidas cuando el órgano de contratación haya admitido la presentación de variantes e indicado los aspectos sobre los que pueden ser presentadas, y que una vez admitidas darán lugar a la necesaria modificación del proyecto tal y como se determina en los artículos 85, letra b), de La Ley y en el artículo 137 del Reglamento General. No puede hablarse en tal sentido de otras mejoras, toda vez que el contrato de obras se caracteriza por la ejecución de una prestación definida en el proyecto aprobado, que previamente a su ejecución es objeto de replanteo, determinando la comprobación de su realidad geométrica y la disponibilidad de los terrenos sobre los que se ubica”.*

La JCCA, en su Informe 59/09, de 26 de febrero de 2010, con relación a la posibilidad de que los pliegos admitan como mejora la realización de prestaciones adicionales o accesorias por parte del contratista (juegos infantiles y bancos en la ejecución de un parque), dictaminó que ello es posible, pero siempre que para poder ser valoradas, y determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, los pliegos de

única, incluyendo las mejoras, no existen proposiciones simultáneas. Diferente es la utilización que a veces se hace en los pliegos de la “mejora” no como sustantivo sino como verbo: mejorar el plazo de ejecución, el tiempo de respuesta, o mejorar los precios...

Una «variante» supone una modificación sustancial en la solución a contratar, pues implica una solución técnica diferente a la prevista en el PPT (ATACP Madrid 180/2014), una solución alternativa (ATACP de Madrid 3/2012 de 18 de enero⁵⁰¹). Las variantes se consideran siempre como ofertas simultáneas (IJCAE 29/1998, de 11 de noviembre; IJCAE 19/2004 de 12 de noviembre: *“las propuestas que incluyen variantes o alternativas deben considerarse propuestas simultáneas”*). La variación que supone la solución alternativa es de tal importancia que, por ejemplo, en el caso de obras, la Administración vendrá obligada a supervisar la solución variante, en caso de ser elegida una de ellas (art. 137 RGLCAP). Y en todo caso, siempre se ha de reflejar en el documento de formalización, que ha de incorporar *“las cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario en su oferta y que hayan sido aceptadas por la Administración”* (art. 71.3.f del RGLCAP). La valoración de las variantes puede realizarse con una fórmula diferente a la de la “solución base”, algo que precisa la Directiva 2014/24 para el caso de la subasta electrónica (art. 35.6 *in fine*): *“En el supuesto de que se autoricen variantes, deberá proporcionarse una fórmula para cada variante”*).

c. REQUISITOS PARA LA VÁLIDA PREVISIÓN DE LAS MEJORAS Y VARIANTES COMO CRITERIO DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

Los órganos consultivos han rechazado expresamente la utilización de las mejoras como criterio de valoración en sustitución del precio (algo no infrecuente cuando se trata de contratos subvencionados), ya que el poder adjudicador está obligado a definir con precisión el objeto del contrato (artículo 121 TRLCSP), y en concreto en los contratos de obras ese objeto se precisa en proyecto que ha de estar totalmente definido (elaborado, supervisado, aprobado y replanteado previamente) (IJCAE 29/98, de 11 de noviembre; IJCAE 59/09, de 26 de febrero de 2010). El IJCCA Aragón 2/2015, de 17 de marzo también entiende que la

cláusulas administrativas particulares establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el propio pliego *“con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”*.

⁵⁰¹ La RTACP de la Comunidad de Madrid 3/2012 de 18 de enero: *“(…) De las mejoras propuestas sí recaen sobre el objeto del contrato, en tanto en cuanto la maquinaria a aportar por el adjudicatario sobre la que se propone la mejora, es obviamente un elemento más de la prestación que constituye su objeto. Debe por tanto confirmarse que la propuesta alternativa sobre una mejora constituye la presentación de una variante prohibida por la normativa en materia de contratación pública”*.

inclusión de mejoras con la intención de agotar el presupuesto y “ampliar” el objeto de la licitación, no sólo es contraria al principio de eficiencia/economía, sino que, además, vulnera el principio de igualdad de trato.

Los requisitos para la válida previsión en los pliegos de las mejoras como criterio de valoración de las ofertas han sido precisados por las JCCA: IJCCA de Aragón 1/2011, de 12 de enero; IJCCA de Cataluña 9/2012, de 20 de julio; IJCCA de Madrid 3/2014, de 10 de julio, etc. El IJCCAE 59/2009, de 26 de febrero de 2010, señala que *“se consideran variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.”* Los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales han seguido esa doctrina a la que apelan, para precisar los requisitos para la válida previsión en los pliegos de las mejoras y variantes como criterio de valoración de las ofertas.

La ya citada RTACP de Madrid 43/2011, de 28 de julio, relaciona esos requisitos, relación que ha sido reproducida en muchos otros acuerdos posteriores de este y otros Tribunales (RTACRC 592/2014, de 30 de julio⁵⁰²; Castilla y León 15/2014; ATACP de Aragón 12/2015, de 20 de enero; etc.). El IJCCA de Andalucía 4/2014 de 11 de julio relaciona junto a esos requisitos, otros también incuestionables (añadimos los preceptos que establecen esos requisitos y citas de otros órganos consultivos y resoluciones de TARC):

1. Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación (art. 147.1 TRLCSP; art. 45.1 Directiva 2014/24).
2. Que guarden relación con el objeto del contrato (art. 150.1 del TRLCSP; art. 45.1 Directiva 2014/24).
3. Que se mencionen en el pliego y en los anuncios (art. 147.1 TRLCSP; art. 67.2.j del RGLCAP⁵⁰³).

⁵⁰² La RTACRC 592/2014, de 30 de julio, ha sintetizado de forma excelente la doctrina sobre el ámbito de las mejoras (y su diferencia de las variantes).

⁵⁰³ La RTACRC 585/2014, de 30 de julio señala que los requisitos y la forma de acreditar las mejoras, así como las pautas para su valoración, deben figurar detallados en el PCAP, dado que en caso contrario se incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho que, apreciable incluso de oficio por los Tribunales, supondría la anulación del criterio de adjudicación y a la nulidad de proceso de licitación.

Resolución 22/2013, de 2 de mayo, del TARCCYL: *“nuestra resolución de 20 de julio de 2011, por la que resolvimos el recurso 155/2011 ya dispuso que “la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”. Lo que nos lleva ya a considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.”*

4. Que se detallan con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación (art. 147.2 TRLCSP; art. 67.2.j del RGLCAP: sobre “*qué elementos y en qué condiciones*”, “*sus requisitos, límites, modalidades y aspectos sobre los que son admitidas*”).
5. Que en la licitación se establezcan dos o más criterios de adjudicación (art. 150.3.b del TRLCSP).
6. Que en el pliego o en el anuncio se establezcan los criterios de valoración de las mismas (arts. 150 TRLCSP; 45.2 *in fine* de la D. 2014/24 y 35.6 para la subasta electrónica⁵⁰⁴).

Los ATARC de Madrid 2/2012 y 3/2012, de 18 de enero de 2012⁵⁰⁵ aluden a esos mismos requisitos para las «mejoras»: han de referirse a aspectos directamente relacionados con el contrato, que impliquen una prestación adicional que “*excede o mejora*” la prevista en los pliegos que va a suponer un aumento del beneficio en la ejecución del contrato y no pueden a su vez presentar variantes o alternativas no previstas expresamente en el pliego⁵⁰⁶.

A estos requisitos se han de añadir otros cuatro más, extraídos de las propias resoluciones de los TARC:

7. La admisión de variantes o mejoras no puede suponer modificar el objeto del contrato (RTARC de Castilla y León 78/2014, de 12 de noviembre; ATACP de Aragón 12/2015, de 20 enero de 2015; IJCCA de Cataluña 9/2012; STS de 25 de octubre de 1985 y de 18 de mayo de 2004⁵⁰⁷; ATACP Aragón 12/2015, de 20 de enero).

⁵⁰⁴ IJCCAE 59/09, de 26 de febrero de 2010.

⁵⁰⁵ Sobre el mismo contrato del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el municipio de Majadahonda.

⁵⁰⁶ ATCP de Madrid 3/2012 “(...) *De las mejoras propuestas sí recaen sobre el objeto del contrato, en tanto en cuanto la maquinaria a aportar por el adjudicatario sobre la que se propone la mejora, es obviamente un elemento más de la prestación que constituye su objeto. Debe por tanto confirmarse que la propuesta alternativa sobre una mejora constituye la presentación de una variante prohibida por la normativa en materia de contratación pública*”.

⁵⁰⁷ La cita RTARCCYL 78/2014, se hace eco de esas otras citas, recogiendo el siguiente párrafo de la SAN de 18 de mayo de 2004: “*Es verdad que el artículo 88 de La Ley contemplaba la admisibilidad de variantes; y la redacción originaria de este precepto posibilitaba la admisión de variantes, sin que necesariamente se hicieran constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares (aunque si se tendría que haber señalado cuando el órgano de contratación no las autorizara), pero incluso en este caso la toma en consideración de las variantes o alternativas estaba limitada a aquéllas que respondieran a requisitos y modalidades señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de manera que, en ningún caso, por esta 'vía de admisibilidad de variantes', se podía alterar el objeto del contrato*”.

8. Que se cumplan las exigencias de la correcta estimación del valor del contrato, que el valor económico del contrato no sea de tal *“impacto económico que distorsione el valor estimado del contrato”* (ATACP de Aragón 12/2015, de 20 enero de 2015 *“las mejoras no pueden distorsionar el objeto del contrato ni el cálculo del valor estimado del mismo”*⁵⁰⁸).
9. Que se recojan en el documento de formalización del contrato (este requisito no se menciona en el IJCCA de Andalucía 4/2014, pero se prevé, como se ha citado ya, en el artículo 68.3.f del RGLCAP).
10. Que se motive en el expediente la previsión de las mejoras que se prevean. El ya citado ATACP de Aragón 12/2015, reitera la exigencia de una completa motivación de las mejoras en el pliego: en qué mejora, por qué lo mejora y con arreglo a qué criterios se van a valorar⁵⁰⁹.

Todos estos requisitos que recogen las resoluciones de los TACP derivan de la jurisprudencia comunitaria sobre estas figuras, establecida, entre otras, en las STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-421/01, Trunfelher GMBH; STJUE de 22 de abril de 2010, Asunto C-423/07, Comisión contra España⁵¹⁰. La STJUE de 16 de octubre de 2003 analiza la admisión de variantes o alternativas en los concursos y precisa las siguientes conclusiones:

⁵⁰⁸ En el caso analizado en esa resolución del Tribunal aragonés, se valoraba como mejora en un contrato de mantenimiento de ascensores, la modernización de uno de los existentes que a juicio de Tribunal suponía su sustitución, lo que podría ser objeto de un contrato de suministro o de obra. Consciente el Tribunal de las necesidades y de las restricciones presupuestarias, sin embargo entiende que *“aun en circunstancias de restricciones presupuestarias, la búsqueda de la mayor eficiencia no puede justificar la alteración de la naturaleza y valor de la prestación demandada”*.

⁵⁰⁹ ATRC Aragón 12/2015: *“SEGUNDO.- La cuestión de fondo principal es relativa a si el criterio de adjudicación «Mejoras», es conforme a las exigencias legales. Sobre esta cuestión este Tribunal se pronunció en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, e indicó que «la introducción de mejoras -ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP)- debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su forma de valoración en los Pliegos, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Y como bien indica el Acuerdo del TACPA número 8/2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias»”*.

⁵¹⁰ Esta STJUE condenó a nuestro país por el incumplimiento de las obligaciones de publicidad e información establecidas para los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras *“construcción, conservación y explotación de las conexiones de la autopista A-6 con Segovia y Ávila”*. Incide el TJUE en que la obligación de publicidad, unida a los principios de igualdad de trato y transparencia, de los procedimientos de concesión de contratos públicos de obras exige que el objeto de la concesión esté definido en el anuncio y pliego de cláusulas administrativas particulares, que deben contener, entre otras informaciones, el objeto principal y los objetos adicionales del contrato, así como la descripción y lugar de las obras a realizar y la cantidad o extensión de las mismas. El Tribunal ha descartado la legalidad de posibles remisiones, en el pliego de condiciones, a la legislación nacional respecto a la posibilidad de que los licitadores presenten variantes en sus ofertas sin que en el pliego aparezcan los requisitos mínimos que las mismas deben cumplir. Dicha posibilidad impediría que todos los licitadores pudieran realizar sus ofertas en condiciones de igualdad.

- La expresión “oferta alternativa” corresponde al término “variante” del art. 19 de la Directiva (La sentencia se basa lógicamente en la Directiva 93/37/CEE, aunque la regulación posterior no ha variado en esencia, más que precisamente para incorporar la doctrina del TJUE⁵¹¹).
- Es requisito esencial de la contratación pública garantizar la «transparencia», cuyo objetivo consiste en *“en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva”* (véase, en este sentido, por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 41 y 42).
- En el pliego de condiciones han de figurar los requisitos mínimos que deben cumplir estas variantes y que una mera remisión del pliego de condiciones a una disposición de la normativa nacional no basta para cumplir esta exigencia. En consecuencia, no puede tomarse en consideración una variante, aun cuando no se haya declarado su inadmisibilidad en el anuncio de licitación, si en el pliego no se recogen expresamente los requisitos que han de reunir esas variantes y como se van a valorar. Y por lo tanto sólo se han de valorar las variantes que la entidad adjudicadora haya tomado en consideración válidamente, con arreglo al artículo 19 de la Directiva.

Por lo tanto, los requisitos que han de cumplirse para la admisión de variantes, precisados muy certeramente por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, han de tenerse en cuenta al regularlas en los pliegos, pues se trata de exigencias que derivan directamente a los principios esenciales de la contratación pública, en concreto al principio de igualdad de trato, como reiteran estos Tribunales (ATARC de Andalucía 38/2012 de 12 de abril de 2012 y 139/2014; RTCRC 585/2014, de 30; RTARCCYL 15/2014, de 19 de febrero; ATACP de Madrid 3/2012, de 18 de enero de 2012, 180/2014, de 15 de octubre de 2014). El Tribunal de Cuentas ha reiterado también esa relación, como puede verse en su informe 1.062, de 30 de octubre de 2014, que señala que *“el establecimiento de criterios de adjudicación o mejoras de forma imprecisa y sin especificar la forma de valoración o asignación de puntuaciones, resulta contrario a los principios de publicidad, objetividad y transparencia”*. Cuestión repetida por los OCEX, regionales

⁵¹¹ La admisión de variantes en el contrato de obras se recoge el art. 19 de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (art. 24 Directiva 2004/18 y art. 45 de la D. 2014/24). Este precepto disponía que : *«Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán tomar en consideración las variantes que hayan presentado los licitadores, cuando dichas variantes respondan a los requisitos mínimos exigidos por dichos poderes adjudicadores. Los poderes adjudicadores mencionarán en el pliego de condiciones las condiciones mínimas que deberán reunir las variantes así como las modalidades de su presentación. Indicarán en el anuncio del contrato si no se autorizan las variantes. (...)»*

como el Consello de Contas de Galicia en su reciente Informe Contratación Administrativa 2010-2011, de 8 de noviembre de 2014).

La procedencia de los criterios señalados para la válida admisión de mejoras y/o variantes directamente de los principios rectores de la contratación pública, hace que devenga inaplicable lo que dispongan los pliegos si contravienen esas reglas; la RTACRC 547/2014, de 18 de julio de 2014 lo he señalado expresamente: *“la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad, sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras”*.

En aplicación de los requisitos señalados, los Tribunales rechazan los pliegos que prevén mejoras genéricas, indeterminadas en cuanto a los aspectos de la prestación que pueden ser mejorables, o en cuanto al valor de la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación, como puede verse en la RTACRC 467/2014, de 13 de julio⁵¹².

d. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE MEJORAS O VARIANTES NO PREVISTAS EN LOS PLIEGOS.

El PCAP debe precisar, en aras a la claridad que exige el principio de transparencia, los efectos de presentar mejoras o variantes cuando el pliego no las prevé, o presentar alguna diferente a las contempladas en el PCAP. Las consecuencias no son las mismas en el caso de las mejoras que de las variantes.

El citado IJCCA de Andalucía 4/2014 de 11 de julio establece una clara diferencia de régimen, ya señalada por el TACP de esta misma Comunidad Autónoma en su Resolución 38/2012 de 12 de abril de 2012:

- Las mejoras ofertadas por la persona licitadora que no se hayan previsto de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no se tendrán en consideración al valorar la oferta.
- La presentación de variantes por la persona licitadora que no se hayan previsto de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares supone la presentación de proposiciones simultáneas o

⁵¹² RTACR 467/2014, de 13 de julio, que cita hasta nueve anteriores en las que ha mantenido ese criterio y la doctrina del TJUE, señala: *“el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GmbH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego”*.

alternativas, por lo que deben rechazarse todas las proposiciones presentadas por la misma.

Siguiendo este criterio, la RTACRC 25/2015, de 15 de enero de 2015, concluye que la falta de definición de la mejora ofertada por el licitador debe llevar a la no valoración del criterio, pero no justifica la exclusión del licitador del procedimiento.

En el caso de presentación de variantes no previstas en el pliego, la exclusión de la oferta es el criterio más generalizado. El IJCCA 19/2004, de 12 de noviembre, analizando los artículos 80 y 87 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (equivalentes a los artículos 145 y 147 del vigente TRLCSP) ya precisaba que *“que las propuestas que incluyen variantes o alternativas deben considerarse propuestas simultáneas, como resulta claramente de la prohibición y excepción del artículo 80 que después de prohibir la presentación de más de una proposición exceptúa lo dispuesto en el artículo 87, en el que literalmente, se admite más de una proposición”*. El IJCCA de Madrid 3/2014, de 10 de julio, analiza la presentación de variantes en un contrato dividido en lotes que no las preveía para ninguno de los lotes, concluyendo que *“tiene como consecuencia la no admisión de todas las propuestas suscritas por aquél a un mismo contrato o lote, pero no la de las proposiciones presentadas a otros lotes del mismo contrato, que puedan estar correctamente formuladas.”* Rechazar las ofertas que presenten variantes no previstas o diferentes a las contempladas en el PCAP supone, como regla general, la exclusión de las ofertas con variantes no prevista en el pliego (ATACP de la Comunidad de Madrid 43/2011 de 28 de julio⁵¹³; RTACRC 592/2014, que cita otras muchas de ese mismo Tribunal y su amparo en la jurisprudencia del TJUE, RTACRC 57/2013; 135/2014; 370/2014; 421/2014; 467/2014; 506/2014; etc.).

Esta radical solución de la inadmisión ha sido matizada por el mismo Tribunal de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo 3/2012 de 18 de enero. Tras recoger que el artículo 154 del TRLCSP establece como sanción a la presentación de variantes no permitidas o previstas en los pliegos *“la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”*, y pese a que esa fue la petición del otro licitador recurrente, el Tribunal no aceptó la exclusión de la totalidad de la oferta, apelando a los *“principios de proporcionalidad y racionalidad en la actuación administrativa.”* Puntualiza ahora este tribunal que la sanción de la inadmisión de todas las variantes propuestas sólo debe aplicarse cuando hay un objeto del contrato único y se ofrece una variante completa sobre el mismo. Lo que no era el caso analizado en la Resolución 3/2012, donde en un contrato limpieza viaria y recogida de residuos

⁵¹³ Analiza en este acuerdo el tribunal madrileño un contrato en el que la oferta del adjudicatario presenta 2 alternativas (dos ecógrafos). El Tribunal que no se debió admitir la oferta presentada con variantes o alternativas, debiéndose rechazar todas las por él presentadas.

sólidos urbanos se valoraban múltiples aspectos y se admitían diferentes mejoras, y la variante estaba en una de ellas. En ese caso debió parecer excesiva la penalización al Tribunal y apelando a los meritados principios de proporcionalidad y racionalidad, así como al de no limitar la concurrencia, (citando al respecto la STS de 19 septiembre 2000 RJ 2000\7976) declaró que *“en este caso no resulta procedente la sanción extrema de la exclusión de la totalidad de la oferta de la recurrente, sino tan solo de la no admisión de ambas propuestas alternativas en relación con la mejora indicada, conclusión esta que es además acorde con la tendencia jurisprudencial de no limitar la concurrencia”*.

e. CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEJORAS Y VARIANTES.

Finalmente, no ha de olvidarse que es esencial asegurar el cumplimiento completo de la ejecución de los contratos y, con ello, de todos los términos de la oferta del adjudicatario.

Deben en primer lugar recogerse en el documento de formalización, tanto las variantes, como impone el artículo 71.3.f del RGLCAP, como las mejoras, aplicando por analogía este precepto. Además, todos los responsables de esta fase de la contratación deben verificar su efectiva materialización (responsable del contrato y órgano fiscalizador de la inversión, al menos). En cuanto a las mejoras, es conveniente establecer un calendario de implantación y señalarlas, sin coste, en la certificación o factura en la que efectivamente se materialicen para que su cumplimiento no se olvide.

En relación con la ejecución de las mejoras, el IJCCA Aragón 4/2015 de 17 de marzo, precisa dos cuestiones que no son infrecuentes en la práctica: la Administración no puede modificar una mejora ofertada y admitida, salvo que la naturaleza de la misma lo permita, esté previsto en el Pliego y ambas partes estén de acuerdo; tampoco puede la entidad contratante, de forma unilateral, detraer del precio del contrato el importe de la mejora cuya ejecución no ha sido exigida por la Administración, pues tal actuación estaría al margen del contrato y de los principios que rigen su ejecución. Entiendo que esta afirmación tiene una matización: si una mejora está prevista en el pliego y es ofertada, el órgano de contratación no puede acordar sus materialización en metálico, pues eso supone una modificación del contrato; pero si el adjudicatario ofrece una mejora no prevista en el pliego, debe rechazarse su ejecución, pero entiendo que ha de detraerse su valor de la certificación correspondiente, pues el contratista ha tenido en cuenta el coste que para él tendría esa mejora y con ello ha realizado los cálculos para proponer el precio, por lo que no ejecutarla le supondrá un beneficio adicional no justificado.

En conclusión, ante la deficiente regulación normativa de las variantes y mejoras, su diferencia conceptual, de valoración y de las consecuencias de su presentación por los licitadores incumpliendo lo dispuesto en los pliegos, sería conveniente que el legislador incorporase a la nueva LCSP las precisiones que las Directivas y los órganos consultivos y judiciales han establecido. Para evitar problemas que puedan generarse en la práctica derivados de esta imprecisión legal, es conveniente que los pliegos recojan las precisiones siguientes:

En los contratos en los que se contemple la presentación de «mejoras» por parte de los licitadores como criterio de valoración de las ofertas, se deberá especificar en el pliego de cláusulas administrativas con precisión qué mejoras concretas serán admisibles, qué puntuación se atribuye a cada una y cómo van a ser valoradas. Las mejoras no podrán alterar el objeto del contrato y no pueden ser de tal valor económico que distorsione el valor estimado del contrato. El pliego debe precisar que la presentación de mejoras no previstas tendrá como consecuencia su no valoración, pero no se excluirá la oferta, aunque en caso de resultar adjudicataria, se deberá no obstante exigir su cumplimiento o su compensación, pues su valor fue tenido en cuenta por el contratista al calcular la oferta.

La admisión de «variantes» sólo será posible en aquellos contratos en los que la necesidad que se trata de satisfacer puede ser atendida por soluciones diferentes, pero vinculadas al objeto del contrato, que resulten más eficientes que la definida en los documentos técnicos del contrato. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se han de prever las soluciones variantes que puedan proponer los licitadores; concretarse los requisitos y características de las mismas; y precisar la forma de valorar la solución base y cada una de las variantes que se admitan. Resulta clarificador recordar en el pliego que en el caso de presentarse variantes sin estar permitidas o presentar alguna no prevista en el pliego, la oferta será rechazada en conjunto, salvo que la variante formulada lo sea es un aspecto secundario y de poco peso en el conjunto de aspectos de las ofertas a valorar, en cuyo caso únicamente se dejará de valorar el criterio afectado.

B.5. Actuaciones en el caso de concurrir ofertas anormales o desproporcionadas.

La regulación de las ofertas tradicionalmente llamadas “temerarias” busca tanto tratar de garantizar que la ejecución de un contrato no sufra las consecuencias de una oferta con valores anormalmente bajos, como asegurar la máxima competencia efectiva posible, no permitiendo rechazar de manera automática las ofertas con valores desproporcionados. Para asegurar ambos objetivos, los pliegos deben establecer los criterios con los que se va a considerar una oferta incurso en presunción de temeridad y, a la vez, establecer con claridad que la aceptación o rechazo de la oferta se hará tras un expediente contradictorio, con la obligación de

solicitar al licitador la justificación de los valores de su oferta y a quien vaya a informar esa justificación que ha de contradecir o ratificar de manera suficiente las justificaciones del licitador.

R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCARCEL FERNÁNDEZ analizan ese doble objetivo de la regulación de las ofertas anormalmente bajas: velar por la seriedad de las ofertas presentadas para evitar que la futura ejecución de un contrato se malogre y con ella la satisfacción de la necesidad pública que se pretendía cubrir con el contrato; y desde el “punto de vista procedimental” evitar el rechazo automático de las proposiciones incurso en baja anormal, efectuando previamente su aceptación o rechazo una verificación de la viabilidad de su cumplimiento⁵¹⁴. Analizan los citados profesores cómo la redacción final de la Directivas de 2014 se separó de la primera regulación de esta institución en el proyecto de Directivas de 2011⁵¹⁵ donde se trataba de cerrar con criterios matemáticos la consideración de las ofertas desproporcionadas en relación con el precio o los costes. Las Directivas finalmente aprobadas eliminan dicha objetivación (que tampoco estaba en las de 2011), pero dejando a criterio de los derechos nacionales realizar tal objetivación, lo que, según el TJUE, no es contrario al Derecho de la UE siempre que se garantice una “verificación contradictoria” de las ofertas que resulten anormalmente bajas⁵¹⁶. La RTACRC de 9 de febrero de 2011, recuerda que la apreciación de que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado.

El artículo 152 del TRLCSP regula con detalle el tratamiento que ha de darse en los pliegos a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, así como las actuaciones de la Mesa y el órgano de contratación ante una oferta “inicialmente incurso en presunción de temeridad”, como se calificaba en la normativa anterior (art. 35.3 TRLCAP, por ejemplo). El artículo 147 del ALCSP es ya más preciso y recoge tanto el contenido obligado del artículo 69 de la Directivas 2014/24 (curiosamente no se regula esta cuestión en la D. 2014/23), como la doctrina de los TARC, llegando más allá en la aplicación de criterios en aspectos sociales y medioambientales, como más adelante se expondrá. El artículo 152 se complementa con lo regulado en los artículos 85, 86 y 90 del RGLCAP. El artículo

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, en “La contratación pública a debate: presente y futuro”, directores, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2014, pág. 261, en donde citan el que citan en el mismo sentido a los profesores MORENO MOLINA y BLANQUER CRIADO.

⁵¹⁵ Bruselas, 20.12.2011 COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD).

⁵¹⁶ STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, Reino de España c. comisión Europea, apartado 74, donde cita como precedente en el mismo sentido la STJUE de 27 de noviembre de 2001, Asunto Lombardini. Apt. 73.

85 establece los criterios para considerar desproporcionadas las ofertas en las subastas, en los contratos donde el precio sea el único criterio de valoración (152.1 TRLCSP), estableciendo unas reglas matemáticas en función del número de ofertas: en el caso de un único licitador, si su oferta es inferior en un 25% al tipo de licitación; a un 20% si son dos los licitadores; y en un 10% de la media aritmética de las ofertas presentadas, con ciertos matices, si son más de tres o cuatro. El artículo 90 del RGLCAP señala estas reglas no son aplicables a los concursos. El artículo 86 regula el supuesto de ofertas presentadas por empresas pertenecientes al mismo grupo, tomándose únicamente la oferta más baja (criterio que incorpora el art. 147. 3 del ALCPS y que había analizado, el IJCCAE 35/12, de 14 de diciembre de 2012 o la RTACRC 922/2014, de 12 de diciembre⁵¹⁷). La RTARCCYL 51/2015, de 16 de junio, recuerda que una vez calculado cuál es el umbral de temeridad no procede volver a recalcular la baja media por exclusión de alguna oferta, pues se falsearía la finalidad inicial de esta operación: determinar el límite a partir del cual una oferta puede no ser viable, en función de todas las que han licitado.

De esta regulación y de la doctrina que la ha analizado, el tratamiento de las ofertas con valores anormales o desproporcionados es el siguiente:

1º. El pliego de cláusulas administrativas particulares “podrá” precisar “*los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados*” (art. 156.2 TRCLSP y 147.2 ALCSP). El carácter potestativo del establecimiento de criterios para considerar desproporcionadas las ofertas se deduce de la literalidad de esos preceptos, que utilizan el verbo “*podrá*”, tanto cuando el criterio es único como cuando son varios. Así lo ha entendido el TACRC en su Resolución 84/2015, de 23 de enero de 2015, que por ello considera que nada impide que el órgano de contratación, ante la falta de regulación en los PCAP, decida no aplicar los parámetros establecidos reglamentariamente y proceder a la adjudicación del contrato.

En los procedimientos con más de un criterio de valoración, el órgano de contratación puede prever cuándo una oferta será considerada como anormal o desproporcionada, pero si no lo hace, no podrá luego plantearse esa cuestión a la vista de las ofertas que se presenten (RTACRC 96/2013, de 06/03/2013), pues no son de aplicación directa los criterios matemáticos del artículo 85 del

⁵¹⁷ la RTACRC 922/2014, de 12 de diciembre, concluye que: “*la formulación de ofertas por empresas del mismo grupo en los contratos de servicios, como es el caso, resulta admisible y no determina la exclusión de la licitación, siendo así que la invocación de infracción de los principios en los que se asienta la contratación pública requiere pruebas o datos fundados y no meros indicios (Resolución 215/2011, de 14 de septiembre), máxime si lo que se pretende con ello es una consecuencia tan gravosa como la exclusión de una o varias empresas de la licitación*”.

RGLCAP en los procedimientos con más de un criterio de valoración (RTACRC 211/2011, de 14 de septiembre de 2011; ATCP de Aragón 25/2015, de 24 de febrero), aunque el PCAP sí que puede recoger el sistema para apreciar la temeridad que establece ese precepto, como expresamente ha admitido la STS 21 de julio de 2014 (rec. de casación núm. 334/2013). Para evitar que un olvido en los pliegos avoque a tener que aceptar sin más ofertas con valores desproporcionados, podría la nueva Ley establecer unas reglas con carácter supletorio, basadas, por ejemplo, en el ya constatado criterio del citado artículo 85 del RGLCAP.

El establecimiento de estos criterios debe hacerse teniendo presente la finalidad de esta institución, tratar de apreciar si las proposiciones pudieran no cumplirse a satisfacción de la entidad contratante por causa de los valores desproporcionados ofrecidos, como recuerda, por ejemplo, el ATACP de Aragón en 69/2013 (entre otros muchos), pero también sin que supongan una restricción a la competencia (RTACRC 042/2013, de 23/01/2013). Es decir, ha de permitirse un adecuado margen de maniobra a los licitadores para formular sus ofertas, sin que cualquier desviación del precio de licitación o del resto de criterios determine que la oferta incurra en presunción de temeridad.

La temeridad, además de en el precio, puede estar en el plazo de ejecución, en las mejoras, en los medios materiales o humanos que se proponen adscribir a la ejecución de las obras, y en cualquier otra de los criterios de valoración: Pero sólo podrá apreciarse en relación con aquellos criterios en los que expresamente se prevea, pues el sistema para la determinación de anormalidad de una oferta debe estar expresamente incluido y regulado en los pliegos, incluidos los parámetros objetivos con los que se han de “medir” las ofertas para considerarlas desproporcionadas. J. M. GONZÁLEZ PUEYO⁵¹⁸ señala esa conclusión apelando al criterio mantenido en el IJCCAE 58/2008 de 31 de marzo: si no figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no puede apreciarse que una proposición pueda considerarse como oferta anormalmente baja. Esta cuestión se deja clara en el artículo 147.2.b) del ALCSP: *“Si los pliegos no hubieren precisado los parámetros objetivos aplicables para identificar qué oferta está incurso en presunción de anormalidad, en ese caso el órgano de contratación no podrá excluir a ningún licitador por este motivo”*. Por lo tanto, el PCAP ha de establecer, si el órgano de contratación lo estima oportuno, los supuestos de hecho en que se podría considerar que incurre en tal situación y los parámetros para apreciarla (ATACP Madrid 233/2014, de 22 de diciembre), sin que sea posible, a posteriori, realizar interpretaciones analógicas (IJCCA Aragón 2/2015, de 17 de marzo).

⁵¹⁸ José María GONZÁLEZ PUEYO, en el libro “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013; comentario del artículo 152 del TRLCSP pág. 1037.

La posibilidad de establecer en los pliegos umbrales de temeridad “absolutos”, es decir porcentajes por encima de los cuales se van a considerar las ofertas desproporcionadas, ha sido rechazado generalmente por los TARC. La RTACRC 212/2013, de 5 de junio, ha señalado que el establecimiento de cláusulas que fijan en los pliegos un “umbral de temeridad” referido a valores absolutos de la oferta, al ser conocido de antemano por los licitadores, puede desincentivar a los licitadores a la hora de ofertar sus precios. La Comisión Nacional de la Competencia en su «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», entre los aspectos que recomienda evitar por parte de los órganos encargados de la elaboración de los pliegos que rigen la licitación en los contratos públicos señala la utilización de sistemas que establezcan con carácter previo a la presentación de las proposiciones el ‘umbral de temeridad’ (criterio que acoge la RTACRC 42/2013, de 23 de enero). La RTARCCYL 10/2015, de 5 de febrero considera *“que la proposición económica de cada licitador ha de ser comparada comparación con las del resto de licitadores, y no por referencia a umbrales absolutos establecidos en los pliegos”*, pero admite que dado la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada *“tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios ‘normales’ del mercado”*, y por ello da por bueno un pliego que concretó un umbral objetivo de temeridad en un porcentaje del 10 % sobre el tipo de licitación porque se acreditó que se correspondería con el precio normal de mercado. Entendemos que la regla general en relación con el precio ha de ser la comparación entre las ofertas recibida, con el criterio que recoge el artículo 85 del RGLCAP, pero en relación con el resto de criterios, resulta más difícil la comparación matemática, por lo que podría ser conveniente establecer en el pliego un umbral de temeridad en porcentajes fijos, especialmente en criterios de valoración no matemática, o por ejemplo en la reducción del plazo de ejecución de una obra (como máximo se pueden hacer tres turnos de trabajo y físicamente en la obra pueden actuar simultáneamente determinado número de trabajadores)

- 2º. Es preceptivo dar audiencia al licitador cuya oferta presente valores anormales o desproporcionados. El apartado 3 del artículo 152 del TRLCSP lo exige de manera clara: *“cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma”*. En anteproyecto de la nueva LCSP (art. 147.4) exige que la petición de información que el órgano de contratación dirija al licitador *“deberá formularse con claridad de manera que éstos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas”*. Esta petición ha de hacerla la mesa de contratación o, cuando no exista, el órgano de contratación,

como precisa el artículo 147.4 del ALCSP, como había señalado ya la JCCA de Cataluña en su informe 3/2012, de 30 de marzo⁵¹⁹.

El TACP de Aragón (Acuerdos 5/2013, 8/2013, 69/2013) recuerda que la exigencia de dar audiencia al licitador que formula una oferta desproporcionada, se recoge en el artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, que establece que *«...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato»*.

En cuanto al plazo que ha de concederse al licitador para presentar sus justificaciones, la RTACRC 440/2014 remite al que se prevea en los pliegos y en su defecto será el mínimo de 10 días previsto en el artículo 84 de la Ley 30/92 para el trámite de audiencia (art. 82.4 de la LPAC 39/2015), mismo criterio que había marcado ya la JCCA de Cataluña en su Informe 2/2012, de 30 de marzo (el plazo de 10 a 15 días del artículo 84 de la LRJPAC-82.2 LPA 39/2015- al no fijar otro plazo el 152.3 del TRLCSP). El artículo 147.4 del ALCSP no cierra esta cuestión, señalando simplemente que deberá requerir al licitador presentado dándoles *«plazo suficiente»* para que *“justifiquen el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos”*.

Tanto el artículo 152.3 del TRLCSP como el 147.4 del ALCSP señalan, con carácter meramente indicativo entendemos, algunas circunstancias que permitan al licitador presentar una oferta con valores anormales: *“al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible*

⁵¹⁹ JCCA Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, analizó las funciones de la mesa de contratación en relación con las ofertas o con las proposiciones con valores presuntamente anormales o desproporcionados.

“Las principales funciones que corresponden a la mesa de contratación en relación con las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados son las siguientes:

a) Identificar las ofertas o proposiciones que incluyen valores anormales o desproporcionados por aplicación de los criterios previstos en los pliegos o en el anuncio o en la normativa vigente aplicable.

b) Tramitar el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 152 del TRLCSP y valorar si, efectivamente, las ofertas o las proposiciones son viables y permitirán una ejecución correcta del contrato en los términos pactados y, en consecuencia, admitirlas y valorarlas, de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que ocupen la posición que les corresponda o bien, cuándo se considere que las ofertas o proposiciones no son viables o no quede garantizada la correcta ejecución del contrato, proponer al órgano de contratación que se rechace la oferta o la proposición y se excluya el licitador del procedimiento de contratación”.

obtención de una ayuda de Estado". El licitador ha de acreditar documentalmente, aportando las pruebas que estime oportunas, las condiciones concretas que le permiten realizar la oferta que ha presentado y también cómo esas condiciones especiales no van a impedir cumplir fielmente las exigencias de la ejecución del contrato.

El ATACP de Aragón 2/2013, de 16 de enero de 2013, define la justificación de una oferta como la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato pueda cumplirse en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. La RTACRC 208/2015, de 6 de marzo, señala que la información justificativa ha de entenderse referida a las precisiones que recabe el órgano de contratación. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer argumentos que permitan llegar a la convicción de que se puede ejecutar el contrato. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 en relación con el asunto C-599/10, falló que el artículo 55 de la Directiva 2004/18 se opone a la postura de un poder adjudicador que considere que no le corresponde solicitar al candidato que explique su precio anormalmente bajo, aunque en ningún caso se puede solicitar ni aceptar una modificación de la oferta. Precisa este fallo que en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone el poder adjudicador para admitir la justificación de las ofertas, *"está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaración benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron"*. Esta sentencia no entra al fondo de las justificaciones dadas por el contratista a los valores de su oferta, sino que señala que *"incumbe al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todos los documentos que figuran en autos, si la petición de aclaraciones permitió que el candidato de que se trata explicara suficientemente la composición de su oferta"*. La STJUE de 5 de noviembre de 2014, Asunto T - 422/11, reitera que la declaración de una oferta como anormalmente baja requiere la previa tramitación del procedimiento contradictorio y la motivación de la decisión de exclusión de la oferta anormalmente baja.

Lógicamente, los Tribunales españoles siguen este criterio, como puede verse en la STSJ Madrid, de 31 de julio de 2014 (rec. nº 729/2012), que precisa que el orden secuencial del proceso lleva en primer término a analizar las

proposiciones que presenten posibles valores anormales o desproporcionados, para posteriormente, respecto de las ofertas que finalmente no presenten valores anormales o desproporcionados, realizar la valoración y clasificación de las ofertas, procedimiento completo que analiza J. COLÁS TENA⁵²⁰. Esta exigencia de dar audiencia al contratista para justificar su oferta y no rechazar directamente una oferta con valores aparentemente desproporcionados, sino tras un expediente contradictorio, se exige de manera unánime por los órganos consultivos (ya en el IJCCAE 27/98, de 11 de noviembre de 1998) y por la jurisprudencia, singularmente la comunitaria. Los TARC parten siempre de la consideración de la obligatoriedad de la audiencia al contratista para justificar sus ofertas (por todos, el ATARC de Aragón 69/2013, de 1 de octubre, que recopila y resume la doctrina jurisprudencia y de este Tribunal sobre las bajas temerarias o desproporcionadas, y del TACRC, la RTACP 56/2015, de 20 de enero).

3º. El órgano de contratación debe admitir o rechazar motivadamente la ofertas u ofertas desproporcionadas, a la vista de la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos “del servicio correspondiente” (no aclara el art. 152.3 ni el 147.4 del ALCSP a qué servicio se refiere, si al que propone el contrato o a algún servicio técnico especializado del órgano de contratación, por ejemplo con economistas o técnicos redactores de proyectos, por lo que podrá ser cualquiera cualificado para emitir un informe al efecto).

Esta cuestión es quizá la que más conflictividad ha generado en los últimos tiempos, al hilo de la matización jurisprudencial del criterio de la “discrecionalidad técnica” en los informes y su irrevisión judicial, tema que analiza magistralmente J. R. CHAVES GARCÍA⁵²¹ al hilo de los Tribunales de oposiciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, doctrina que

⁵²⁰ El *iter* procedimental para la valoración de las ofertas con valores desproporcionados y el resto del procedimiento es analizado por Jesús COLÁS TENA en el trabajo “La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas”, publicado por el Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, mayo de 2014.

⁵²¹ En su blog, www.contenioso.es, en el comentario de la STS de 28/11/2011 (rec. 2487/2010), expone la siguiente evolución: “La primera década tras la Constitución, por inercia histórica, consideraba que la “discrecionalidad técnica” tenía categoría de dogma, de manera que las sentencias judiciales consideraban que los Tribunales Calificadores gozaban de una especie de infalibilidad papal al calificar ejercicios y que no admitía discusión ni supervisión judicial. La segunda década, vino de la mano del Tribunal Constitucional que al estilo del aperturista Concilio Vaticano II, dictaminó que se podía controlar la valoración de los Tribunales calificadores en caso de “errores manifiestos”, o cuando tratándose de exámenes tipo test, la discrecionalidad resultaba “cero”. La tercera década y un poco más allá, etapa en que estamos inmersos, ha dado un paso adelante en el control jurisdiccional, bajo una especie de Teología de la Liberación por parte de algunos tribunales contencioso-administrativos, que comienzan incluso a admitir pruebas periciales para demostrar el error de la calificación, la bondad de la formulación de la pregunta o la idoneidad de la respuesta, o que incluso cuando la pregunta del ejercicio en entredicho versa sobre aspectos jurídicos, el mismísimo Tribunal contencioso – experto en derecho- examina la validez del criterio del Tribunal administrativo calificador y lo anula o sustituye.”

también hemos expuesto al analizar los informes de valoración de las ofertas técnicas en el apartado B.3.A. ARIAS RODRÍGUEZ, repasando la memoria de del TACP de Aragón de 2012-2013, señala que el criterio de este Tribunal es que, más allá de la discrecionalidad técnica de la Administración, la motivación para la admisión de la justificación de la oferta anormal es la clave para determinar el sentido del recurso ⁵²². Los Acuerdos del Tribunal aragonés, parten de la doctrina tradicional sobre la discrecionalidad técnica (y hace referencia a dicha doctrina), pero entran en el estudio pormenorizado de cada uno de los aspectos en los que los recurrentes discrepan de la valoración realizada, aunque concluye que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable (ATACPA 42/2012, de 27 de septiembre de 2012). Sin embargo, el TS ha ido evolucionado hacia una revisión cada vez mayor de la discrecionalidad técnica, cuestionado incluso en algún caso el fondo del criterio del Tribunal de valoración cuando el jurisdiccional cuenta con conocimientos suficientes sobre la materia objeto de valoración, como en el caso de la STS de 16 de Marzo de 2015 (rec.735/2014), que se analizaban conocimientos jurídicos de los opositores.

La clave por lo tanto está en que la justificación del licitador sea analizada con rigor por los servicios técnicos, como precisa el ATACPA 5/2013, de 25 de enero de 2013: *“se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anomalía de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia”*. Como señala J. COLÁS TENA, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad⁵²³. La RTACRC 23/2015, de 9 de enero de 2015 reitera este criterio, *“la exclusión de una oferta por incurrir en una baja desproporcionada o anormal necesita, no sólo de la motivación tras el procedimiento contradictorio, sino que además ha de contradecir de manera suficiente las justificaciones de la licitadora”*. Esa falta de refutación razonada de la justificación del licitador por un informe técnico encargado por el órgano de contratación supone la invalidación del acuerdo de exclusión de la oferta (RTACRC 32/2012, de 26 de enero de 2012; RTACRC 82/2015, de 23 de enero⁵²⁴).

⁵²² ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio, “Las bajadas anormales o desproporcionadas”, en su blog <http://fiscalizacion.es/>, el 04/05/2013.

⁵²³ Jesús COLÁS TENA en el trabajo citado “La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, mayo de 2014.

⁵²⁴ Esta RTACRC 82/2015 precisa que en el procedimiento contradictorio del art. 152 del TRLCSP, no se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino que lo que debe hacer es argumentar de tal modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que su oferta es

El artículo 152 del TRLCSP regula en su apartado 5 un supuesto concreto de rechazo de una proposición, supuesto que se mantiene en los mismos términos en el artículo 147.5 del ALCSP: *“Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.*

Otro supuesto que merece una especial atención es el caso de las ofertas en las que el contratista reconoce que incurrirá en pérdidas al ejecutar el contrato en las condiciones que ha ofertado, pero justificado una estrategia comercial de su empresa de mayor alcance⁵²⁵. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ analizan con precisión este supuesto y su engarce en el Derecho de la Competencia, y en concreto la aplicación a estos supuesto de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁵²⁶. En un marco de libertad de mercado, un empresario puede realizar un oferta admitiendo abiertamente que incurrirá en pérdidas en alguna parte de la ejecución del contrato o incluso en el conjunto del trabajo, pero que asume esa pérdida dentro de una estrategias empresarial más global que le permitirá posicionarse en determinado mercado en el que esperan obtener nuevos contratos con los que compensar las pérdidas que va a asumir el que en ese momento se licita. La RTACRC 24/2011, de 9 de febrero, analiza un supuesto de este tipo y, tras reconocer que lo normal es en empresario no realice una oferta a sabiendas de que le reportará pérdidas admite que *“entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable”*⁵²⁷. En este punto los citados autores, aplicando el artículo 17.2 de la Ley de Competencia Desleal

viable. El órgano de contratación debe analizar y, en su caso, refutar de manera razonada la justificación del licitador mediante resolución “reforzada”.

⁵²⁵ Un caso de este tipo me ha tocado presenciar en las obras del Palacio de Exposiciones y Congresos de León, donde una empresa justifica su oferta por debajo de los precios de mercado, sin beneficio, en dos motivos: por un lado, en el que proyecto era de una arquitecto de renombre internacional (Dominique Perault) que aportaría un valor singular a su cartera de trabajos ejecutados y, por otro, que mantener en activo su plantilla trabajando sin apenas beneficios, le resultaba menos costoso que realizar despidos.

⁵²⁶ En el libro colectivo citado, *“La contratación pública a debate: presente y futuro”*, págs. 269 a 271.

⁵²⁷ la RTACRC 36/2010 de 23 de diciembre de 2010 consideró rechazable una oferta económica por debajo de coste, es decir, con pérdidas, pero por una falta de motivación de la adjudicación.

precisan que en este caso un informe técnico sólo podrá rechazar la oferta si acredita que incurre, además de en pérdidas, en uno de los supuestos que proscribire el citado precepto: *“la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”*.

Enlazan con esta cuestión los profesores ACEVEDO y VALCÁRCEL, la nueva concepción estratégica de la contratación pública en las Directivas de 2014, que persigue que las inversiones que se realicen mediante contratos contribuyan a las políticas sociales y ambientales del UE en el marco de la Estrategia Europa 2020. Por ello consideran que podrían rechazarse ofertas con valores desproporcionados que incurran en incumplimiento de la normativa medioambiental o socio-laboral, en *“dumping social”*. Para ello entiendo que los pliegos han de establecer una previsión expresa al respecto. En todo caso, ha de recordarse que las ofertas han de acreditar que los bienes o servicios que ofrecen cumplen la normativa social y medioambiental comunitaria y si se han producido en todo o en parte en un país extracomunitario, que se han respetado los convenios internacionales que relaciona el anexo X de las Directivas 2014/23 y 2014/24 (de la OIT y de consideraciones ambientales) y por otro precisando de manera expresa en el PCAP criterios de temeridad relacionados con los costes sociolaborales.

Este tema ha sido en parte objeto de análisis por los órganos consultivos y especialmente por los TARC. Los IJCAE 34/99 y 34/2001, sobre ofertas con precios por debajo de convenio, ya concluyeron que no puede rechazarse directamente una oferta por ese motivo, debiendo estarse a lo previsto respecto de ofertas desproporcionadas, criterio reiterado en los 26/03, 56/04; 25/06 y 5007. En el mismo sentido, la RTACRC 634/2014, 12 de septiembre de 2014, señala que la imposibilidad de que una oferta adjudicataria pueda cubrir siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, no es motivo para considerarla incurso en presunción de temeridad y por ende rechazar tal oferta, ya que el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato, criterio que mantiene la RTACRC 56/2015, de 20 de enero, pero matizando *“sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias”*. En el mismo sentido, la RTARCCYL 21/2014 señala que no hay obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales, ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético incumplimiento, sin perjuicio de que pueda resultar aplicable lo previsto en el artículo 152 del TRLCSP para las ofertas con valores anormales o

desproporcionados para aquellos supuestos, en los que el pliego prevea su aplicación.

Este criterio no puede mantenerse cuando pueda suponer admitir que una oferta incumple una normativa nacional cuando se exige el cumplimiento de una internacional similar (por ejemplo el convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración). El ALCSP tiene en cuenta esto y expresamente prevé que *“en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral”* (art. 147.4 *in fine*). En tanto no se apruebe este anteproyecto de Ley, lo que sí parece que no sería rechazado por los Tribunales es que el PCAP el que como medida social, prevea de manera expresa que no se admitirá la justificación de ninguna oferta que no acredite que los coste/hora de personal se han calculado de acuerdo la normativa social y laboral aplicable, incluido el convenio colectivo correspondiente, como se hace en la Instrucción 1/2015, 17 de abril de 2015, del Ayuntamiento de Valladolid (art. 25.2).

Concluido el expediente contradictorio, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que ni unas ni otros tengan carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe ponderar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos, como recuerda la RTACRC de 9 de febrero de 2011⁵²⁸. El apartado 4 del artículo 152 atribuye expresamente al órgano de contratación la decisión final: *“si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas”*. No vemos ningún obstáculo en que previamente la mesa haga ese análisis y formule una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, como de hecho prevé el primer párrafo del apartado 6 del artículo 147 del ALCSP: *“la mesa de contratación elevará la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación”*.

En conclusión, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben establecer de manera clara y precisa los criterios o la cifra a partir de la cual una oferta será considerada inicialmente anormal o desproporcionada, en los aspectos de valoración diferentes del precio en los que sea presumible que se pueden presentar ofertas con valores desproporcionados. Se ha de señalar en el pliego que

⁵²⁸ En el mismo sentido el ATACPA 8/2013, de 6 de febrero de 2013, e indirectamente también la RTARCCYL 26/2014.

en ese caso se dará audiencia preceptiva al licitador afectado para que pueda justificar los motivos que le permiten realizar su oferta, indicando el plazo de que dispondrá para ello. Esa justificación será analizada técnicamente en un informe que ha de valorar con rigor las justificaciones ofrecidas por el licitador, para cerciorarse de que la oferta puede ser o no cumplida en las condiciones de precio, calidad y plazo requeridos en los pliegos. En los contratos con un peso significativo de la mano de obra, especialmente en los de servicios o concesión, se atenderán a criterios de cumplimiento de las obligaciones salariales y sociales de los trabajadores por parte del empresario tanto en el precio como en la reducción del plazo de ejecución; deberá justificar expresamente el contratista que los coste/hora de personal y sus cotizaciones sociales se han estimado de acuerdo la normativa vigente aplicable, incluido el convenio colectivo correspondiente, rechazándose la justificación que no acredite adecuadamente tal extremo.

B.6. Actuación y carácter público de las Mesas de Contratación. Motivación precisa y publicada de la valoración de las ofertas.

Facilitar a todos los licitadores la mayor información sobre el desarrollo del proceso de contratación, especialmente las actuaciones de la Mesa de contratación que resultan determinantes para la consecución de la adjudicación de un contrato, es una medida que contribuye a mejorar la objetividad y transparencia del procedimiento de adjudicación y por ende, a salvaguardar el principio de igualdad de todos los licitadores en esta crucial del proceso.

La mesa de contratación es un órgano de apoyo al de contratación, que tiene el trascendental cometido de analizar y valorar las ofertas presentadas por los licitadores y proponer la adjudicación a la oferta más ventajosa en conjunto tras valorarlas de acuerdo con los criterios de ponderación establecidos en el PCAP (art. 320 TRLCSP). Las funciones de este órgano son la calificación de la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia de los licitadores, la decisión sobre si los licitadores reúnen o no los requisitos para concurrir al procedimiento de contratación de que se trate; la posible subsanación de los documentos aportados; la apreciación de desproporción en alguna de las ofertas y proponer la admisión o no de la justificación de la viabilidad de esas ofertas a la vista de las justificaciones realizadas por el proponente y de los informes técnicos contradictorios; la aplicación a los diferentes aspectos de las ofertas de los criterios de valoración; y la formulación de la propuesta de adjudicación. El artículo 22 del RGLCSP (RD 871/2009) detalla las importantes funciones de la mesa de contratación; el artículo 323.2 del ALCSP relaciona esas funciones, a las que añade la selección previa de los candidatos, cuando se lo delegue el órgano de contratación, en los procedimientos restringido, diálogo competitivo, licitación con negociación y asociación para la innovación.

La trascendencia de la actuación de este órgano en cuanto que prácticamente decide a quien se va a adjudicar un contrato, requiere poner sobre su actuación el foco de la transparencia para garantizar su actuación imparcial. Para ello se proponen cuatro tipos de medidas, varias de ellas ya adoptadas en el ALCSP (art. 323):

- Su actuación preceptiva en todos los procedimientos de contratación.
- Una composición técnica de funcionarios de carrera, pública y previamente conocida.
- La regulación precisa de su procedimiento de actuación, abierto al público.
- La motivación adecuada y precisa de todas sus propuestas y su publicación íntegra.
- La apertura de una fase para que los interesados puedan formular alegaciones a todas sus decisiones.

La existencia de un órgano colegiado para tomar decisiones tan relevantes en el procedimiento de adjudicación es sin duda una garantía de imparcialidad, por lo que la primera medida para mejorar la transparencia en esta fase sería imponer su existencia preceptiva también en el procedimiento negociado sin publicidad, en la que ahora es potestativo. Quizá la eliminación del recurso a este procedimiento por razón de la cuantía en la nueva LCSP (art. 166) reduzca su utilización, pero salvo en los casos en los que sólo exista un único posible licitador, entendemos que la actuación de un órgano técnico colegiado ofrece una mayor garantía de objetividad que uno unipersonal. Discrepamos aquí de J. M. CABONERO GALLARDO⁵²⁹, quien considera que poco añade a la transparencia la existencia de un órgano colegiado pues suele limitarse a aceptar los informes de valoración de los técnicos, y sus funciones podrían ser desarrolladas por funcionarios individualmente, al igual que son éstos quienes actúan en otros trámites esenciales de la tramitación del expediente, como los informes a los pliegos. Además, considera que su carácter de órgano colegiado, con el sometimiento a las reglas propias de estos (arts. 22 a 27 de la LRJPAC, 15 a 22 de la LRJ 40/2015), entorpece la agilidad del procedimiento. Entiendo sin embargo que su papel puede y deber ser trascendental, pues la calificación de la documentación, los propios criterios a tener en cuenta para considerar una deficiencia subsanable o no, realizar las valoraciones o admitir o rechazar una oferta, son esencialmente jurídicos, y la enorme dispersión normativa y doctrinal en materia de contratación hace que sean necesarios varios técnicos cualificados los que tomen esas decisiones. Incluso la valoración de las ofertas, sin duda en los criterios matemáticos y muchas veces en los de apreciación técnica,

⁵²⁹ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, en el artículo “La Mesa de contratación: reflexiones sobre el presente y propuestas sobre su futuro”. Revista de Estudios Locales CUNAL, número extraordinario, agosto 2013, págs. 261 a 286. Señala a este respecto que “*sus miembros natos no pasan de adoptar formalmente una valoración técnica como propia (...) (por lo que) en la práctica el papel de la Mesa no suele pasar de ser un mero intermediario*”.

puede hacerlo la propia Mesa, o al menos pedir aclaraciones a quien haga esos informes de valoración y exigir una adecuada y prolija motivación de los puntos que otorga. Algunos de los problemas fácticos a lo que aluden, como las convocatorias, pueden solucionarse fijando fechas y hora fijas para sus reuniones, como sucede con otros órganos, con lo que las agendas se cuadran en función de éstas y no al revés. No obstante, apunta una oportuna alternativa a la Mesa, una «ponencia técnica».

Los miembros de la mesa, con la excepción si se quiere de su Presidente, deberían ser no solo técnicos, como se deduce ya de la definición que da el apartado del artículo 323 del ALCSP, (“*un órgano de asistencia técnica especializada*”), sino que además esos técnicos deberían ser exclusivamente por funcionarios públicos, como garantía de objetividad. A. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE precisamente ha recordado que la configuración de la Mesa de contratación como un órgano eminentemente técnico de asistencia al de contratación fue una de las aportaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995⁵³⁰. Siendo la función de este órgano de carácter técnico, su composición ha de serlo también⁵³¹. Este criterio es el mantenido por el IJCCA de Cataluña 3/2008, de 7 de julio de 2008, que analiza la composición de las mesas, el quórum para su válida constitución y las funciones de los miembros de las mismas. Considera esta Junta Consultiva que la composición de las mesas ha de ser mayoritariamente técnica y no política, pues, con la finalidad de poder seleccionar con objetividad e imparcialidad la mejor oferta y motivar su decisión tiene una composición que responde a la de un órgano independiente e integrado por una mayoría de personas con calificación técnica y que, además, tienen que gozar de independencia respecto del órgano de contratación con el fin de garantizar aquella objetividad e imparcialidad.

Por ello la Junta catalana considera que la determinación del quórum de la Mesa no es una cuestión estrictamente cuantitativa, justamente por la necesaria presencia del letrado o letrada y del interventor o interventora que tanto la LCSP como el RGLCAP se encargan de remarcar. Para la válida constitución de las Mesas de contratación hace falta la asistencia del Presidente, del Secretario y de los vocales correspondientes, entre los cuales tienen que figurar necesariamente un funcionario de entre los que tengan atribuido legal o por reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor o, a falta de éstos, una persona que tenga encomendadas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico, y otra que realice las relativas al control económico-

⁵³⁰ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, Alfonso, “Formas de adjudicación de los contratos”, en “*Estudios sobre la contratación de las Administraciones Públicas*”, Ed. CEMCI, Granada, 1996.

⁵³¹ Esta es también la opinión de CARBONERO GALLARDO, José Miguel, “La Mesa de contratación: reflexiones sobre el presente y propuestas sobre su futuro”, cit. pág. 282.

presupuestario. Esta Junta entiende que la presencia del representante de la intervención y de quien tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico del órgano de contratación, en tanto que responsables del ejercicio de unas funciones específicas -en un caso de fiscalización y en el otro de asesoramiento- que no pueden ser ejercidas por otros miembros de la mesa, es obligada para la válida constitución y posteriores actuaciones de las mesas de contratación. Lógicamente, esta garantía particular de calificación técnica y de imparcialidad no puede quedar circunscrita al momento de la constitución formal del órgano, porque si fuera así, perdería buena parte de su sentido. Además considera que el ejercicio de la función interventora y de la función de asesoramiento jurídico es incompatible con la de cualquier otro cargo o función dentro de las Mesas de contratación, todo ello aplicando las disposiciones de la LCSP sobre composición y funcionamiento de las Mesas.

Cabe plantear si los miembros de una Mesa de contratación pueden abstenerse la votar una toma de decisiones, como prevé para los órganos colegiados el artículo 27.4 de la LRJPAC (17.6 LRJ 40/2015). Entendemos que esta abstención no es posible, al menos en sus miembros técnicos, de la misma manera que no puede abstenerse un Interventor de fiscalizar u expediente o un asesor jurídico de emitir un informe, sin perjuicio del debido deber de "abstención" en caso de concurrir conflicto de intereses por alguno de los motivos que regula el artículo 28 de la LRJPAC (23 LRJ 40/2015).

El Tribunal Supremo ha destacado la importancia de la Mesa de contratación en la formación de la voluntad del órgano de contratación. Así, en su Sentencia de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7222), afirma que *"la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, en tanto que la propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta"*.

El artículo 326 el ALCSP precisa que no podrán formar parte de de las Mesas de contratación de Entidades locales personal eventual (algo que ya había señalado la JCCAЕ en su informe 49/08, de 29 de enero de 2009) y los funcionarios interinos sólo cuando se acredite que no existen funcionarios de carrera suficientemente cualificados (cuestión claramente imprecisa), criterio que entendemos debe aplicarse al personal laboral, del que no exige que sea fijo. Más preciso y exigente es el artículo 325 en su apartado 8 del ALCSP al regular la composición del comité de expertos en las EELL, donde requiere que esté integrado por *"personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se*

trate”, y que en todo caso cuente con un técnico jurista especializado en contratación pública. Este esfuerzo por precisar la composición de estos órganos en las EELL no se hace para el resto de entidades públicas, ni en la composición de las Mesas en el artículo 323, ni del comité de expertos en el artículo 145.6.a ALCSP, ni la tampoco el TRLCSP (arts. 320 y 150.2), ni en el RPLCSP (art. 28)⁵³².

En relación con la composición de los comités de expertos, las JJCCA han precisado cómo han de integrarse (IJCAE 34/09, de 25 de septiembre de 2009 y JCCA de Aragón 21/2009):

- ha de designarse en el pliego y publicarse su composición nominativamente en el perfil de contratante.
- sus miembros han de tener cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que versa la valoración.
- no pueden ser miembros de la Mesa de contratación ni puede estar entre ellos quien haya redactado el PPT.
- sus componentes no puede estar integrados en el órgano proponente del contrato, entendido como aquel que promueve la contratación, que en los ayuntamientos ha de entenderse la concejalía competente para ejercer la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación.

La imprecisión del TRLCSP en la composición del comité de expertos y de lo que puede considerarse como un organismo técnico especializado, ha permitido que consultoras privadas se hayan ofrecido para esta función⁵³³, nos lleva a plantear la conveniencia de la supresión de estos dos órganos asesores, y confiar solo en las mesas la valoración de las ofertas, exigiendo, eso sí, que en el caso de la valoración de los criterios de apreciación técnica, al menos cuando su peso sea significativo (y no sólo cuando supere el 50% del total) su valoración no la haga una única persona, sino una terna de miembro de la mesa o de personal especializado fijo de la entidad contratante (en las Administraciones preferentemente funcionarios)⁵³⁴. Citamos de nuevo la STJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, que analizó

⁵³² Un caso similar es de los concursos de proyectos mediante un jurado, cuya composición tampoco está legalmente fijada. Estos concursos, en especial los concursos de arquitectura y urbanismo, han sido analizados por GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos, en la monografía “Los Concursos de Proyectos con intervención de Jurado”, Editorial Montecorvo, Madrid, 2011.

⁵³³ El recurso a empresas privadas para hacer valoraciones de las ofertas incluso cuando existe una mesa de contratación se ha admitido por la jurisprudencia, como puede verse en la STS de 25 de junio de 2012 (rec. 1850/2010) o en la STS de 18 de julio de 2012 (rec. 5128/20008), citadas ambas por CARBONERO GALLARDO. Nos parece que esto no ofrece garantía ninguna de imparcialidad, y quizá en muchos casos denote que o la definición del objeto del contrato en los documentos técnicos no está suficientemente precisada, o que los criterios de valoración establecidos no son correctos, no reúnen las reglas de precisión y claridad exigidas.

⁵³⁴ Así, se hace en el Ayuntamiento de Valladolid, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.5 de la Instrucción 1/2015.

una reclamación de parcialidad del informe de valoración de las ofertas por la existencia de relaciones profesionales entre los expertos que habían valorado las ofertas y las empresas beneficiarias por la adjudicación, porque varios especialistas vinculados a ellas eran también profesores de la Universidad Tecnológica de Kaunas, como los expertos designados. El Tribunal considera que es el poder adjudicador quien está obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio para evitarlo, sin que en principio, tener vínculos profesionales suponga un impedimento previo para la designación de expertos. Pese a esta opinión general del TJUE, entendemos que ha de primar en estos caso el valor de las apariencias y aplicar el deber de abstención de la Ley de Régimen Jurídico (art. 28 LRJPAC, art. 23 LRJ 40/2015), legislación nacional a la que se remite la cita STJUE en su fallo.

La publicación en el perfil de contratante de la composición nominal de la mesa de contratación es también una medida que fomenta la transparencia de este órgano y que permite además a los licitadores u otros interesados poder recusar a algún miembro en el que entienda que concurre alguna de las circunstancias que señala el artículo 28, por remisión del 29, de la LRJPAC (arts. 23 y 24 LRJ 40/2015). Esta exigencia se impone para las mesas permanentes en el artículo 79.2 del RGLCAP, por lo que a *sensu contrario* hay quien ha entendido que no era obligatorio en el resto de mesas, pese a que la exigencia de publicación se establece el artículo 21.4 del RPLCSP con una antelación de 7 días a su reunión. Aunque no se especifica que esa publicación sea “nominal”, se entiende que debe ser así, a la vista del plazo que exige de esa publicación, que se entiende lo es a efectos de recusación. Esta precisión debería hacerse en el ALCSP, que sólo exige que “*la composición de la mesa de contratación se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente*” hasta en tres preceptos: art. 63.5, 323.3 y 325.7. La Recomendación 1/2014, de 1 de octubre de la JCCA Aragón aboga por esta medida señalando que, aunque no venga exigida legalmente, supone un importante avance en la transparencia. En esta línea, la Resolución de 23 de septiembre de 2015, de la Presidencia del Tribunal Constitucional, por la que se determina la composición de la Mesa de Contratación del Tribunal Constitucional (BOE de 29 de octubre), publica los nombres y apellidos de los integrantes de esa mesa con, remitiendo a una publicación en el perfil de contratante en caso de cambios circunstanciales.

Otro aspecto que favorece la transparencia en de la actuación de las meas es su carácter público. El artículo 83 del RGLCAP establece que la apertura de las proposiciones se realizará “en acto público” y detalla las actuaciones a realizar en ese acto público, exigencia que reitera el apartado 3 del artículo 30 del RPLCASP. El artículo 27.1 del RPLCSP también prevé el carácter público de la apertura de los sobres que contienen la oferta no valorable mediante fórmulas matemáticas

(“documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor”, dice el art. 26 del RPLCSP al que se remite el 27). Ampliar esa publicidad también a las reuniones de la mesa para la calificación de la documentación “administrativa” es también posible. Y esta medida podría elevarse a rango de Ley en la nueva LCSP en lugar de limitarse a una remisión reglamentaria para la evaluación previa (art. 145.6, en términos idénticos a los de la frase final de art. 150.2 del TRLCSP). Las nuevas tecnologías permiten además que esas sesiones se emitan por televisión vía internet, lo que además de hacer más abierto el procedimiento, facilita a los licitadores su asistencia ‘telemática’ sin tener que desplazarse hasta el lugar de reunión de la mesa⁵³⁵.

Por supuesto que la actuación de la mesa de contratación en cuanto al procedimiento de apertura de sobres se debe hacer de la manera secuencial que preconizaba el artículo 80.1, párrafo segundo, del RGLCAP y que imponen los artículos 27.2 y 30.2 del RPLCSP (también el art. 145.6 del ALCSP), medida de capital importancia para garantizar la imparcialidad de la valoración de las ofertas, que entendemos por ello debería recogerse con claridad en la propia Ley. En cuanto a rechazar o no las ofertas que incluyan documentación correspondiente a un sobre en otro se analiza en el apartado B.8.

También es requisito esencial, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como desde la óptica de la transparencia la necesidad de reflejar las actuaciones de las Mesas en actas precisas y adecuadamente motivadas (aunque puedan *serlo in aliunde*, por remisión a los informes de valoración⁵³⁶), que además deben hacerse públicas, junto con los informes que las secundan, en el perfil de contratante. La citada Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón aboga también por levantar acta de cada una de las reuniones de estos órganos colegiados; en este sentido, también resulta relevante la imposición del artículo 178 TRLCSP de dejar constancia documental de la fase de negociación en estos procedimientos y de la fase de diálogo cuando el contrato se adjudique mediante diálogo competitivo. El contenido de las actas de las mesas de contratación que establece el artículo 87.3 del RGLCAP difiere del que establece la LRJPAC en su artículo 27, que solo admite reflejar en las actas las manifestaciones de los miembros del órgano (con mayor parquedad, también el art. 18 de la LRJ 40/2015), mientras que en el artículo 87.3 del RGLCAP prevé que en el acta de la mesa de contratación será firmada por el Presidente, el Secretario “y los que hubieran hecho presentes sus manifestaciones o reservas”. Sobre el alcance de este precepto se ha pronunciado el IJCCA 54/10 de

⁵³⁵ Así lo hace desde hace tiempo el Gobierno vasco, y más recientemente el Ayuntamiento de Valladolid.

⁵³⁶ Sobradamente admitida tanto por Tribunal Constitucional como por el Supremo, por ende, por el resto de Juzgados y Tribunales: STC 51/86; STS 20 de enero de 1989; STS de 12 de julio de 2006, rec. 88/2001. La STS de 17 de julio de 2006, rec. 1892/2003 expresamente admite la validez de la motivación de un acta que se remitía a unos informes y análisis que estaban a disposición de los licitadores.

15 de diciembre de 2011, en el que se le consultaba qué contenido mínimo debe tener esta acta y qué derechos tienen los licitadores de hacer constar observaciones en la misma. La Junta sostiene que en el acta sólo pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por los miembros de la Mesa (los enumerados en el artículo 21.2 del RPLCAP) y podrá hacerse constar las observaciones de los licitadores, “*siempre eso sí, según el criterio de los miembros de la Mesa de Contratación*”. Al hilo de este informe J. COLÁS TENA⁵³⁷ ha realizado un meticuloso estudio histórico de la regulación de las mesas de contratación desde una Orden de 18 de julio de 1881 hasta la regulación actual que, en ese aspecto, parafrasea lo que establecía el RGCE de 1975. Analiza COLAS TENA el origen notarial de las actas de contratación y como tal acta de notoriedad refleja los hechos que suceden en el acto que refleja. Considera que es un “anacronismo legal” esta previsión, discordante, como se ha señalado, del régimen que de las actas señala el artículo 27 de la LRJPAC, al que debía acomodarse, pues las reclamaciones o reservas a las decisiones de la mesa han de hacerse a través del procedimiento adecuado (del recurso correspondiente o de, como se propondrá, abriendo una fase de alegaciones a las actas).

La motivación de las propuestas de acuerdo de las mesas y del comité de expertos debe ser del calado suficiente como para permitir verificar la justificación de las decisiones propuestas en una posible revisión judicial, pues la doctrina judicial ya no se limita a respetar sin cuestionarse la discrecionalidad técnica, sino que exige una adecuada justificación de (STS 24 de Septiembre de 2014, rec.1375/2013; STS de 16 de marzo de 2015, rec.735/2014⁵³⁸). Se ha de tener presente que las propuestas de las mesas motivan la adjudicación de los contratos que luego acodará el órgano de contratación, adjudicación cuya motivación se exige legalmente (art. 151.4 TRLCSP y 149.1 ALCSP). La obligación de motivar suficientemente las causas de las adjudicaciones se ha recogido como

⁵³⁷ COLÁS TENA, Jesús, “El acta de la mesa de contratación”, en “*Observatorio de la Contratación Pública, 2012*”. Cuenta Colás Tena como una experiencia personal como Secretario de una mesa de contratación le llevó a cuestionarse el origen de este mandato de recoger en el acta las manifestaciones discordantes de los presentes: *Siempre me sorprendió que tuvieran que firmar el acta de la mesa de contratación los que hubiesen hecho presente sus reclamaciones o reservas, desde la primera subasta en que hube de levantar acta. Eran mis inicios como Secretario de Administración Local y en el procedimiento de adjudicación de un aprovechamiento de pastos, un ganadero licitador —un Solón del pirineo aragonés— me espetó «Señor Secretario hago presente reserva sobre la hora de presentación de la plica del licitador adjudicatario y...» ¡Me tuvo una hora sentado en la máquina escribir! Desde entonces sentí curiosidad por el origen y razón de esta norma algo peculiar.*

⁵³⁸ Aunque los TACP aún limitan su potestad de revisar esa discrecionalidad técnica: RTACRC 128/2014, 105/2014: “*La valoración de los criterios valorables mediante un juicio de valor forma parte de la discrecionalidad técnica de la mesa de contratación, que solo podrá ser corregida por el Tribunal cuando se haya incurrido en un error, arbitrariedad o defecto procedimental*”. En el mismo sentido TARC de Andalucía 38/2012 de 12 de abril de 2012; RTARCYL 15/2014, de 19 de febrero y 24/2014, de 10 de marzo. Ya hemos recogido, de la mano de CHAVES GARCÍA, como ha ido sin embargo evolucionado la doctrina del TS hacia una mayor revisonabilidad de la discrecionalidad técnica, en los al analizar los informes de valoración de las ofertas y de las motivaciones de las bajas desproporcionadas.

recomendación, en la Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Museo Nacional del Prado, ejercicio 2012; el ATACP Madrid 162/2014, de 25 de septiembre señala que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto y requiere el desglose de la puntuación obtenida por cada oferta en cada uno de los elementos a valorar conforme a lo previamente dispuesto en el PCAP. Y esta motivación ha de recogerse también en la notificación, como recuerda la RTACRC nº 947/2014, de 18 de diciembre. Algunas leyes autonómicas de transparencia también han incluido entre la publicación que ha de hacerse de los contratos, la motivación de la adjudicación, como ha analizado F. BLANCO LÓPEZ⁵³⁹.

En conclusión, hacer materialmente transparentes las actuaciones de las mesa de contratación, haciendo pública su composición con la antelación suficiente y abriendo al público sus reuniones; motivando adecuadamente sus decisiones y publicando todos sus acuerdos y los informes en los que se motivan, contribuirá activamente a garantizar la objetividad e imparcialidad de la adjudicación de los contratos. A esta medida hay que añadir otra que analizaremos en el apartado B.10: permitir a los interesados formular alegaciones a todas las actuaciones de las mesas de contratación, abriendo una fase expresa al respecto.

B.7. Posibilidad de que los licitadores demuestren que los productos que ofertan cumplen de manera equivalente las exigencias técnicas del objeto de los contratos.

Como se ha analizado ya, la competencia efectiva puede verse limitada desde el inicio del procedimiento de contratación si en la propia definición del objeto del contrato, de las prescripciones técnicas que definan las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato, se establecen requisitos que sólo pueda cumplir determinado contratista. Sin embargo, esas limitaciones técnicas, que deben evitarse como se ha expuesto en el apartado A.5 de este epígrafe, pueden eludirse si los licitadores que presenten otras soluciones, prueben que las que proponen cumplen de manera equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

⁵³⁹ BLANCO LÓPEZ, Francisco, en “Transparencia y Motivación de la Adjudicación”, publicado el 09/02/2015 en el Observatorio de la Contratación Pública.
[http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.186/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3f45a8d43fbafae856ccde1e47f06a3d?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=ba94f27513-Newsletter_FEBE_20150306&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-ba94f27513-381316033&ct=t\(Newsletter_ENE_20150205\)](http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.186/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3f45a8d43fbafae856ccde1e47f06a3d?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=ba94f27513-Newsletter_FEBE_20150306&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-ba94f27513-381316033&ct=t(Newsletter_ENE_20150205))

Esta posibilidad, pese a estar prevista expresamente en el artículo 117 del TRLCSP (y en términos equivalentes en el 126 del ALCSP), por imperativo de las Directivas comunitarias, tanto las de 2014 (art. 42 D. 2014/24 y art. 36 D. 2014/23) como las de 2004, es desconocida por la mayoría de los contratistas y lo que es más grave, por muchos órganos y Mesas de contratación. Esto hace que la opción de probar los rendimientos y funcionalidades de los productos o servicios de que dispone una empresa, ni siquiera lleguen a ser ofertados, o se rechacen por no ajustarse literalmente las especificaciones técnicas. Por ello consideramos que una buena medida para mejorar la competencia y con ella la transparencia animando a la presentación de ofertas en las licitaciones, es que el propio pliego recoja expresamente esta posibilidad, en la propia definición del objeto del contrato.

No es necesario extendernos aquí en exceso sobre esta cuestión, perfectamente definida en los apartados 4 y 5 del artículo 117 del TRLCSP (apartados 7 y 8 del art. 126 ALCSP), y sobre cuya fundamentación nos hemos detenido al analizar el contenido de los PPT en el apartado A.5.

Recordamos simplemente que la regla básica de las prescripciones técnicas de los contratos, ya se definan en un proyecto de obras, en una memoria, en un pliego técnico o cualquier otro documento contractual, se establece el apartado 2 del artículo 117 del TRLCSP, y que en la nueva LCSP, con buen criterio, encabezará el artículo 126, en transposición del artículo 42.2 de la Directiva de contratación pública 2014/24, que literalmente dispone que *“Las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

En desarrollo de esta regla se dictan las normas que se recogen en los apartados siguientes de ese artículo 42 de la Directiva 2014/24 y se trasponen con algunas adaptaciones en el artículo 126 del ALCSP, que tampoco difiere sustancialmente de lo que prevé el artículo 117 del TRLCSP. Es un objetivo básico de la contratación pública que *“la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”*, (arts. 196.1, 199.1, DA 28ª y 32ª TRLCSP; 217.1, DA 28ª.2 y 32 ALCSP). Y por ello los Tribunales exigen una interpretación abierta de las prescripciones que favorezcan *“la máxima concurrencia de licitadores en la contratación, generador de mayor competencia en el propio beneficio de la administración, de modo que la exclusión de licitadores ha de ser la excepción y la interpretación favorable a la máxima concurrencia es la regla general”* (STJUE de 28 enero de 2010, Asunto C-406/08 Uniplex, destaca la necesidad de motivar adecuadamente la causa de exclusión de un licitador; ATACP de Madrid 62/2011, de 28 de septiembre; RTACRC 730/2014,

de 3 de octubre; RTARCCYL 78/2014, de 12 de noviembre; ATACP Aragón 75/2014, de 2 de diciembre de 2014).

La medida que se propone de informar a todos los licitadores de la posibilidad que la normativa les concede de probar *“por cualquier medio adecuado”* que los bienes o servicios que ofertan cumplen *“de manera equivalente”* la exigencias que establece el PPT (art. 117.4 TRLCSP, 126.7 ALCSP), es una medida que encaja en la recomendación del TJUE de que las autoridades públicas adoptan medidas para garantizar la efectividad del principio de igualdad de trato, como recuerda el ATACP Aragón 75/2014, de 2 de diciembre de 2014. Y la Recomendación 1/2014 de 1 de octubre de la JCCA de esta misma Comunidad Autónoma propone como medida de transparencia dar especial publicidad, incluso con guías para los licitadores, a la normativa específica sobre contratación pública. Recoger en los pliegos esta previsión legal entendemos que va en esa línea favorecedora de la igualdad de trato y concurrencia.

La posibilidad de probar que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas, se ha de entender aplicable a cualquiera de los supuesto a) a d) del apartado 3 del artículo 117, pues aunque los puntos 5 y 6 de este artículo se refieren solamente a los supuestos de los apartados a) y b) del TRLCSP, que se refieren a las *“especificaciones técnicas que incorporen normas europeas o similares”* y especificaciones técnicas establecidas *“en términos de rendimiento o exigencias funcionales”*, los apartados c) y d) a su vez se remiten a los supuestos señalados en las letras a) y b) (en los mismos términos el artículo 126, apartados 5, 7 y 8 del ALCSP). Las pruebas que se admiten para probar que los productos o servicios que oferta reúnen los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos, cumpliendo por lo tanto de forma equivalente los definidos en las correspondientes prescripciones técnicas no son limitadas, pues se admite, como se apuntado, cualquier medio de prueba *“adecuado”*, como además se señala expresamente en el apartado 6 del artículo 117 en referencia a las *“etiquetas ecológicas”* (art. 127.3 del ALCSP): *“los órganos de contratación (...) deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado”*, señalando, a modo meramente indicativo como medio de prueba válido *“un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido podrán constituir un medio de prueba adecuado”*. También como un mecanismo de prueba más han de verse los que prevén los artículos 127 (etiquetas) y 128 (informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba) del anteproyecto de LCSP (117.6 TRLCSP), que trasponen los artículo 43 y 44 de la Directiva 2014/24, y que también prevé expresamente que, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados establecidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, han de admitirse los certificados de otros organismos

de evaluación de la conformidad equivalentes “u otros medios de prueba adecuados” (art. 43.1 in fine y 44.2 D. 2014/24).

Por lo tanto, además de la expresa previsión en el PCAP, las Mesas de contratación deberán realizar las actuaciones precisas, incluido el asesoramiento técnico externo, para permitir a los licitadores que presenten ofertas que difieran de las especificaciones técnicas establecidas, demostrar, por cualquier medio admitido en derecho, como informes de los fabricantes, ensayos u otras pruebas empíricas, que los productos o servicios que oferta reúnen los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos, cumpliendo por lo tanto de forma equivalente los requisitos definidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

B.8. Subsanación de errores y petición de aclaraciones en las ofertas técnicas y económicas de los contratos.

La exclusión de ofertas en una licitación supone una limitación de la concurrencia y por ende de la transparencia, por lo que debe hacerse con las máximas garantías de que la admisión supondría un quebranto del principio de igualdad de trato para el resto de empresas concurrentes. Por ello, la posibilidad de subsanar deficiencias o errores materiales en las ofertas se ha de aplicar no solo a la documentación administrativa, sino a la oferta económica y técnica.

La subsanación de errores o deficiencias en la documentación administrativa es una práctica bien conocida por las Mesas de contratación y habitual en cualquier procedimiento de contratación. Menos conocida es la obligatoriedad de solicitar aclaraciones de las ofertas técnicas y económicas en ciertos casos, al menos hasta que los TARC han puesto en el asunto las precisiones oportunas en multitud de pronunciamientos.

a. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta posibilidad se contempla expresamente en el artículo 82 del TRLCSP y en los artículos 22 y 81 del RGLCAP: posibilidad de recabar del empresario “*aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle la presentación de otros complementarios*”, para lo que dispone de un plazo de cinco días. Aunque ambos preceptos parecen contemplar esta medida como una potestad en manos de la Mesa o del órgano de contratación, pues los dos preceptos utilizan el tiempo verbal “podrá”, parece claro que la subsanación de errores o deficiencias cuando se trata de la documentación “administrativa”, es un auténtico derecho⁵⁴⁰ que se otorga a los licitadores, como cualquier otro interesado en un

⁵⁴⁰ Discrepamos en este sentido del criterio mantenido por GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, que lo considera una “*facultad discrecional que ha de administrarse con suma cautela*”, en el comentario del

expediente administrativo, como reconoce la STS de 30 de mayo de 2011: *“Partiendo, pues, de la aplicabilidad al caso del precepto que se acaba de citar, resulta claro que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica”*. En el mismo sentido, y de manera más explícita, la STS de 6 de julio de 2004 (rec.265/2003)⁵⁴¹.

La «declaración responsable» que sustituye a la documentación administrativa en esta fase del procedimiento es igualmente susceptible de subsanación. Así lo estimó la JCCA en la «Recomendación nº 32 sobre la interpretación de algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tras la modificación de la misma realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización», de 21 de noviembre⁵⁴². Considera al Junta Consultiva que cuando un candidato o licitador presenta la declaración responsable en un contrato en el que tal posibilidad no se haya previsto expresamente en los pliegos, o cuando estando prevista aporta la documentación a que se refiere el 146.1 en lugar de la declaración, se le ha de conceder el plazo de subsanación de tres días que contempla el artículo 27 del RPLCSP. Este criterio ya lo había mantenido en el IJCCA 9/06 de 24 de marzo con otra declaración de este tipo y fue reiterado por la JCCA de Baleares en su informe 6/2013, de 20 de diciembre.

Esta subsanación de errores o defectos materiales en la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad y solvencia de los contratistas está sobradamente analizada y precisada tanto por los tribunales jurisdiccionales (STS de 26 de octubre de 1987; 6 de junio de 2004; 30 de mayo de 2011), los administrativos especiales (RTACRC 322/2014; RTACRC 660/2014, 12 de septiembre de 2014; ATACP Aragón 14/2014) y los órganos consultivos en contratación (IJCCA 27/04, de 7 de junio de 2004; IJCCA 20/07, de 26 de marzo de

artículo 82 del TRLCSP en el libro “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013; pág. 544.

⁵⁴¹ STS de 6 de julio de 2004, RCU 265/2003: *“ la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del RCE. La frase “si lo estima conveniente”, contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos”*.

⁵⁴² Un análisis de esta recomendación puede verse en el artículo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Objetivos, problemas y posibles soluciones de las últimas modificaciones de la normativa de contratos”, Revista de Estudios Locales CUNAL. Edición digital. Nº 170, julio 2014. También en “Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2013”, publica en la Revista El Consultor nº 3/2014, pág. 276.

2007; 47/2009, de 1 de febrero de 2010; 18/10, de 24 de noviembre). De acuerdo con esta consolidada doctrina legal y jurisprudencial, se consideran «defectos subsanables» en la documentación administrativa los que “*se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento*”, es decir, son subsanables los que afectan a la acreditación de requisitos e insubsanables los que afectan a su existencia, siempre que la circunstancia que acreditan existiese en el momento en el que concluyó el plazo de presentación y se mantiene cuando se subsana⁵⁴³ (IJCCA 22/99, 6/00, 31/00, 35/02, 48/02, 27/04, 36/04, 9/06). El IJCCA 47/09 precisa que “*son subsanables los errores u omisiones en la aportación de documentos exigidos para concurrir (primer sobre) si la circunstancia acreditada por el documento existía cuando concluyó de presentación de proposiciones, y existe cuando éste se presenta*”.

Un supuesto nada infrecuente es la confusión a la hora de incluir determinada documentación en uno u otro sobre. La separación de la documentación y su apertura y valoración independiente es de especial importancia para garantizar la imparcialidad de las valoraciones, y por lo tanto para salvaguardar el principio de transparencia. La apertura secuenciada de los sobres, que se intuía en el artículo 80.1 del RGLCAP, se impone sin lugar a dudas en el artículo 27 del RPLCSP. El criterio para determinar la exclusión de la oferta que mezcla la documentación de ambos sobres debe ser finalista y no formalista: solo se rechazarán la ofertas cuando ese intercambio de documentación afecte a al objetivo de transparencia que se persigue, cuando con la documentación que por error se haya incluido en el sobre B, se puede conocer la oferta o parte de ella, que debía ir en el sobre C. Este el criterio reiterado por los órganos consultivos (IJCCA de Cataluña 8/2014, Dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013⁵⁴⁴); los Tribunales Admirativos de Recursos Contractuales (RTARC 126/2014; RTACRC

⁵⁴³ El IJCCA 47/09 precisa que “*son subsanables los errores u omisiones en la aportación de documentos exigidos para concurrir (primer sobre) si la circunstancia acreditada por el documento existía cuando concluyó de presentación de proposiciones, y existe cuando éste se presenta*”.

⁵⁴⁴ Este Dictamen del Consejo de Estado sintetiza así la ideas al respecto: “*Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.*”

890/2014, de 5 de diciembre de 2014⁵⁴⁵; RTARC de Andalucía 6/2014); y Tribunales jurisdiccionales (STS de 20 de noviembre de 2009, SAN de 6 de noviembre de 2012). Esta última sentencia citada, consideró improcedente la exclusión de una entidad participante en una licitación por entender que se había vulnerado el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3; la Audiencia Nacional tildó de excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente haya vulnerado el secreto y haya podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula⁵⁴⁶. La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto T 637/11 analiza exclusión de la oferta de un licitador por incumplimiento de las normas de presentación que tienen por objeto garantizar la confidencialidad del contenido de las ofertas antes de la apertura. El Tribunal recuerda que "*según la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser excesivos con respecto a los objetivos perseguidos*"⁵⁴⁷.

b. SUBSANACIÓN DE ERRORES O LA ACLARACIÓN DE LAS OFERTAS ECONÓMICAS Y TÉCNICAS

La posibilidad de subsanar deficiencias en la oferta técnica y económica no está prevista de manera expresa en la normativa sobre contratación pública comunitaria ni española de ámbito estatal.

⁵⁴⁵ Señala el TACRC que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, pues no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación, "*siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal*".

⁵⁴⁶ Cuenta CARBONERO GALLARDO, José Miguel, como se aplicaba con sumo rigor la legislación del XIX en cuanto a las proposiciones y la forma de su presentación, se llegaron a desechar proposiciones porque contenían la fecha de la Gaceta en que se había publicado el anuncio de licitación, mientras el modelo exigido no recogía tal fecha; lo que llevó al el Gobierno, ante este rigorismo tan excesivo, a interpretar la norma, conforme a un dictamen del Consejo de Estado y ordenar que se admitieran aquellas proposiciones y adoptó este criterio interpretativo. Vid "*La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*". Edit. La Ley-El Consultor, Madrid, 2010, pág. 250.

⁵⁴⁷ En el caso que se juzgaba, un licitador no había cumplido la obligación de enviar las ofertas en dos sobres, y el órgano de contratación tenía motivos para dudar de la confidencialidad de la oferta debido al estado de los sobres, por lo que considera el TGUE que el órgano de contratación estaba obligado a excluirla y que el principio de proporcionalidad sólo puede aplicarse en los supuestos en los que el autor del acto impugnado cuente con margen de apreciación.

La Directiva 2014/24 se refiere en su considerando 84, a los documentos administrativos, apuntando que *“los poderes adjudicadores deben estar también facultados a solicitar en cualquier momento la totalidad o parte de la documentación complementaria cuando lo consideren necesario para la correcta ejecución del procedimiento”*, lo que se plasma en el artículo 59.4 (en términos similares al artículo 51 de la Directiva 2004/18). La Directiva sólo contempla la posibilidad expresa de realizar aclaraciones a las ofertas en relación a procedimiento de diálogo competitivo en su artículo 30.6, (con alguna precisión adicional a la misma previsión que se recogía en el artículo 29.6 de la Directiva 2004/18).

El artículo 82 del TRLCSP no se refiere a esta documentación, como tampoco lo hace el artículo 95 del ALCSP, que reproduce aquél, pues expresamente alude a la regulada en los artículos anteriores, que es la acreditativa de la personalidad, capacidad y solvencia. Los artículos 22 y 81.2 del RGLCAP se refieren también a la fase previa a la apertura de las proposiciones. Para admitir esa subsanación con amparo en una norma positiva de ámbito estatal, hay que acudir a la aplicación supletoria del artículo 71 de la LRJPAC (precepto al que acude en su argumentación la citada STS de 30 de mayo de 2011) (arts. 22.1.a y 68 LPA 39/2015), por remisión del artículo 19.2 del TRLCSP y de la disposición final tercera del mismo TRLCSP. También se puede acudir a la aplicación analógica del artículo 9 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón prevé expresamente la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta, con los límites que han marcado los tribunales: aclaración sobre una oferta o corrección de manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato y sin que pueda suponer una modificación de los términos de la oferta. La JCCA de Aragón, en su informe 8/2015, de 20 de mayo, sobre el ALCSP, propone precisamente que se regule esta cuestión en la nueva ley en términos similares a la Ley aragonesa (art. 9)⁵⁴⁸.

Pero pese a la falta de una norma clara al respecto (salvo la citada norma de la CCAA de Aragón) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deja expedita la vía para la subsanación de deficiencias o errores en la oferta económica y técnica, con base en los principios de transparencia y garantía de la

⁵⁴⁸ “Artículo 9.- Aclaración de ofertas.

1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

2. En estos supuestos, la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso, deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones”.

máxima concurrencia, junto con el de proporcionalidad de las medidas, pero a la vez con las limitaciones que impone el principio de igualdad de trato⁵⁴⁹.

La STJUE de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV), considera contrario al principio de buena administración y proporcionalidad rechazar una oferta ambigua o que presente errores manifiestos sin solicitar antes aclaraciones al licitador, ello siempre que se respete el principio de igualdad de trato y no se modifiquen los términos de la oferta (apartado 56). Garantizar en estos casos el principio de igualdad de trato es esencial para la validez de las aclaraciones que se admitan (STJUE de 27 de septiembre de 2002, asunto T-211/02, apartado 43). El TJUE precisa el límite de estas aclaraciones en la posibilidad de que por esta vía se introduzcan modificaciones en las ofertas, es decir, no se puede cambiar la oferta ni “reofertar”. La STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10 (SAGELV Slovensko a.s., y otros), analiza un artículo de la ley de contratos de Eslovaquia y concluye que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 “no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”. El límite de no poder modificar la oferta con las aclaraciones, supone una lógica aplicación del principio de igualdad de trato, al que alude la STJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto V-336/12, Manova), que precisa que esa actuación “no debe beneficiar o perjudicar indebidamente al candidato o candidatos a los que se haya formulado”.

Este criterio interpretativo del TJUE entendemos que es igualmente válido con la nueva Directiva 2014/24, por cuanto el artículo 18.1 de la misma hace referencia a los mismos principios de igualdad, no discriminación y transparencia del anterior artículo 2 de la Directiva 2004/18 y como se ha expuesto, ni la anterior ni la nueva norma comunitaria contienen previsión alguna al respecto de manera expresa.

⁵⁴⁹El Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 43/2013, de 7 de agosto, en el Recurso recoge la doctrina del TJUE sobre el principio de proporcionalidad: 058/2013 “el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers’ Union y otros, C-157/96, Rec. P.I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste (véase, en este sentido, la sentencia Tideland Signal/Comision, citada en el apartado 56 supra, apartado 43).

Los Tribunales españoles, amparándose en el principio de lograr la mayor concurrencia posible (al que apela la STS de 21 de septiembre de 2004 con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), han admitido también la subsanación de contradicciones o errores manifiestos y precisables con los datos de la propia oferta en la oferta técnica o económicas: STS de 6 de julio de 2004, rec. 265/2003⁵⁵⁰; STSJ de Valencia, de 2 de marzo de 2005; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 19 de febrero de 2008, rec. 415/2005. Un extracto de la citada STS de 6 de julio de 2004, RCUUD 265/2003, precisa la doctrina jurisprudencial sobre el tema, asumida reiteradamente por los TARC:

“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la LCE,(...), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995. En todo caso, la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación, como establece el artículo 101 del RCE. La frase “si lo estima conveniente”, contenida en el indicado precepto, debemos referirla a la correcta apreciación por la Mesa de la naturaleza del defecto concurrente, no a la concesión de unas facultades discrecionales que excluyan su criterio de revisión a través de los oportunos recursos”. (En el mismo sentido ya la STS de 15 de enero de 1999, recurso 2608/92).

Los órganos consultivos siguen, lógicamente, este criterio interpretativo. Así, el Dictamen de la Abogacía del Estado 66/2006, que recoge parte de la doctrina judicial que se acaba de exponer⁵⁵¹, y todas las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa. Así el IJCCAE 23/08, de 29 de septiembre⁵⁵², que recuerda que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los procedimientos de

⁵⁵⁰ La STS de 21 de septiembre de 2004, rechazó la inadmisión de ofertas por simples defectos formales fácilmente subsanables.

⁵⁵¹ Considera subsanable la falta de firma en la oferta y la divergencia entre el importe total ofertado y la suma de los precios unitarios. Este Dictamen está recogido por DOMÍNGUEZ OLIVERA, Rafael, en su “Código anotado de Contratación Pública, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2011, pág. 1178-1181.

⁵⁵² IJCCAE 23/08, analiza un caso de una empresa realiza su oferta no por el importe de los 15 años de duración del contrato, sino por un solo año. El error evidentemente se solventa con la simple operación matemática.

adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto, acude a la lectura a *sensu contrario* del artículo 84 del RGLCAP, que regula el rechazo de las proposiciones, y señala los supuestos concretos en que así se ha de proceder, excluyendo expresamente de tal acción cuando el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición. El IJCCAE 30/08, de 2 de diciembre, considera que sólo podrá procederse al rechazo de la oferta cuando se compruebe que el error hace inviable la misma. En esta línea, el IJCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón 25/2011, de 23 de noviembre, estimó subsanable y por lo tanto no invalidante un error de cálculo en el importe del IVA a repercutir, pues viene impuesto por la normativa tributaria que resulte de aplicación y no depende de la voluntad de los licitadores. El informe 7/2013, de 9 de diciembre, de la JCCA de Baleares, es muy preciso al respecto:

“1. La posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable no tan solo a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo, sino también al resto de procedimientos de contratación siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas —o una parte de las ofertas— en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que están formuladas o del hecho de que la oferta contiene errores u omisiones de carácter puramente formal o material, y siempre que ello no suponga una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque se modifica su sentido inicial o porque se incorporan a la misma otros términos no previstos inicialmente.

2. La solicitud de aclaraciones o de información complementaria debe efectuarse en todo caso antes de valorar las ofertas. En el caso de que posteriormente a la valoración de las ofertas se ponga de manifiesto una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación podrá desistir del procedimiento antes de la adjudicación, de acuerdo con el artículo 155 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales también han acogido casi de manera unánime (con la excepción de dos resoluciones del de Castilla y León, posteriormente superadas⁵⁵³), esta doctrina de la subsanabilidad de los

⁵⁵³ El TARCCYL, en su resolución 53/2013, de 18 de septiembre de 2013 sigue la doctrina que cita del TACRC y admitió la aclaración de una oferta económica con un error subsanable con un cálculo sencillo. El Tribunal castellano y leonés cambió de criterio en la Resolución 33/2014, de 25 de marzo, y en la Resolución 78/2014, de 12 de noviembre. Apoya estas decisiones este Tribunal en los considerandos 37 y 38 de la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, aunque no valora que el Tribunal da argumentos contrarios en los siguientes apartados de su sentencia, para concluir con un fallo favorable a la subsanación de errores, como se ha analizado. Esta Tribunal ha vuelto al criterio unánime de resto de

meros errores materiales en las ofertas, lógicamente con las limitaciones que señala el TJUE.

La RTACRC 64/2012, de 7 de marzo de 2012, refiriéndose al modelo de oferta, señaló que *“un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*. Por ello, afirma, *“la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando en la medida de lo posible, excluir a los licitadores por cuestiones formales, pero respetando a su vez los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento”*. Apela a los principios de buena administración y proporcionalidad esgrimidos por la jurisprudencia del TJUE citada, para justificar requerir a los licitadores aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales de redacción.

La RTACRC 35/2014, de 17 de enero, declara la *“nulidad de la exclusión de la recurrente por no adaptarse su oferta al pliego de prescripciones técnicas, (...) ordenando retrotraer el procedimiento al momento de la valoración técnica de las ofertas”* para pedir aclaraciones a la oferta técnica. La RTACRC 463/2014, de 17 de junio de 2014, matiza que no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas, lo que se debe acreditar a la vista de la propia documentación aportada en la oferta. La RTACRC 464/2014, admite la posibilidad de subsanar la acreditación de la autenticidad de determinados documentos de la oferta al no haber aportado originales o copias compulsadas; la RTACRC 922/2014, de 12 de diciembre, señala que los simples errores de cálculo en la consignación del importe del IVA a repercutir, o en el tipo impositivo que resulte de aplicación, son meros defectos formales subsanables y por tanto, no invalidantes; la RTACRC 942/2014, de 18 de diciembre, alude al *“criterio antiformalista en materia de subsanación documental”* para resolver que la mesa debió dar plazo para corregir las deficiencias materiales de la oferta (traducción al castellano de documentos y certificados de calidad).

Tribunales en este sentido, en el su Resolución 2/2015, de 15 de enero, considerando que excepcionalmente, los datos relativos a las ofertas puedan ser corregidos o completados, bien porque requieran de una mera aclaración o bien para subsanar errores materiales manifiestos, siempre que no supongan una modificación de la oferta, en aplicación de los principios de igualdad de trato y de concurrencia. Criterio que reitera en la resolución 77/2015, de 10 de septiembre.

La RTACRC 4/2015, de 9 de enero, recopila la doctrina de ese Tribunal respecto del régimen de subsanación de defectos, recordando, con cita abundante de los precedentes de las resoluciones precedentes de ese mismo Tribunal, de la Junta Consultiva de Contratación, y de la jurisprudencia española y comunitaria (en concreto la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10), que ha de seguirse un criterio antiformalista en la interpretación de las exigencias formales de la presentación de las ofertas y de la subsanabilidad de las deficiencias, en pos de garantizar la mayor concurrencia posible, pero siempre dejando a salvo la igualdad de trato de todos los licitadores, por lo que las aclaraciones de las ofertas no pueden suponer una alteración de las mismas. La misma doctrina se utiliza en la RTACRC 25/2015, de 15 de enero de 2015; en la 53/2015, de 20 de enero; o en el ATACP Madrid 75/2015, de 21 de mayo⁵⁵⁴.

Y en el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales regionales. El ATARC de Aragón 77/2014, de 18 de diciembre de 2014, rechaza, por falta de claridad de los pliegos al respecto, la exclusión de una oferta que no había incluido los precios unitarios de la oferta en soporte electrónico, y considera que la omisión de la oferta en formato electrónico es algo accesorio porque *“no impedía, ni afectaba, ni perjudicaba, la evaluación y valoración de la oferta”*. En este Acuerdo se ratifica en su criterio mantenido en todos los acuerdos anteriores que abordan esta cuestión (entre otros, Acuerdos 4/2011, 47/2012, 6/2013, 57/2014, 72/2014 y 73/2014) y en esa Comunidad Autónoma convertido, como hemos citado, en norma positiva en el artículo 9 de la Ley 3/2011, precepto al que ya apela el Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto, de ese Tribunal⁵⁵⁵. Otro ejemplo es la Resolución 67/2014 del TACP de

⁵⁵⁴ El ATACP Madrid 75/2015, por ejemplo, concluye que cuando de la oferta se desprenda la existencia de posibles errores aritméticos o de cálculo, procede por parte de la Mesa de contratación solicitar aclaración sobre el contenido de la oferta: *“debe solicitarse aclaración por parte de la Mesa de contratación sobre el contenido de la oferta, lo que constituye una exigencia derivada de los principios de buena fe administrativa y proporcionalidad, en aquellos casos en que la oferta adolece de un mero error de cálculo, dado que de acuerdo con consolidada doctrina sentada entre otros en Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, los errores aritméticos o de cálculo son subsanables, correspondiendo al Órgano de Contratación delimitar el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos”*.

⁵⁵⁵ Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto en el Recurso 058/2013, en un asunto de exclusión de una oferta en un proceso de licitación, con apoyo en la doctrina del TJUE, apelando al principio de proporcionalidad y máxima concurrencia (STS de 21 de septiembre de 2004) señala que *“la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta económica no sólo no supone una quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores del procedimiento, sino que constituye una exigencia derivada de los principios de buena fe administrativa y proporcionalidad, Y así se recoge en el artículo 9 de La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.”*. Recoge este ATCPA citas de la STJUE de 10 de diciembre de 2009, Caso Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisión Europea (STJE 2009/386); de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02; de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96.

Madrid, que precisa que las aclaraciones de las proposiciones de los licitadores por parte de la Administración no pueden suponer en ningún caso su modificación.

Un supuesto singular es el “error” de presentar una oferta diferente en letra y en número. En este caso también el criterio ha de ser finalista, verificar si supone una presentación de ofertas simultáneas, prohibida por el artículo 145.2 del TRLCSP (139.2 ALCSP), o se puede deducir del resto de documentación con claridad cuál de las dos ofertas es la errónea. Aunque la STSJ de Navarra de 16 de julio de 2003 - que consideró defecto subsanable y no una doble oferta la discrepancia del precio expresado en letras y en número, por entender que se trataba de un “error de transcripción a letra”⁵⁵⁶, la regla general cuando existe una doble oferta debe ser la exclusión (el artículo 84 del RGLCAP prevé como causa de rechazo de las proposiciones el “*error manifiesto en el importe de la proposición*”). Así lo ha entendido el IJCCA 45/06, de 30 de octubre de 2006⁵⁵⁷; el IJCCA de la Comunidad de Madrid 9/2006, de 20 de octubre; el ATACP Madrid 161/2014, de 25 de septiembre⁵⁵⁸; o el IJCCA de Cataluña 17/2014, de 17 de diciembre. No obstante, la RTACRC 127/2014 consideró que la divergencia entre la oferta en letra y en cifra, no debe suponer la exclusión si es posible determinar de forma indubitada el precio real ofertado.

⁵⁵⁶ La ST. del TSJ de Navarra de 16 de julio de 2003 condenó al Ayto. de Pamplona a indemnizar al contratista cuya oferta fue rechazada con el 6% de la cantidad ofertada por el concursante, ya que, de haberse admitido, hubiera resultado adjudicataria, con el argumento siguiente:

“Desde luego no puede hablarse de doble oferta cuando se está manifiestamente ante una discrepancia o error de transcripción a letra. Para que estuviésemos ante una doble oferta o ante “más de una proposición” sería preciso que de la propia reclamación de la propuesta se desprendiese la voluntad del concursante de hacerlo así, por ejemplo, expresando dos cifras en letra y número cada una de ellas. En otro caso, cuando se expresan distinta cantidad en números y letra lo razonable es entender que ha habido un error y en tal caso, o se subsana de oficio atendiendo a la cifra que parezca ser la realmente ofrecida, como hizo la propia Mesa que se atuvo a la expresada en números, o se concede al interesado la posibilidad de explicarse, sin perjuicio, naturalmente, de lo que a la vista de tal explicación resulte procedente a juicio de la propia Mesa de Contratación.”

⁵⁵⁷ IJCCA 45/06, de 30 de octubre de 2006. «Determinación de la prevalencia de importes expresados en letras y en números, cuando existe contradicción o diferencia entre ambos» considera que:

“Cuando existe contradicción o diferencia entre los importes expresados en letra y en cifra en una oferta, es obligado rechazar la proposición en que se observa tal divergencia, al no poder determinarse con carácter cierto cual es el precio realmente ofertado; a mayor abundamiento debe señalarse que el artículo 84 del RGLCAP establece que si alguna proposición incurre en error manifiesto, en cuando a su soporte, será desechada por la Mesa en resolución motivada.”

⁵⁵⁸ El TACP de Madrid analiza en este recurso un supuesto de dos cifras diferentes en la oferta, al que se añade otro error, la inclusión de datos en el sobre “B” que debían estar en el “C”. Considera el Tribunal que ante la presentación de una oferta económica contradictoria, en la que figuran dos cifras distintas, la Mesa de contratación tiene dos opciones: rechazar automáticamente la oferta o solicitar aclaraciones al licitador, interpretando su declaración a la vista del resto de documentación que compone la proposición. Si el error no encuentra aclaración mediante el examen de la documentación que se adjunta a la oferta económica, la Mesa está obligada a rechazar la proposición. Si el propio licitador aclara su oferta poniendo de manifiesto que su importe es perfectamente determinable, pues coincide con el que había manifestado en la documentación del sobre “B”, se habría producido el descubrimiento del secreto de la oferta económica con anterioridad al momento procedimental oportuno, debiendo rechazarse la oferta por la Mesa de contratación también por este motivo, ya que es cuando tiene conocimiento de la infracción del procedimiento cuando puede dictar el acuerdo de exclusión.

Otro supuesto controvertido es el de la falta de firma en las ofertas. La jurisprudencia mayoritaria considera que se trata de un defecto subsanable, y por lo tanto resulta imperativo para las Mesas de contratación dar opción a los licitadores para que firmen las ofertas que presentaron sin este requisito, apelando al principio de concurrencia: así, la citada STS de 6 de julio de 2004, RCU 265/2003; STS de 21 de septiembre de 2004 RCU n° 231/2003; SAN de 9 de enero de 2009; STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2008, rec. 415/2005; o la STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2008, rec. 1566/2001. El criterio contrario de mantuvo por la STSJ de Extremadura de 24 de noviembre de 2004, rec. 168/2003, que considera que la falta de forma por el representante legal del licitador es un *“defecto sustancial para la validez de la presentación de la oferta”*, por lo tanto insubsanable: *“En materia de subsanación es preciso distinguir entre los defectos esenciales y los que por no merecer tal calificación son subsanables, ya que lo que importa es que se cumplan aquellas formas que, por ser garantía de la seriedad contractual son indispensables para que los principios que informan la contratación administrativa tengan cumplimiento. La falta de solicitud para participar en el concurso por parte del representante legal de la empresa es un defecto esencial que no podía ser objeto de subsanación, pues nos encontramos ante un procedimiento de adjudicación de contratos en el que el principio de igualdad entre licitadores es básico y donde todos conocen los requisitos para concurrir al concurso sin que pueda darse un período de subsanación para unos que pueda perjudicar la oferta de otros que están en las mismas condiciones y que sí cumplieron los requisitos que otros pretenden subsanar”*. La STS de 21 julio 2011, rec. 4276/2010, pese a la apelación de un licitador excluido de la doctrina favorable a la subsanación de la falta de firma, consideró esencial y por lo tanto insubsanable la falta de firma de la propuesta tecnológica por un Ingeniero de Telecomunicaciones, tal y como venía exigido por el PCAP, entendiendo que se trataba de *“una omisión de un requisito sustancial de la validez misma del contenido de la propuesta tecnológica”*. La RTACYL 77/2015, de 10 de septiembre apelando al carácter anti formalista y restrictivo de las causas de exclusión de las ofertas con base en el principio de concurrencia, que exige que puedan corregirse errores evidentes de carácter formal o material, consideró subsanable la falta de identificación de la empresa en las hojas de una oferta técnica y la falta de firma de la misma. La cuestión no nos parece totalmente resuelta: basta ponerse en el supuesto inverso y plantear si se podría obligar a una empresa a tener por presentada una oferta sin la firma de su representante legal si, requerida para tal subsanación, se negase a hacerlo (por haber decaído su interés en ser adjudicatario del contrato en cuestión). Por ello considero más acorde con el principio de igualdad de trato considerarla falta de identificación del proponente y de su firma como insubsanable, pues de lo contrario queda en su mano, una vez abiertas las ofertas, mantener o no la presentada sin firma. Esta polémica se verá

definitivamente zanjada con la contratación en formato electrónica, pues ninguna aplicación que conozcamos permite hacer una oferta sin firma electrónica válida.

Para tratar de solventar los problemas que pueden plantear las diferentes situaciones de deficiencias en las ofertas, ya hemos planteado como una medida (A.9) que aporta transparencia al procedimiento, recoger en los pliegos una relación (enunciativa, IJCCA 35/2002, de 17 de diciembre) de supuestos que determine la exclusión automática de las ofertas que incurran en alguno de los casos que se enumeren. La exigencia de diligencia a los empresarios al realizar sus ofertas, a la que alude la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, permite excluir sin más a aquellos que no han atendido a criterios expresamente señalados en el PCAP como causa de inadmisión de las ofertas (STJUE de 10 de octubre de 2013, asunto V-336/12, Manova; ATACP de Aragón, 72 y 73/ 2014, de 21 de noviembre).

En conclusión, cuando alguna o algunas de las ofertas técnicas y/o económicas presenten ambigüedades o errores materiales, de redacción o matemáticos manifiestos, no se procederá a su exclusión directa sino que, al amparo de los principios de buena administración y proporcionalidad, y con el objetivo de garantizar la mayor concurrencia posible, se ha de permitir a los ofertantes afectados realizar aclaraciones o subsanaciones, siempre que la precisión se deduzca con claridad del contenido del resto de documentación aportada. En todo caso, en la presentación de estas aclaraciones se garantizarán la igualdad de trato de los licitadores, solicitándose a todas las empresas que se encuentren en la misma situación, y sin que en ningún caso se admita por esta vía añadir ningún elemento de valoración nuevo, ni por lo tanto pueda realizarse una modificación de la oferta, ni suponer una negociación confidencial encubierta entre los ofertantes y el órgano de contratación. No obstante, la exclusión de las ofertas ha de ser automática si el propio pliego prevé con claridad que la deficiencia o error padecido será causa de rechazo de las ofertas que lo padezcan, siendo recomendable relacionar en una cláusula los casos más habituales de deficiencias que se considera deben dar lugar al rechazo de una oferta.

A estos efectos también resulta muy útil la actuación analizada en el apartado B.10, de permitir a los licitadores realizar alegaciones a todas las actuaciones de la Mesa de contratación, pues permite que cualquier afectado realizar aclaraciones a las posibles deficiencias o errores que se haya achacado a su oferta

B.9. Coordinación de los principios de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso a los expedientes de contratación con la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores.

En este punto pretendemos analizar la colisión que se produce entre el principio de transparencia y el principio de confidencialidad de las ofertas, y la forma de coordinarlos, pues resulta imprescindible conjugar la aplicación de dos principios: el de acceso a los expedientes de los interesados, y el de protección de la propiedad intelectual e industrial de las ofertas. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el derecho al respeto de los secretos comerciales y el derecho a la defensa de las partes del resto de licitadores, como recuerda el TJUE (STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, STGUE de 8 de julio de 2015, C-536/11⁵⁵⁹).

Evidentemente, la transparencia de los procedimientos se opone a que determinada parte de un expediente se oculte a los ojos de los interesados, pues estos no podrán conocer con exactitud la justificación de la puntuación de cada oferta, pero no es menos cierto que determinadas partes de la documentación presentada por los licitadores puede estar protegida por derechos de propiedad intelectual o industrial o por la legislación de protección de datos personales. Conjugar ambos derechos es labor no siempre sencilla para el órgano de contratación.

Más adelante (C.9) analizaremos la coordinación del principio de transparencia e información de la actividad contractual pública con el derecho a la protección de datos, para lo que resulta muy útil, como se expondrá, el procedimiento para hacer anónimos los datos que se quieran hacer públicos (la “anonimización” como lo denomina M. A. DÁVARA RODRÍGUEZ). Trataremos ahora de buscar la forma de coordinar la aplicación del derecho de acceso a los expedientes y de defensa de los interesados, con los derechos de propiedad intelectual e industrial. Como señala A.I. BELTRÁN GÓMEZ, “*ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene*”⁵⁶⁰.

La garantía de la confidencialidad afecta a los intereses económicos de las empresas que en sus ofertas incluyen secretos técnicos o comerciales que pueden ser conocidos por sus competidores, como señalan J. A. MORENO MOLINA y F.

⁵⁵⁹ STGUE de 8 de julio de 2015: “*El derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. El principio de la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe aplicarse de manera que se concilie con las exigencias de una protección jurídica efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial, de manera que se garantice que el procedimiento respeta, en su conjunto, el derecho a un proceso justo (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 2011, bpost/Comisión, T 514/09, EU:T:2011:689, apartado 25 y la jurisprudencia citada). De las observaciones detalladas formuladas por las demandantes en su escrito de 5 de agosto de 2011 se deduce que tenían un conocimiento suficiente de las ventajas relativas que presentaban las ofertas de los otros licitadores seleccionados*”.

⁵⁶⁰ BELTRÁN GÓMEZ, Ana Isabel, “La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas”. Revista de Estudios Locales CUNAL, número extraordinario, agosto 2013, págs. 287 a 305.

PLEITE GUADAMILLAS⁵⁶¹, pero además, la falta de esa garantía de confidencialidad puede tener un efecto sobre los intereses públicos, al hacer que disminuya la propia concurrencia pública por temor precisamente a que los esfuerzos de investigación de las empresas se diluyan con su conocimiento por terceros. El derecho a la confidencialidad es una manifestación del derecho a la “*autodeterminación informativa*”⁵⁶², incluso puede verse como una extensión del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución⁵⁶³. Como desarrolla M. M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, en muchas ocasiones el ejercicio del derecho de acceso a un expediente en un procedimiento concurrencial de contratación por parte de un licitador puede hacerse desde la base de intereses espurios de auténtico espionaje industrial. Considera el profesor RAZQUÍN que los datos empresariales constituyen un elemento esencial de la libertad de empresa, y el deber de confidencialidad y custodia que sobre ellos han de ejercer las Administraciones públicas cuando un empresario se los confiere en el seno de un procedimiento contractual o de otro tipo, constituye un auténtico derecho subjetivo de las empresas que éstas pueden hacer valer frente a terceros y frente a la propia la Administración. Cuando ésta tiene acceso a ellos por razón de un procedimiento concurrencial o por obligación legal, está obligada a su protección, a respetar la confidencialidad y negar su acceso a terceros por muy interesados que sean en el procedimiento de que se trate⁵⁶⁴. No resulta, como se verá, sencillo conjugar ese derecho con el no menos importante de acceso a los expedientes, y no siempre los Tribunales han tenido suficiente sensibilidad frente al primero.

La regulación de la confidencialidad de parte de las ofertas se introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (fundamentalmente, los artículos 124 y 137), en transposición de los artículos 6 y 41.3 de la Directiva 2004/18/CE, de donde han pasado casi de manera literal al TRLCSP, que alude a esta cuestión en sus artículos 140, 151.4, 153, 182.2, 191 y 192. Estos dos últimos preceptos elevan la “confidencialidad” a la categoría de principio general en relación con los contratos que celebren las entidades del

⁵⁶¹ MORENO MOLINA José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, en el libro “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático”. Capítulo IX, apartado III. “Los actos separables del contrato están sujetos en todo caso a los principios generales de la contratación administrativa. Especial referencia al principio de confidencialidad”. Editorial La Ley, 2012, pág. 731

⁵⁶² ARROYO JIMENEZ, Luis, en la recensión al libro “*Los principios generales en la contratación administrativa*”, Editorial Bomarzo 2006; RAP nº 172/2007.

⁵⁶³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, en el capítulo «Propiedad, libertad y empresa» de la obra colectiva “*La empresa en la Constitución española*”, Edito. Aranzadi, Pamplona, 1989, págs 103 y ss.

⁵⁶⁴ RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María, “*La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*”, Ed. Iustel, Madrid, 2013, analiza esta cuestión en tres ámbitos especialmente sensibles: la defensa de la competencia, la contratación y los procedimientos de intervención ambiental.

sector público que no son administraciones públicas ni poderes adjudicadores. El artículo 12 del RGLCAP hace referencia al deber de confidencialidad del órgano de contratación en relación con los datos de capacidad y solvencia facilitados por los contratistas.

El artículo 140 del TRLCSP regula la confidencialidad en su doble vertiente, la que ha de guardar el órgano de contratación respecto de la información de los licitadores declarada por éstos como “confidencial”, y la que han de respetar los contratistas respecto de la que conozcan de la entidad contratante para preparar u ofertas y durante la ejecución del contrato correspondiente:

“1. Sin perjuicio de las disposiciones de 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 éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial 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. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.”

Esta regulación se reproduce con ciertas matizaciones en el artículo 133 del ALCSP, que traspone el artículo 21 de la Directiva 2014/24 y el 28 de la Directiva 2014/23. Las dos Directivas añaden frente a la 2004/18 la referencia que recoge el apartado 2 del artículo 140 del TRLCSP que se acaba de trasponer, sobre la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan imponer a los operadores económicos requisitos para proteger el carácter confidencial de la información que aquellos puedan proporcionar a estos durante la contratación.

El ALCSP añade a la regulación actual dos notas puestas de manifiesto por los órganos consultivos y especialmente por los TARC:

1. El carácter de confidencial afecta a cualesquier información cuyo contenido pueda ser utilizado para “falsear la competencia”, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores. La 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 en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

2. La referencia a “no falsear la competencia” es esencial para entender el objetivo y alcance del deber de confidencialidad. A ello hacen expresa alusión las Directivas sobre contratos y sobre concesiones en sus artículos 50.4 y 40.2 respectivamente: no podrá hacerse pública la información de aquellos datos cuya difusión constituya *“un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o pueda perjudicar la competencia leal entre ellos”* (previsión que se traspone en el artículo 153 del ALCSP).

El contenido de los artículos 151.3, 153, 182.2, del TRLCSP se reproduce en los artículos 149.3, 153, 173.2 del ALCSP, pero las referencias al principio de confidencialidad de los 191 y 192 del TRLCSP no se recoge en los equivalentes 317 y 319 del ALCSP.

Para precisar el alcance de la limitación al acceso a la información, es necesario en primer lugar concretar el carácter secreto de las ofertas, para luego ver como encajar ese derecho que, como se acaba de exponer, es garantía de la competencia leal, con el derecho, no menos importante, de acceso a los expedientes por parte de los interesados, que a la vez es una aplicación del principio de transparencia.

El concepto de los «secretos técnicos o comerciales» ha sido perfilado por la jurisprudencia, según ha recopilado A. I. BELTRÁN GÓMEZ⁵⁶⁵ como el *“conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para: la fabricación o comercialización de productos; la prestación de servicios; y/o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”*. La STS de 30 de abril de 2012 (rec. 3243/2012), expone algunos ejemplos de datos cubiertos por el secreto industrial o comercial: *“incluye, por ejemplo, documentación relativa a las características técnicas específicas de un nuevo producto, las líneas generales de una campaña publicitaria estratégica, una fórmula, un compuesto químico, el modelo para una máquina o el nombre de una empresa que se pretende absorber, pero no la relación de trabajos, trabajadores, maquinaria, facturación o cuenta de resultados”*. La Sentencia de 11 de marzo de 2003 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, precisa los requisitos que debe reunir dicha información para ser considerada como secreto de empresa:

1) *Que la información sea secreta, en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible, para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;*

⁵⁶⁵ Ana Isabel BELTRÁN GÓMEZ, “La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas”, cit., pág. 299.

- 2) *Que tenga un valor comercial o suponga una ventaja competitiva por su carácter secreto, reservado u oculto; y*
- 3) *Que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.*

La STGUE (Sala Segunda) de 29 de enero de 2013, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10, reconoce la validez de la denegación del acceso a parte de la oferta del adjudicatario en virtud de la protección de los intereses comerciales. Señala el TJUE que la limitación al acceso a la información es inherente al objetivo de las normas de la Unión en materia de contratos públicos que se basa en una competencia no falseada, para lo cual *“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. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión 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 (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008, Varec, C-450/06, Rec. p. I-581, apartados 34 a 36)”*. La STGUE de 8 de julio de 2015, asunto C-536/11, incide en que el derecho de acceso debe ponderarse con el derecho de otros operadores económicos a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales, y considera que *“en el marco de la comunicación de las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada para cada lote de que se trata no se exige a la entidad adjudicadora hacer un análisis comparativo minucioso de dicha oferta y de la del licitador desestimado”*. En el mismo sentido, la STJUE de 7 de octubre de 2015, asunto T-299/11, precisa que no se puede exigir que se comunique a todos los licitadores, además de las razones de la desestimación, un análisis comparativo minucioso entre esta oferta y la seleccionada; en concreto falla que la *“entidad adjudicadora no está obligada a conceder al licitador no elegido acceso a la versión completa de la oferta del adjudicatario del contrato ni a la del informe de evaluación”* (aptdo. 131).

Sobre esta cuestión de la protección de la propiedad intelectual de los licitadores, lamenta J.R. CHAVES GARCÍA lo que a su juicio es una *“visión laxa de la protección del trabajo intelectual de los licitadores al presentar sus ofertas”* que da la STS de 8 de Noviembre de 2012 (rec.615/2010). Esta STS desestima el recurso de casación formulado por una empresa de limpieza y recogida de residuos que detectó que el adjudicatario del servicio municipal había presentado documentación idéntica a la presentada por aquélla en otro concurso anterior de

distinto municipio. Considera el TS que la protección intelectual se extiende a expresiones originales y creativas pero no a ideas, procedimientos o métodos⁵⁶⁶.

El IJCCA de Cataluña 11/2013, de 26 de julio precisa el alcance del carácter secreto de la documentación aportada por los licitadores, y los requisitos para que pueda ser considerada como tal:

La confidencialidad afecta, con carácter general, a la documentación facilitada por los empresarios para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional y a los datos de carácter personal, salvo que se haya autorizado la cesión o comunicación (en parte recogido el artículo 12 del RGLCAP). Afecta igualmente a los secretos industriales, técnicos o comerciales, los intereses comerciales legítimos, los derechos de propiedad intelectual o la información que pueda afectar a la competencia leal entre empresas. También es susceptible de ser declarada como confidencial aquella información que tiene un gran valor para las empresas o supone un activo de importancia porque es consecuencia de inversiones en investigación, de conocimientos adquiridos por la experiencia, o porque tiene un valor estratégico especial frente al resto de candidatos o de licitadores, o representa una determinada forma de gestión empresarial.

El carácter confidencial de la documentación y de la información facilitada por las empresas licitadoras, candidatas o por las adjudicatarias, debe determinarse por éstas de forma expresa y justificada, sin que sean admisibles las declaraciones genéricas o las que declaren que todos los documentos o que toda la información tiene carácter confidencial⁵⁶⁷.

Esta cuestión ha sido ya muy abordada por los diferentes TARC, estableciendo las mismas conclusiones. El Tribunal Central de Recursos Contractuales ha sentado una doctrina mantenida al menos desde su Resolución 62/2012. La Resolución del

⁵⁶⁶ CHAVES GARCÍA, José Ramón, en el blog <http://contencioso.es>. Entrada de 19 de enero de 2013 bajo el título “De la débil protección jurídica de la documentación de los licitadores”.

La empresa ampara se demanda en los artículos 10,17 y 51 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de La Ley de propiedad intelectual – y, a la vez, cometido los actos de competencia desleal tipificados en los artículos 5 y 11, apartado 2, de La Ley 3/1991, de 10 de enero. Considera Chaves que posiblemente esta solución en buena técnica jurídica es impecable. Quizás la propiedad intelectual digna de protección es algo más imaginativo, artístico y con toque literario, pero lo que está claro es que entonces el Derecho ofrece un flanco abierto al villano. Basta pensar en los cientos de miles de procedimientos de licitación en que las empresas competidoras concurren, y en que el Derecho Administrativo les brinda la ocasión de consultar y copiar la documentación ajena. Propone como solución práctica pasa por incluir en el pliego de contratación garantías de autenticidad u originalidad de la documentación, con reserva de penalización o revocación para el caso de constatare ostensibles y sustanciales plagios, pues en tal caso, la oferta presentada no sería la propia sino ajena.

⁵⁶⁷ La JCCAE ya había precisado en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la interpretación del artículo 124.1 de La Ley de Contratos del Sector Público (140.1 TRLCSP), que “*la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta están afectos a la exigencia de confidencialidad*”.

nº 417/2014, de 23 de mayo, señaló que “(...) *tampoco es admisible, en ningún caso, que la declaración de confidencialidad efectuada por los licitadores abarque a la totalidad de sus ofertas técnicas, pues ello es contrario a los principios en los que se asienta la contratación pública y podría constituir una actuación incurrida en fraude de ley, correspondiendo al órgano de contratación, en tales casos, determinar la parte de la oferta técnica que no afecta a secretos comerciales o técnicos o a aspectos confidenciales, justificándolo motivadamente en el expediente. En consecuencia la confidencialidad sólo alcanza los documentos declarados como tales por el licitador al tiempo de formular su oferta (...) sin perjuicio de que dicha confidencialidad no pueda alcanzar la totalidad de la oferta, y que en tales casos, corresponda al órgano de contratación determinar motivadamente, los aspectos de la oferta no afectados por el secreto comercial o industrial o relativos a aspectos confidenciales*”. Esta misma doctrina ha sido reiterada por este Tribunal en la RTACRC 710/2014, de 26 de Septiembre de 2014, o en la RTACRC 56/2015, de 20 de enero. Los Tribunales autonómicos han acogido igualmente esta doctrina. Así, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en su Resolución 24/2014, de 10 de marzo, o en la 6/2015, de 21 de enero, donde reitera que la confidencialidad de la información contenida en las ofertas exige un doble requisito de que así haya sido calificada por el empresario y que se acuerde por el órgano de contratación. El TACP de la Comunidad de Madrid en sus Acuerdos 43/2014 y 84/2014, de 11 de junio; ó el 63/2015, señala igualmente que la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular la oferta, haya expresado qué extremos están afectos a la exigencia de confidencialidad. El ATARC de Aragón 81/2015, de 29 de julio, recuerda que la confidencialidad deriva del hecho de que la información afecte a los secretos técnicos o comerciales y/o a los aspectos que el órgano de contratación considere confidenciales, por la posibilidad de que se perjudiquen intereses legítimos o a la competencia leal entre empresas, confidencialidad que puede incluir los datos de carácter personal salvo que de forma expresa se autorice la comunicación o la cesión.

Marcadas así las reglas del juego el principio de confidencialidad, ha de articularse con el derecho de acceso a los expedientes por parte de los interesados, derecho de configuración constitucional (art. 105 CE) y por lo tanto general en todos los procedimientos y expedientes administrativos (art. 37.1 LRJPAC, 13.d, 531.1 LRPA 30/2015). Es también un derecho con cobertura comunitaria, bajo el amparo del principio de transparencia y derecho a la protección jurídica efectiva.

La STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06, en relación con la conjugación de ambos principios, señala que debe existir un equilibrio entre el principio de contradicción y el derecho al respecto de los secretos comerciales. Esta sentencia, en referencia al procedimiento de recurso, precisa que ha de ser el órgano que resuelve el recurso quien ha de decidir cómo y en qué medida SE garantiza la confidencialidad y el secreto de la información contenida en las

ofertas, y las exigencias de la protección jurídica efectiva y del derecho de defensa de las partes en un litigio, para granizar el respecto a un proceso justo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, sobre la interpretación del artículo 124.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 140.1 TRLCSP) ya matizó el alcance de la confidencialidad de las ofertas, recordando que los principios de publicidad y transparencia que rigen la contratación pública exigen la publicación de las adjudicaciones y la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir una oferta y descartar las restantes, y que *“el conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso”*. En el mismo sentido, el IJCCA de Aragón 15/2012, de 19 de septiembre concluye que *“la confidencialidad es un derecho de los licitadores en el que, en su posible conflicto con el principio de transparencia y el derecho de defensa de un licitador descartado, el órgano de contratación ha de buscar el equilibrio adecuado, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo necesario”*. El citado IJCC de Cataluña 11/2013, de 26 de julio, señala que *“la confidencialidad no puede significar una vulneración de los principios de publicidad y de transparencia, en el sentido que quede sin contenido el derecho de los otros licitadores o candidatos a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y de adjudicación del contrato, de manera que, necesariamente, debe buscarse el equilibrio y la proporcionalidad adecuados en la ponderación de los diferentes intereses en juego”*. La RTACRC 272/2011 señala que *“el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad”*. En la RTARC 248/2015, de 13 de marzo de 2015, el Tribunal admite que el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente si ha notificado adecuadamente todos los datos y motivación del acto que se recurre, y precisa que los interesados no tienen derecho a que se le remita copia del expediente. No compartimos el criterio del Tribunal en lo referente al acceso al expediente, pues como alega el solicitante, al no haber podido ver la oferta del adjudicatario, no le es posible rebatir adecuadamente la puntuación otorgada por el informe técnico de valoración⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸La RTACRC 248/2015, de 13 de marzo de 2015 se pronuncia al respecto en los términos siguientes: *“Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a*

Es por lo tanto el órgano de contratación quien ha de precisar el alcance del acceso a la información de la documentación de los demás licitadores formulada por algún interesado, teniendo presente, como recuerda el Acuerdo del TACP Madrid Resolución 147/2014, que la negativa de dar vista del expediente puede vulnerar el derecho a un recurso efectivo (recogido por el TUJE en diversas sentencias, por ejemplo, asuntos T-461/08 y T-298/09), resultando de aplicación además del TRLCSP, los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Para ello es necesario precisar quién, cuándo y cómo puede acceder a la documentación declarada confidencial por los licitadores.

En cuanto al “quién”, entendemos que se ha de aplicar aquí el concepto de «interesado» para revisar los acuerdos en materia de contratación pública. El artículo 42 del TRLCSP configura un recurso especial en materia de contratación abierto a las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados. La legitimación activa para el recurso especial establecido en el TRLCSP es una legitimación más amplia del doble criterio de interés en obtener el contrato y de perjuicio, y debe interpretarse de acuerdo con el criterio extenso del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional⁵⁶⁹, de modo que la participación en la licitación no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, por lo que alcanza también a los licitadores potenciales. Por lo tanto, están legitimados para acceder a

la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que La Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias".

⁵⁶⁹ El acceso al expediente es una vertiente del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, de ahí los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Esta cuestión ha sido analizada por este Tribunal en multitud de sentencias: STC núms. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96 y 129/2001, 119/2008, de 13 de octubre (RTC 2008, 119). El Tribunal supremo ha analizado también ampliamente la cuestión: STS de 14 de octubre de 2003 (Rec. 56/2000); STS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005, 63709); STS de 10 de julio de 2006 (RJ 2006, 7225); STS de fecha 17 de diciembre de 2014 (rec. 3428/2012). STSJ de Castilla y León N° 673, de 31 de marzo de 2014, (sala de lo contencioso administrativo), que cita las STC 65/94, 05/1995, de 3 de julio, f.2; 122/1998, de 15 de junio, F.4 y 1/2000, de 17 de enero, F.4.

La STSJ de la Rioja de fecha 21 de mayo de 2015, rec. 57/2015, por ejemplo considera que está legitimado para recurrir los pliegos una empresa que no había participado en el procedimiento contractual, siempre que tenga repercusión en su esfera jurídica (en el caso, un arquitecto al que los criterios de solvencia le impedían participar en un procedimiento de contratación).

un expediente de contratación, los licitadores que hayan participado en el correspondiente procedimiento, aquellos que hubiesen podido concurrir a la licitación si las limitaciones establecidas en los pliegos no los hubiesen excluido, y en general los contratistas que pudieron ser licitadores y se ven perjudicados por alguno de los actos previos a la formalización del contrato, así como las asociaciones de interés general que tengan como finalidad la defensa de los intereses de los potenciales participantes en la contratación que se recurre, pero no cualquier persona interesada en la salvaguarda genérica de la legalidad o de los recursos públicos, no existe una acción pública en materia contractual⁵⁷⁰. En cuanto a las Uniones Temporales de Empresas, no parece necesaria la cautela que exige el Tribunal Supremo para recurrir que exige la que ningún integrante de la UTE se oponga, y entendemos que cualquier miembro de una unión temporal puede solicitar por sí solo el acceso a un expediente de contratación al que haya presentado una oferta. Estos criterios han sido lógicamente asumidos por todos los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, por poner solo algunos ejemplos que han analizado casos cuestionables, resolviendo de acuerdo con los criterios señalados: RTACRC 386/2014; ATACP Madrid 160/2014 y 158/2014, de 17 de septiembre; ATARC Andalucía 149/2014; etc.

En cuanto al “cuándo”, se puede solicitar el acceso al expediente de contratación, puede hacerse en cualquier momento en el que el órgano de contratación o los de apoyo a éste hayan adoptado algún tipo de decisión que determine la continuidad o no en el procedimiento de algunos licitadores o propongan o acuerden la adjudicación⁵⁷¹, y hasta el momento en el que es posible interponer recursos administrativos o contencioso contra dichos actos.

⁵⁷⁰ La STC 119/2008, de 13 de octubre (RTC 2008, 119) amplía el ámbito subjetivo de recurrentes frente a la doctrina del TJCE. Mantiene que la participación en el proceso de licitación no es condición imprescindible para estar legitimado para impugnar la convocatoria o el pliego, entendiendo que «no se puede negar la existencia de un interés legítimo de la recurrente que le otorgara legitimación en el proceso, por el mero hecho de no haber tomado parte en el concurso que trataba de impugnar, sin haber ponderado las razones expuestas en la demanda contenciosa». Conculca su derecho al acceso a la tutela judicial efectiva, siendo necesario que se examinen las circunstancias del caso y verificar si la persona aduce en su recurso motivos que justifiquen la existencia de un interés legítimo, lo que habilita para la impugnación a los licitadores potenciales. En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia configura la exigencia de la “participación”, como una regla general, que ha de ser excepcionada cuando, en ausencia de ella, se acredita un interés legítimo en la impugnación STS de 5 de julio de 2005 (RJ 2005, 5205) y STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 7054). Este criterio exige comprobar caso por caso si, pese a no participar, se ostenta algún interés que justifique la impugnación.

La legitimación para recurrir a las organizaciones representativas de intereses económicos, sociales o profesionales que actúan en beneficio de sus asociados se reconoce expresamente en las STS de 15 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3667), STSJ de Castilla-La Mancha núm. 238/2007, de 24 de mayo (RJCA 2007, 604). Resulta más conflictiva la admisión de la legitimación activa de los sindicatos, si no se demuestra que las resoluciones conculcan los intereses económicos o los derechos laborales de los representados (así deniega esa legitimación la STS de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005, 1784).

⁵⁷¹ Sobre esta cuestión, por ejemplo, el ATARC de Andalucía 149/2014 considera que el informe técnico que valora las proposiciones de los licitadores respecto de los criterios dependientes de un juicio de valor, carece de la consideración de acto de trámite cualificado a los efectos del recurso especial en materia de contratación.

La tercera cuestión a resolver por parte de los órganos de contratación es “cómo” coordinar los derechos de acceso a los expedientes de contratación y confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Aunque esta cuestión puede perfilarse con carácter general en los pliegos, va a ser necesaria una valoración singularizada en cada caso a la vista de la documentación a la que se quiere acceder y de quien y para qué. El IJCCA de Aragón 15/2012, de 19 de septiembre, da unas pautas de interpretación muy interesantes basándose en la normativa europea y en diferentes informes de las Juntas Consultivas, que han ido avanzando desde una postura más conservadora a la primacía del principio de transparencia. Partiendo del criterio de que *“a partir de la licitación pública, las proposiciones presentadas, tanto la parte evaluable con criterios sometidos a evaluación previa como la valorada mediante evaluación posterior, dejan de ser secretas, respetando lo estrictamente confidencial”*, señala el órgano consultivo aragonés que el órgano de contratación está obligado a dar vista de un expediente de contratación, si así se solicita por los interesados, pero ese trámite que debe ejercerse con las condiciones y límites que garanticen el respeto a la confidencialidad de los secretos industriales. Para ello esta Junta Consultiva da unas recomendaciones claramente asumibles por cualquier órgano de contratación: los interesados deben solicitar el acceso al expediente de contratación y concretar los documentos que se desea analizar⁵⁷²; se admitirá tomar notas del expediente, pero no se entregará copia de lo presentado por otros licitadores; el órgano de contratación deberá previamente identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador; las unidades gestoras de la contratación deberán expedir una diligencia del trámite de vista en la que se recojan las circunstancias relevantes del derecho de acceso ejercido: identificación de quienes examinan el expediente, fecha y hora de ejercicio del derecho, documentos a los que no se ha permitido el acceso etc.⁵⁷³.

En conclusión, es recomendable recoger en los pliegos unas normas que den a conocer a todos los potenciales licitadores los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para coordinar los derechos de acceso a los expedientes de contratación y de confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, así como y de la información municipal a la que accede el contratista con motivo de la ejecución del contrato (especialmente la que pueda afectar a datos de terceros).

⁵⁷² Señala la JCCA de Aragón que esta cautela supone la aplicación de lo previsto en el artículo 37.7 LRJPAC, con la interpretación ratificada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de noviembre de 2000 y 19 de mayo de 2003.

⁵⁷³ BELTRÁN GÓMEZ, Ana Isabel, asume esas mismas consideraciones en las conclusiones de su artículo citado de la revista CUNAL, pág. 305, donde cita, en apoyo al criterio de no dar copia de la documentación a quienes acceden al expediente, el IJCCA de Madrid 3/2007, de 22 de marzo.

A este respecto en todos los pliegos se ha de prever que los licitadores puedan señalar qué partes de su oferta, y durante qué periodo de tiempo, han de ser consideradas reservadas o secretas por estar amparadas en secretos técnicos o comerciales, carácter que no podrá tener la totalidad de la documentación que aporte, y que en ningún caso la tendrá la oferta económica ni cualquier otro aspecto valorable con fórmula matemáticas, aunque sí podrían tenerla los documentos que en su caso justifiquen estas ofertas. Igualmente se ha de precisar en el pliego de cláusulas administrativas particulares que los licitadores deberán respetar la confidencialidad de los datos de la entidad contratante que conozcan en relación con el contrato, y especialmente los datos de carácter personal o los que puedan afectar a la seguridad u otros servicios esenciales para la comunidad. Se preverá en los pliegos que la revelación de estos datos antes de la adjudicación será causa de exclusión del procedimiento de contratación, y si se trata del adjudicatario, se considerará incumplimiento contractual muy grave con la penalización e indemnización correspondiente, incluida la posible resolución del contrato.

El PACP también deberá regular la forma de ejercer el derecho de los interesados a acceder al expediente de contratación⁵⁷⁴. Cualquier interesado ha de poder solicitar acceso a los expedientes de contratación de conformidad con lo establecido en la normativa vigente en materia de transparencia y acceso a la información pública. Serán públicos los informes de valoración de las ofertas. Mediante resolución motivada se deberá denegar conocer el número o identidad de las ofertas presentadas en un procedimiento de contratación antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas; el acceso a las partes de las ofertas declaradas confidenciales por el adjudicatario o que puedan suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional o la propiedad intelectual e industrial de los contratistas; los aspectos que puedan afectar a datos personales o a la seguridad de las personas y/o servicios. Se indicará al solicitante qué parte de la información ha sido omitida y se levantará un acta de la documentación a la que el licitador ha tenido acceso.

B.10.- Apertura de una fase de alegaciones a todas las actuaciones de la Mesa de contratación.

⁵⁷⁴ Puede verse al respecto los pliegos tipo del Gobierno de Aragón, informados por la JCCA de esta Comunidad en su informe 11/2010. Estos pliegos señalan que los licitadores deberán presentar una «declaración complementaria» en la que indiquen “*qué documentos administrativos y técnicos y datos son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales*” y que “*Esta circunstancia deberá además reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma) en el propio documento señalado como tal. Los documentos y datos presentados por las empresas licitadoras pueden ser considerados de carácter confidencial cuando su difusión a terceros pueda ser contraria a sus intereses comerciales legítimos, perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en La Ley de Protección de datos de Carácter personal. De no aportarse esta declaración se considerará que ningún documento o dato posee dicho carácter*”.

Con esta medida, absolutamente voluntaria para el órgano de contratación, se trata de abrir una vía ágil y rápida para que los licitadores y otros interesados puedan mostrar su disconformidad ante una decisión de la Mesa de contratación, sin necesidad de interponer un recurso administrativo (o especial cuando proceda ex art. 40.2.b TRLCSP, 44.2.B LCSP). Esto permitirá a la Mesa reconsiderar sus acuerdos y con ello conducir en procedimiento de adjudicación hacia un acuerdo del órgano de contratación con más garantías de transparencia y de acierto.

La Mesa de contratación (o el órgano correspondiente cuando no se constituya mesa por no ser obligatorio, art. 320 TRLCSP, 323 ALCSP) adopta decisiones que si bien no ponen fin al procedimiento de contratación, marcan la orientación de las que va adoptar el órgano de contratación, que solo excepcional y motivadamente se desviará de las propuestas de la Mesa (art. 160.2 del TRLCSP, en idénticos términos el art. 155.6 del LCSP). La Mesa decide sobre la admisión o no de las ofertas; la subsanabilidad de la documentación presentada por los licitadores; la valoración de las ofertas; la justificación de una oferta desproporcionada; y finalmente formula la propuesta de adjudicación. Muchas de esas actuaciones de trámite suponen para un contratista continuar o no en la liza por la adjudicación, o una merma de oportunidades de resultar adjudicatario en función de decisiones en la valoración de su oferta.

A veces las decisiones de la Mesa no son correctas, bien porque supongan una vulneración de una norma jurídica por una interpretación de la misma que este órgano desconociese, bien por un simple error material, de hecho o aritmético: no haber visto determinado documento o haberle negado su validez o la posibilidad de su subsanación; realizar mal un cálculo; no haber tenido en cuenta determinado aspecto de una oferta; no haber concedido un trámite para justificar una oferta presuntamente temeraria; no haber dado un trámite para aclarar o subsanar determinadas deficiencias en la oferta técnica o económica (cuestión analizada en el apartado B.8); o haber realizado indebidamente alguna de esas u otras actuaciones. Si estos errores no se corrigen a tiempo, el órgano de contratación adoptará una decisión ilegal, que llevará a un recurso administrativo, especial o judicial. Solo si cabe el recurso especial y se utiliza por el interesado, la rectificación de la decisión incorrecta de la Mesa podrá corregirse a tiempo, antes de que se haya adoptado un acuerdo de adjudicación si se suspende por el Tribunal encargo de resolver ésta, pero en otro caso, el recurso administrativo o el judicial podrían resolverse (el segundo con toda certeza) después de haberse adjudicado el contrato, con los consiguientes problemas que genera la resolución de un contrato, y la correspondiente indemnización si se constata una actuación incorrecta.

Las actuaciones de las Mesas de contratación han de ser públicas y transparentes en todas sus actuaciones y decisiones. Las actas de sus reuniones y

los informes técnicos que motiven sus decisiones deben hacerse públicos a través del perfil de contratante de manera inmediata a la terminación de la sesión correspondiente. Abrir un plazo de unos 3 días para que los interesados puedan formular alegaciones a lo actuado no entorpece el procedimiento, pues pueden continuar realizándose otras actuaciones, como solicitar documentación a alguno de los licitadores y en cambio permite valorar cualquier consideración de los interesados que puede resultar muy útil para corregir alguna actuación equivocada. En todo caso y con independencia de los recursos administrativos procedentes⁵⁷⁵, ha de tenerse en cuenta que cualquier interesado podría instar este trámite directamente sin estar previsto como tal al amparo de la previsión en el artículo 105.2 de la LRJPAC (art. 109.2 LPA 39/2015), que regula la rectificación de los actos administrativos en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

En cuanto a quienes estarían legitimados para formular estas alegaciones, entendemos ha de utilizarse el concepto de «interesado» aquí con la misma amplitud que en el recurso especial, donde la legitimación no se restringe solo a los participantes en el procedimiento licitatorio objeto de la controversia⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ El IJCAE 48/08, de 29 de enero de 2009, titulado «Dudas respecto a qué recursos se pueden interponer en la adjudicación provisional en los contratos de regulación no armonizada», da un criterio preciso que entendemos está vigente para las decisiones de las mesas de contratación:

"Ello nos lleva a la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso y consiguientemente a la clase de recurso que puede interponerse: alzada o reposición. A este respecto, tanto si los actos de trámite anteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando la haya, como sí lo son por la Mesa de contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de recurso de alzada ante el órgano (Alcalde o Pleno, según los casos) que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él (art. 114 de La Ley 30/1992)."

Generalmente será el recurso de potestativo de reposición el precedente como previo al contencioso administrativo, pues por regla general las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa. Aunque en el caso de actuaciones de la Mesa recurribles, podría haber un recurso de alzada. Y sería posible un recurso extraordinario de revisión, al menos en el supuesto del apartado 1º del art- 118.1. "1ª Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente". Y ello además de la posibilidad ya mencionada de solicitar una rectificación de errores a instancia de parte regulada en el art. 105.2 LPJPAC, o de instar una revisión de oficio del artículo 102 LRJPAC.

⁵⁷⁶ La legalización para interponer el recurso especial ha sido ampliamente estudiada por la doctrina: José MORENO MOLINA, José Antonio, "Recursos contra la adjudicación el contrato. Condena a España", Contratación Administrativa Práctica Nº 76, 2008, páginas 20 a 26. BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia, sobre otra condena contra España antes del TRLCSP "Condena al Reino de España por no haber extendido el sistema de recursos a las empresas públicas y por la necesidad de interponer recurso para que se puedan adoptar medidas cautelares", El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Nº 17/2003, págs. 2962 a 2964. VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, "Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra", Revista Jurídica de Navarra, enero-junio 2008, Nº 45, págs. 149 a 181. BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, "Comentario a La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de La Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa", Justicia Administrativa, núm. 50, 2011, págs. 25 a 45. GALLEGO CÓRDOLES, Isabel, "Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública", Contratación Administrativa Práctica, Nº 75, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial La Ley, mayo 2008, pág. 47. DIEZ SASTRE, Silvia, "El recurso especial en materia de contratación pública" Anuario de Derecho Municipal, nº 5, 2012, págs. 129 a 165;

Interpretado el artículo 42 del TRLCSP (48 ALCSP) de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (por la comunitaria la TJCE de 14 de junio de 2003 C-249/01 y por la nacional la STC 119/2008), resumía en otro lugar con A. FERNÁNDEZ GARCÍA⁵⁷⁷, que están legitimados para interponer el recurso especial, y por lo tanto para formular alegaciones a las actuaciones de las mesas de contratación: los licitadores que hayan participado en el correspondiente procedimiento para la adjudicación del contrato (en el caso de concurrir en UTE, cualquier miembro de la misma de forma individual, siempre que ningún otro integrante se oponga⁵⁷⁸); los contratistas que pudieron ser licitadores y no pudieron concurrir por las exigencias de los pliegos y que vean que la Mesa las interpreta de manera laxa admitiendo a algún licitador que consideran no reunía los requisitos exigidos; y las asociaciones de interés general que tengan como finalidad la defensa de los intereses de los potenciales participantes en la contratación que se recurre. Pero en la contratación pública no hay una legitimación abierta a cualquier persona o entidad en defensa de intereses generales o de la legalidad en general, no hay una acción pública como en materia de urbanismo y medio ambiente (el mero interés en garantizar la legalidad, sólo es posible cuando una norma expresamente lo permite, sentencia la STS de 11 de febrero de 2003). En cuanto a la presentación de alegaciones por sociedades, o por UTE, no consideramos necesario el requisito que para los recursos administrativos exige la STS de fecha 17 de diciembre de 2014 (rec. 3428/2012), que requiere no sólo la aportación del poder, sino también la aportación del acuerdo del órgano competente de la persona jurídica por el que se autoriza el ejercicio de acciones judiciales.

y en el marco de la más amplia de la defensa de los licitadores, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012. NOGUERA DE LA MUELA, Belén, @El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE. Publicado en Noticias de la Unión Europea Año 2009, Número 298. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, "Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. Fundación Democracia y Gobierno Local Cuadernos de Derecho Local (QDL); núm. 26, junio de 2011, p. 7-26.

⁵⁷⁷ En trabajo "El recurso especial en materia de contratación regulado en La Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente incluida en La Ley 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)" MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel y FERNÁNDEZ GARCÍA, Amaya publicado en la REALA, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nos 315-316, enero-agosto 2011, pp. 143-178.

⁵⁷⁸ STS de 22 de junio de 2009 (Sala de lo contencioso administrativo sección 4ª, recurso de casación nº 5822/2007). que analiza la STJCE de 8 de septiembre de 2005. El Tribunal concluye que el recurso interpuesto por parte de los integrantes de una UTE es admisible cuando se realiza "*sin oposición de los restantes*", pero no cuando expresamente alguno de los integrantes de la UTE muestra su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional. Y ello porque en este caso, ante la eventual anulación del acto recurrido, nos encontraríamos ante "*la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes*". Otra cosa sería la posible reclamación de indemnización por daños y perjuicios que las restantes empresa que concurrieron en UTE pudieran reclamar contra la entidad que a la hora de recurrir se separa del criterio mayoritario y desiste de dicho recurso.

Esta medida propuesta de admitir de manera expresa que los interesados puedan realizar alegaciones a todas las actuaciones de la Mesa de contratación, puede tener su utilidad como se ha justificado, aunque no alcance la independencia que tendría un recurso ante un órgano externo especializado como los TACP, un modelo “*administrativo con garantías judiciales*” en palabras de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ⁵⁷⁹. Sustituye esta fase de alegaciones a un recurso especial que está limitado para determinados contratos y actos (RTACRC 388/2014⁵⁸⁰), limitación que no compartimos, pues la utilidad de este recurso para mejorar la transparencia y legalidad de los procedimientos de contratación está sobradamente acreditada en los años que llevan funcionando los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, tanto por el número total de recursos como por los que se estiman (en la memoria del TACRC de 2014 da información del incremento del número de recursos, que se ha triplicado desde el año 2012 de los casi el 40% de los admitidos se estimaron total o parcialmente). Abogamos desde aquí, como se propondrá en el último epígrafe de este trabajo, por la extensión del recurso especial a todos los contratos, medida que favorecería la transparencia y legalidad y que beneficiaría especialmente a las pequeñas y medianas empresas, que suelen optar a contratos que por su cuantía tienen vedado el recurso especial.

En todo caso, esta fase de alegaciones no impide que los interesados utilicen posteriormente o alternativamente los recursos administrativos o judiciales, pero podría servir apelar su falta de buena fe a la hora de una posible indemnización si finalmente se estimase su recurso.

Por lo tanto, se propone facilitar a todos los licitadores la posibilidad de instar a la Mesa de contratación la resolución de incidencias durante sus actuaciones que puedan condicionar la adjudicación del contrato en su perjuicio. A tal efecto, y sin perjuicio de los recursos administrativos y/o especial en materia de contratación que correspondan, se propone abrir un periodo de tres días hábiles para que cualquier interesado puede formular alegaciones a las actuaciones de las Mesas de contratación, a cuyo efecto se harán públicas éstas, sus actas y los informes de que motivan sus acuerdos a través del perfil de contratante del órgano de contratación.

C. FASE DE EJECUCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

⁵⁷⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “*El Derecho Administrativo Europeo*”, IAAP, Sevilla, 2005, p. 163.

⁵⁸⁰ RTACRC 388/2014. La lectura de las puntuaciones obtenidas en los criterios dependientes de un juicio de valor y la apertura del sobre nº 3 son meros actos de trámite, no recurribles, toda vez que no determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos del recurrente

Asegurar la correcta ejecución del contrato resulta esencial para garantizar la eficiencia del gasto público, en la consecución de la satisfacción de las necesidades que se tratan de cubrir con el contrato, y también para que el principio de transparencia, en su vertiente de igualdad de trato, no se vea finalmente vulnerado al no ejecutarse lo contratado en las condiciones en las que fue adjudicado.

El principio de transparencia despliega sus efectos más allá de la adjudicación de los contratos, y solo se verá adecuadamente satisfecho si el adjudicatario cumple fiel y puntualmente las obligaciones comprometidas en el contrato. Y los datos referentes a la correcta ejecución de los contratos han de ser luego objeto de publicación en aplicación de esa transparencia formal, que así ofrecerá a los ciudadanos, un conocimiento preciso y veraz de la actividad contractual pública y podrá ser verdaderamente útil para evaluar y se planificar la gestión pública.

En relación con el cumplimiento correcto de la ejecución de los contratos, J. M. GIMENO FELIU⁵⁸¹ reclama al legislador una regulación adecuada de esta fase de los contratos: *“La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una «visión completa» de todas las fases del contrato (y la propuesta de Directiva fija ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución)”*.

En esta línea, las nuevas Directivas sobre contratación pública regulan por primera vez con cierto detalles aspectos concretos de la ejecución de los contratos. La Directiva de contratación 2014/24 dedica su capítulo IV del título II a la ejecución del contrato, y regula en su artículo 70 las “Condiciones de ejecución del contrato (art. 70); la subcontratación (art. 71); la modificación de los contratos durante su vigencia (art. 72); y la rescisión de contratos (art. 73). La Directiva de concesiones regula estas cuestiones en su título II, mientras que la Directiva 2014/25 no las aborda. Esta regulación (limitada) de la fase la fase de ejecución de los contratos en ha venido precedida de una abundantísima jurisprudencia del TJUE que considera que el principio de igualdad de trato y transparencia se veía vulnera por una modificación de los contratos después de su adjudicación, cuestión que analizamos en el apartado C.2⁵⁸².

⁵⁸¹ GIMENO FELIÚ, José María, “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”. Publicada en la Revista española de Derecho Administrativo nº 159/2013, Editorial Civitas, SA.

⁵⁸² Por citar aquí solo alguna de las STJUE más significativas en relación a las modificaciones contractuales, la STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, *Succhi di Frutta y la STGUE*, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España.

La regulación de la ejecución de los contratos no la hace exclusivamente la Ley, sino que cada órgano de contratación en cada contrato articula unas cláusulas específicas que completan y precisan para cada contrato las forzosamente más genéricas disposiciones del legislador. Por ello resulta imprescindible precisar en los pliegos las condiciones de la ejecución y los derechos y obligaciones de las partes durante la ejecución y extinción del contrato, y dotar en los pliegos al órgano de contratación de mecanismo efectivos para compeler al adjudicatario al estricto cumplimiento de lo pactado y, en caso contrario, imponer de medidas de reacción eficientes.

Pero la regulación por sí sola no es suficiente para garantizar la eficiencia en la fase de ejecución de los contratos, para asegurar que estos se cumplen en las condiciones acordadas. Resulta imprescindible realizar un adecuado control material de la ejecución efectiva. Control que ha de realizarse puntualmente por el responsable del contrato (director de obra en estos contratos), y por la Intervención en la recepción de los contratos. Solo así habrá sido útil lo regulado y se podrá asegurar la satisfacción de finalidad para la que los contratos son concertados.

En este sentido el Tribunal de Cuentas recomienda en sus informes *“extremar las medidas para que la ejecución de los contratos se ajuste a lo pactado”*⁵⁸³. Reitera en sus últimos informes la necesidad de un mayor rigor en las fases de preparación y ejecución de los contratos, pues considera que *“esto redundará en la mejora de la economía y en la eficacia de la gestión de los recursos públicos destinados a la contratación, así como en beneficio de los principios de igualdad, transparencia y objetividad que han de presidir la contratación administrativa”* (informe 1046, de 24 de julio de 2014⁵⁸⁴).

Extremar el rigor en el control material de lo ejecutado resulta imprescindible, puesto que en esta fase muchas actuaciones pueden quedar solo en manos del adjudicatario y un responsable designado por el órgano de contratación, y no tener reflejo en los documentos del expediente, que será lo que vean los órganos de fiscalización externos y, en su caso, los Tribunales. Se ha de aplicar el foco de la transparencia pues también a esa “zona oscura” de la ejecución material, para que, con una comprobación material efectiva, los encargados de ejecutar y controlar la

⁵⁸³ Tribunal de Cuentas Informe nº 1011, de 23 de diciembre de 2013 Fiscalización de la contratación celebradas durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que, de acuerdo con La Ley de contratos del sector público, tienen la consideración de administraciones públicas. Informe 1022 de 20 de febrero de 2014 Fiscalización incidencia en la contratación 2012 ejecución de contratos EELL de CCAA sin órgano de control externo.

⁵⁸⁴ El informe del Tribunal de Cuentas 1010 de 28 de noviembre de 2013, o los ya citados del nº 1046, de 24 de julio de 2014; 1022 de 20 de febrero de 2014; entre otros muchos.

ejecución de los contratos, externen las cautelas para que lo ejecutado se corresponda fielmente en cantidad, calidad, precio y plazo a lo contratado.

Se abordan a continuación una serie de medidas para tratar de lograr el objetivo de una ejecución contractual que cumpla esos requisitos. Y también para conjugar los derechos de información con la confidencialidad de determinados aspectos de las ofertas y la protección de datos de carácter personal que se puedan manejar durante la tramitación y ejecución del contrato.

C.1. Control material de la ejecución. Generalización de la figura del responsable municipal de contrato y regulación de sus actuaciones

La Ley de contratos del Sector Público del año 2007 introdujo en su artículo 41 una nueva figura en la gestión de los contrato, el “responsable del contrato”, institución de perfiles no del todo definidos, que denota el interés del legislador por que se realice un mayor control en la ejecución de los contratos y solucionar las incidencia que puedan surgir en esa fase: *“para reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las diversas incidencias que pueden surgir durante su ejecución”*, que decía la exposición de motivos de la LCSP, punto 4. Esta regulación se ha incorporado de manera literal al artículo 52 del TRLCSP, pero presenta dos cambios muy significativos en el ALCSP, que regula esta figura en su artículo 62⁵⁸⁵.

El responsable del contrato es la persona o entidad (*“persona física o jurídica”* dice el artículo 52.1 *in fine* del TRLCSP, como el 62 del ALCSP) encargada de supervisar la ejecución del contrato, adoptar las decisiones oportunas para tratar de asegurar la correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato en los términos de éste y dictar las instrucciones necesarias a tal fin, así como asistir a la recepción de los ejecutado. A esas instrucciones se refiere de nuevo el artículo 230 del TRLCSP para el contrato de obras y el 309 del ALCSP para el contrato de suministros (l ALCSP ya no se refiere al responsable del contrato en obras, pues como se ha visto, esa función se reserva allí al Director Facultativo de la obra). Entre las medidas que puede adoptar está la de proponer penalidades cuando el contrato se está ejecutando defectuosamente (art. 212.8 TRLCSP, 192.2 ALCSP). No obstante, como señala I. GALLEGO CÓRCOLES, es un figura de “contornos

⁵⁸⁵ ALCSP, art. 62. *“1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.*

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 235 a 244.”

imprecisos”, con la que quizá el legislador haya pensado en incorporar a la contratación pública técnicas gerenciales privadas como la de “director del proyecto”⁵⁸⁶, si bien en ese caso, como apunta la citada profesora, debería haberse apostado por permitir la intervención de esta figura también en la fase de preparación del contrato, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano⁵⁸⁷.

En el ALCSP (versión de marzo de 2015, no figuraba en la versión de enero) se amplía la posibilidad de realizar esas funciones a una «*unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato*» designada en los pliegos. En los contratos de obras se atribuye la función de responsable del contrato, al Director de la obra, si bien nada parece impedir que pueda existir también en estos casos una unidad administrativa que realice un seguimiento y control administrativo de la ejecución del contrato, enlazando las actuaciones del Director de obras con las decisiones que ha de adoptar el órgano de contratación⁵⁸⁸.

El responsable del contrato es una figura potestativa (“podrán designar”) que el órgano de contratación decidirá nombrar o no en cada contrato, en función de la necesidad de realizar un control de la ejecución de un contrato a la vista de las características o dificultades de ejecución. Se podrá designar una vez que se haya adjudicado el contrato si no se hizo al probar el expediente de contratación, pues nada dice la Ley de en qué momento se ha de nombrar y sus funciones se desarrollan en esa fase. Aunque el artículo 62 del ALCSP establece que la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, figure en los pliegos, entendemos que nada impide que se nombre en un momento posterior si no se hizo en el PCAP, pues su actuación no añade al adjudicatario obligación alguna nueva para que pueda entenderse que su designación posterior suponga un modificación sustancial del contrato, simplemente se trata de concretar que el órgano administrativo ha de realizar las obligadas funciones de control de la ejecución del contrato que corresponden al órgano de contratación.

Pese a este carácter potestativo, su importancia para garantizar la correcta ejecución de los contratos se ha puesto de manifiesto en más de una ocasión por el Tribunal de Cuentas. Así, en Resolución de 10 de marzo de 2015, aprobada por la

⁵⁸⁶ Así lo ven FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y CASTRO PASCUAL, José María, en el artículo “La gestión integrada de proyectos y la nueva ley de contratos del sector público”, publicado en la Revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial, editada por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía –Nº 7 (III/2008) 2008-09-25–. http://infodigital.opandalucia.es/bvial/bitstream/10326/19/1/reflexiones_7_completo.pdf

⁵⁸⁷ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en el comentario del artículo 52 del TRLCSP en el libro “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013; págs. 327-328.

⁵⁸⁸ Las facultades del Director de obra se recogen especialmente en el pliego de cláusulas administrativas generales del contrato de obras aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (cláusula 4).

Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización sobre contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por Departamentos Ministeriales y Organismos del Área de la Administración Económica del Estado, ejercicios 2010, 2011 y 2012, se acuerda instar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a *“Designar un responsable del contrato a efectos de la debida supervisión de su ejecución para asegurar la correcta realización de la prestación pactada y de su facturación”*.

Es necesario que el órgano de contratación defina las funciones del responsable del contrato o unidad de control de la ejecución, especialmente si han de coexistir con las de otros técnicos (Director de obra en el TRLCSP, unidad de seguimiento en el ALCSL), pues la ley señala que realizará su trabajo *“dentro del ámbito de facultades que aquéllos -los órganos de contratación- le atribuyan”*. Estas funciones pueden ser de tipo “administrativo” si no hay una unidad administrativa encargado del seguimiento de la ejecución del contrato, pero también de actuación “material”, pues puede *“adoptar decisiones y adoptar instrucciones”* (la diferencia terminológica de la Ley tal vez quiera suponer que serán verbales en el primer caso y escritas en el segundo). En todo caso ambas figuras pueden convivir con la legislación actual, reconociendo a I. GALLEGO CÓRCOLES que existiría una “primacía” del Director del contrato (responsable del contrato) sobre el director facultativo y el Delegado del contratista⁵⁸⁹.

Como se ha señalado, en los contratos de obras no podrá mantenerse un Director de obra y un responsable del contrato, como permite el actual artículo 52. TRLCSP, aunque sí, como se acaba de exponer, la unidad de supervisión, que se encargaría de un trabajo más administrativo, gestionado las actuaciones del Director de obra (certificaciones, propuesta de penalizaciones o modificaciones...). Algún autor había cuestionado la virtualidad de mantener en el contrato de obras las dos figuras de responsable y director, como D. CUADRADO ZULOAGA⁵⁹⁰, que consideraba que la cohabitación de ambas figuras en este contrato podía provocar una duplicidad de funciones, generando confusión, interferencias competenciales, y una ralentización en la toma de decisiones correspondiente a la función supervisora. Sin embargo, como ha apuntado A. RUIZ DE CASTAÑEDA, la falta de control efectivo por parte de los Directores de obra, con constantes modificados y liquidaciones, siempre en favor del adjudicatario, es lo que habría llevado al legislador a crear la figura del responsable del contrato⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en el citado libro “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor. La Ley, pág. 330.

⁵⁹⁰ CUADRADO ZULOAGA, Daniel, “La figura del responsable del contrato en la ejecución de obras públicas”, publicado en la revista Actualidad administrativa, N° 3, 2009.

⁵⁹¹ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, Alfonso, :
<http://www.contratacionpublicacp.com/forum/topics/responsable-del-contrato-direcci-n-de-obra?commentId=5042224%3AComment%3A47401>

En cuanto a la necesidad o no de titulación para el responsable del contrato, el IJCCA de Baleares1/08, de 4 de marzo de 2008, entiende que en los contratos distintos al de obras, donde la normativa específica exige la titulación correspondiente, la normativa en materia de contratación no exige que el director del contrato tenga obligatoriamente una titulación o cualificación técnica específica de acuerdo con la naturaleza del contrato; no obstante, el órgano de contratación, en el ejercicio de su potestad administrativa y atendiendo al objeto del contrato, puede establecer en los pliegos que el director del contrato tenga una titulación específica o una cualificación técnica concreta. Considera también que los órganos directivos de la Administración pueden ejercer las funciones propias de la dirección de los contratos públicos, dado que se trata de una potestad atribuida al órgano de contratación, el cual puede ejercer estas funciones directamente o de designar un director del contrato, órgano directivo o no, funcionario o no, todo ello sin perjuicio de las funciones legalmente reservadas al director de la obra en el contrato de obras.

Esta afirmación del órgano consultivo balear nos parece que ha de ser matizada, como la propia previsión del párrafo final del artículo 52.1 del TRLCSP, en cuanto a si realmente el responsable del contrato puede ser “una persona jurídica”, o una “persona física” ajena a la entidad contratante o cualquier empleado del órgano de contratación. Ciertamente así se señala de manera literal tanto en el TRLCSP como en el ALCSP, y ha sido admitido sin cuestionamiento por la doctrina (así GIMENO FELIU⁵⁹²) y en la práctica. Sin embargo nos cuestionamos esta posibilidad, dado que el responsable del contrato puede realizar funciones que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los funcionarios públicos (dictar instrucciones o proponer penalidades, por ejemplo).

A este respecto, el IJCAE 14/10, de 23 de julio de 2010 precisa que *“debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada”*. El artículo 301.1 TRLCSP (art. 17 del ALCSP) establece que *“no pueden ser objeto de un contrato de servicios la prestación de servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”* (ni como contrato de gestión de servicios públicos (art. 275.1 del TRLCSP, art. 282.2

⁵⁹² GIMENO FELIU, José María, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, revista española de Derecho Administrativo nº 159/2013, Editorial Civitas, al aludir a la coordinación en los contratos con lotes *“debería recurrirse a la figura del responsable del contrato (más bien del proyecto o Project Manager), licitando el oportuno contrato cuando dicha persona (física o jurídica) no se encuentre integrada en la estructura orgánica del Ente adjudicador”*.

ALCSP)⁵⁹³. Además, el apartado 2 del artículo 9 del TREBEP (RDL 5/2015, de 30 de octubre) establece que: *“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. En aplicación de la prohibición de contratación la sentencia del TSJ de Castilla y León 947/2007, de 22 de mayo de 2007 (rec. 291/2003), que anula un contrato de servicios en el que se encomienda a una empresa determinadas tareas administrativas complementarias del servicio de recaudación, considera que todas las funciones de ese servicio implican ejercicio de autoridad que debe ser ejercido por funcionarios públicos. En la misma línea, el Informe nº 959 de 20 de diciembre de 2012 del Tribunal de Cuentas de fiscalización del sector público local 2010 cuestiona un contrato de servicios complementarios a la función recaudatoria del Ayuntamiento de Santander⁵⁹⁴.

En conclusión, se considera necesario para tratar de asegurar una correcta ejecución de los contratos, que el órgano de contratación designe un funcionario o unidad administrativa (dotada por funcionarios) a los que atribuya funciones concretas para controlar que la ejecución de los contratos se ajusta en calidad, plazos y demás condiciones a los contratados, y que efectivamente realice un control material y formal de los contratos. De esta manera se contribuye tanto a garantizar la eficiencia y sostenibilidad de la inversión pública como a asegurar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la fase de ejecución de los contratos.

C.2. Regulación precisa e interpretación restrictiva de las modificaciones de los contratos.

Las modificaciones de los contratos después de su adjudicación han sido consideradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un quebranto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia,

⁵⁹³ Pese a que la exposición de motivos de la LCSP (punto 4) alude expresamente a la posibilidad de contratar al responsable del contrato mediante un contrato de servicios: *“vinculada con el mismo a través del oportuno contrato de servicios”*.

⁵⁹⁴ Informe del Tribunal de cuentas 959, págs. 133-134. Puede verse sobre esta cuestión el artículo *“Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”*, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* nº 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2015, Ref. 1110/2015, pág. 1110, Editorial La Ley. En este sentido, La Ley 1/2015, de 1 de abril de 2015, de garantía de calidad de servicios públicos y de buena administración de Galicia, al regular en su artículo 36 las modalidades de gestión de los servicios públicos, señala al referirse en su apartado c) a la gestión indirecta del servicio público mediante contrato, que *“sólo se podrán gestionar a través de esta modalidad aquellos servicios que sean susceptibles de explotación por parte de particulares y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

principios que informan la contratación pública en la EU, que derivan directamente de las libertades que consagra el TFUE.. Una modificación que no respete estrictamente las limitaciones marcadas por la jurisprudencia del TJUE supone una vulneración del principio de transparencia en cuanto que cualquier otro licitador podría haber presentado una oferta diferente de haber sido conocedor de esa posibilidad de modificación del contrato. Además, las modificaciones de los contratos que supongan, como suele ser habitual, un incremento del gasto, han de ser escrupulosamente analizadas desde el punto de vista de la eficiencia, pues ese aumento de gasto no ha sido sometido al filtro del mercado. Como ha destacado F. J. VÁZQUEZ MATILLA, la modificación de los contratos públicos es un obstáculo para la transparencia y eficiencia⁵⁹⁵. Por ello han estado proscritas, lo que no parece claro es por cuánto tiempo lo seguirán estando, al avista de la nueva regulación de las Directivas comunitarias de 2014.

La regulación de la modificación de los contratos parece inmersa en un vaivén pendular, ya que la regulación de las nuevas Directivas sobre contratación pública, y por lo tanto su regulación en la nueva ley de contratos que las transponga, da un giro de más ciento ochenta grados con respecto a la restrictiva regulación que en el TRLCSP introdujo la Ley de Economía Sostenible en el año 2011 para cumplir el mandato de la Comisión Europea. La propia regulación de las Directivas 2014/23 y 2014/24 incluso difiere sensiblemente de la que se preveía en los proyectos aprobados en el año 2011⁵⁹⁶. Finalmente el legislador comunitario ha dictado una ampulosa, imprecisa y muy abierta regulación de las modificaciones contractuales que, aunque ha tratado de matizar algo el legislador español, deja a mi parecer abierta las puertas a modificaciones contractuales ilimitadas. Más adelante apuntaremos, con alguna doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, si la propia legislación comunitaria es respetuosa con la doctrina consolidada del TJUE, o si podría vulnerar los principios básicos de la contratación pública que derivan de una norma de superior rango, las libertades que sientan las bases del derecho comunitario recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La modificación de los contratos, como *“una actuación específicamente dirigida a*

⁵⁹⁵ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier., titula precisamente así un artículo: “La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”. Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº especial agosto 2013, pág. 551.

⁵⁹⁶ Puede verse el considerando 40 y el artículo 72 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, Bruselas, 20.12.2011 COM (2011) 896 final texto de 20.12.2011), que mantenía la idea asentada por el TJUE de limitar las modificaciones de los contratos en su fase de ejecución. Parece que los grupos de presión que actúan ante los órganos comunitarios lograron que la excepción en el texto de 2011 se convirtiese en regla en el definitivamente aprobado en 2014. En términos similares la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM(2011) 897 final, texto de 20.12.2011),

*modificar directa y unilateralmente el objeto contractual*⁵⁹⁷, impuesta por la Administración al contratista, ha ido evolucionando desde un régimen totalmente permisivo que, quebrantando los principios generales de la contratación privada de inmutabilidad de los contratos por la voluntad de una de las partes, al amparo del principio de que *“lo inmutable es el fin de interés público que persigue la Administración”* al realizar un contrato, admitía cualquier modificación por razones de «interés público» derivadas de «causas nuevas» o «necesidades imprevistas», a un régimen que desterró cualquier modificación sustancial no prevista en el contrato por ser contraria a los principios comunitarios de igualdad de trato y transparencia; para volver a una futura regulación de nuevo muy permisiva con las modificaciones de los contratos, partiendo de la idea de buscar *“una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia”* (proyecto de Directiva de contratos de 2011, apartado 5.1”). Parece pues que renace la idea contraria a las limitaciones de las modificaciones de los contratos que han mantenido E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, para quienes *“límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidas por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias”*⁵⁹⁸. Esta idea de que en el contrato administrativo lo inmutable es el propio fin del contrato, en cuanto que con este se trata de dar satisfacción a las necesidades públicas de la entidad contratante, se reflejaba con contundencia en la STS de 11 de octubre de 1979⁵⁹⁹, mantenido posteriormente en STS como la de 13 de julio de 1992, *“El fin público que persigue la Administración ha de prevalecer en todo caso sobre las cláusulas concretas pactadas”*.

⁵⁹⁷ SOSA WAGNER, Francisco, en *“La Gestión de los Servicios Públicos Locales”*. Ed. Thomson-Cívitas. 7ª edición Madrid 2008, pág. 272.

⁵⁹⁸ En su meritado *“Curso de Derecho Administrativo”*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, edición 2011, pág. 769. Este párrafo lo han repetido en todas las ediciones anteriores de este manual.

⁵⁹⁹ Citada por MUÑOZ LÓPEZ, Enrique, en el comentario del artículo 202. Libro colectivo *“Contratación del Sector Público Local”*, Ed. El Consultor-La Ley, 2ª edición, julio 2010.

“(…) la regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante en el arrendamiento civil (contractuslex) ofrece en el administrativo la versión de la inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para la cual se instrumenta una especial potestad, la potestad variandi, habilitada no por ministerio del contrato, sino por el de La Ley, hasta el extremo de que la doctrina científica ha destacado que esta potestad merece ser aplicada con un criterio interpretativo extensivo en el campo administrativo, mientras que, por el contrario, en el civil las facultades de modificación (ius no potestas) sólo deben ser reconocidas en los casos y con el alcance expresamente previsto en el contrato y con un criterio hermenéutico restrictivo”.

Sin embargo, esta admisión casi ilimitada de modificar los contratos administrativos si alguna razón de interés público lo demanda fue evolucionado hacia una exigencia cada vez mayor de requisitos y límites, puestos de manifiesto tanto los órganos consultivos como la jurisprudencia, exigencias que, por imposición de la jurisprudencia comunitaria, han acabado formando parte de la regulación positiva del *ius variandi*⁶⁰⁰:

“(…) a través de las modificaciones no pueden ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública, por tanto, celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presente la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precios y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia o buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que posteriormente se produce”. (STSJ de Castilla y León 26-9-2003; STS de 25 de mayo de 2006).

El Consejo de Estado ha reiterado que la Administración no goza de libertad absoluta para modificar los contratos, sino que se trata de una potestad tasada que sólo puede actuarse en casos determinados (Dictámenes de 10 de enero de 1991, de 30 de julio de 1992, 215/2010, de 18 de marzo, etc.⁶⁰¹). En el Dictamen nº 5171 de 19 de abril de 1983 se expresaba ya en términos así de claros:

“los principios generales de la contratación administrativa, basados en la concurrencia general de licitadores, economía del gasto y buena ejecución de la contrata, exigen que la facultad de variación de los proyectos que tiene la Administración en los contratos por la misma celebradas, se ejerza dentro de un

⁶⁰⁰ Un análisis de los límites a las modificaciones de los contratos derivadas de la doctrina del TJCE y de nuestra propia jurisprudencia, pese a la parquedad al respecto del entonces vigente Texto Refundido de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede verse ya en el trabajo del año 2001, “Las modificaciones contractuales La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP”, publicado en la revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 3, Feb. 2001, Ref. 443/2001, págs. 443 y ss. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel.

⁶⁰¹ El Consejo de Estado recomienda proceder a una nueva licitación para evitar así que se falsee el procedimiento licitatorio cuando las modificaciones supuren ese porcentaje del 20%, ya en el Dictámenes de 30 de enero de 1969, nº 41.126 de 15 de diciembre de 1984, nº 54.473 de 8 de junio de 1.990, o de 21 de mayo de 1992, sobre el Anteproyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas afirmando que este órgano que en estos casos la regla debe ser la resolución del contrato, para evitar fraudes de ley al cerrarse el acceso a otros posibles contratistas.

Los Consejos Consultivos de las Comunidades autónomas han reiterado esta misma doctrina, como puede verse en los Dictámenes 171/10, de 23 de junio, 107/13, de 20 de marzo.

límite prudencial que no desnaturalice el objeto de la contrata y que, en otro caso, se acude a un nuevo proyecto general”.

Igualmente, la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda habla expresamente de la existencia de “límites” al ejercicio de la potestad de modificar los contratos, al menos desde el informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, recordado en muchos otros posteriores (con argumentos que repiten sin excepciones todos los informes posteriores, por ejemplo en el IJCCA 52/00 y 59/00, de 5 de marzo de 2001; IJCCA 50/03 de 12 de marzo de 2004; 59/03, 22/04, de 7 de junio de 2004; 58/04 de 12 de noviembre de 2004; 54/06, de 11 de diciembre de 2006):

“Como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/95 y 47/98) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...), la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concedores de la modificación que posteriormente se produce”.

Esta doctrina de los órganos consultivos y Tribunales españoles⁶⁰² es respaldada por una doctrina del TJUE consolidada especialmente con la STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, *Succhi di Frutta*⁶⁰³ (y mantenida en todas las ulteriores: STJUE de 22 de abril de 2010 asunto C 423/07; STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11; STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12). De acuerdo con esta doctrina, las modificaciones de los contratos en la fase de ejecución han de estar sometidas a restricciones estrictas y sólo podrán realizarse si se cumplen alguna de las dos condiciones siguientes:

- Que la modificación no afecta a ninguna «condición esencial» de la licitación. El término «condición esencial/importante» debe ser interpretado en sentido amplio, alcanzando al objeto de la licitación, los criterios de selección y

⁶⁰² También los TACP se han tenido ocasión de reclamar la aplicación la doctrina del TJUE en la regulación de la modificación de los contratos: ATACP de Aragón 44/2012, de 9 de octubre, anula un pliego para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua porque no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual

⁶⁰³ Ha analizado con detalle esta STJUE, VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, en el artículo “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y La Ley de Contratos del Sector Público”, publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, nº 143, 2009. págs. 529 y ss.

adjudicación y a cualquier modificación que, de haberse conocido en el momento de la licitación, hubiese permitido presentarse a otros licitadores, o presentar a los que concurrieron ofertas sustancialmente distintas (lo que se ha incorporado al art. 107.3.c del TRLCSP). La modificación de una condición esencial del contrato constituye un nuevo contrato en el sentido de las Directivas, por lo que requiere un nuevo procedimiento de adjudicación⁶⁰⁴.

- O que la posibilidad de realizar una modificación así como sus modalidades estén «previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación». La previsión en los pliegos y en los anuncios de la posibilidad de modificar el contrato y los detalles de esa modificación debe permitir a todos los licitadores comprender el alcance exacto e interpretarlos de la misma forma (art. 106 del TRLCSP).

De no encajar en ninguno de esos dos supuestos, la necesidad de modificar un contrato exige su resolución (indemnizando oportunamente al contratista) y adjudicar un nuevo contrato convocando para ello el correspondiente procedimiento de licitación. Y ello porque el TJUE entiende que la modificación de un contrato durante su fase de ejecución vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, principios que informan la contratación pública en la EU (artículo 2 de la Directiva 2004/18 y 18.1 de la Directiva 2014/24), y que derivan de las libertades que consagra, los Tratados de la UE (arts. 12, 43 y 49 del Tratado CE, arts. 18,49 y 56 TFUE)⁶⁰⁵. Estos principios tienen un carácter “transversal”, se aplican a todos los contratos, celebrados por cualquier poder adjudicador, y a todas las fases de los contratos⁶⁰⁶, también a la ejecución, como señala la «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo

⁶⁰⁴ Un detallado estudio de lo que la jurisprudencia comunitaria considera “«modificación sustancial» se realiza por GALLEGO CÓRCOLES, Isabel ,en el artículo citado “¿qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, publicado en la Revista Contratación Administrativa Práctica, nº 110, julio 2011, Editorial La Ley.

El IJCCA Aragón 1/2014, recuerda que “una modificación de contrato no puede variar sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada”.

⁶⁰⁵ La STJUE de 31 de enero de 2013 (modificados en el AVE Madrid-Barcelona-Francia) concreta la vinculación de las modificaciones contractuales con esos principios:

“54 En este contexto, debe señalarse que, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 120).

55 Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 121)”.

⁶⁰⁶ Incluidos los excluidos de la aplicación del TRLCSP (art. 4.2 del TRLCSP) o los privados (IJCCA 5/11, de 28 de octubre de 2011).

parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)»⁶⁰⁷. Así lo recuerda el Dictamen del Consejo de Estado 215/2010, de 18 de marzo, emitido para el proyecto de Ley de Economía Sostenible.

Pero la referencia al carácter restrictivo de la modificación de los contratos en la legislación no ha sido igual de contundente, y por lo que la Comisión Europea consideró que el régimen de modificación de los contratos que establecía la LCSP de 2007 infringía los principios comunitarios de igualdad de trato y transparencia. Por ello instó a España su modificación, y al no atender el Gobierno español este requerimiento, lo demandó ante al Tribunal de Luxemburgo⁶⁰⁸. Para evitar una condena segura a la vista de la doctrina consolidada del TJUE, se modificó la LCSP por la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011 de 4 de marzo, que incorporó a la LCSP los artículos 92 bis a 92 quinquies. Esta regulación que ha pasado al TRLCSP, es, en palabras de F. J. VÁZQUEZ MATILLA, “la más ‘restrictiva’ que ha existido en nuestro ordenamiento jurídico”⁶⁰⁹, al incorporar a nuestro derecho positivo la doctrina del TJUE sobre la modificación de los contratos, incluso ir más allá al limitar los supuestos en los que cabe plantear una modificación contractual no prevista en los pliegos (art. 107.1). La nueva regulación de la modificación de los contratos públicos (artículo 105 a 108 TRLCSP⁶¹⁰) debería hacer de la modificación una circunstancia excepcional, lo que llevó a aventurar a J. COLAS TENA que la «era del reformado» había terminado⁶¹¹.

El objetivo de esta nueva regulación es reconducir esta potestad administrativa que lamentablemente se ha convertido en regla habitual en la contratación pública

⁶⁰⁷ Esta Comunicación (2006/C 179/02) sintetiza la doctrina del TJUE sobre el alcance de los principios aplicables a todos los contratos, incluidas las concesiones de servicios: libre circulación de mercancías; el derecho de establecimiento; la libre prestación de servicios; la no discriminación; igualdad de trato, control de la imparcialidad de los procedimientos transparencia, proporcionalidad, y reconocimiento mutuo y protección judicial.

⁶⁰⁸ Mediante el Dictamen motivado de la Comisión Europea nº 2008/2014, de 14 de diciembre de 2009, IP/09/1752: la Comisión Europea primero requirió y luego demandó a España ante el TJCE el 14 de diciembre de 2009 (IP/09/1752). El 6 de abril de 2011 la Comisión cerró el procedimiento de infracción a la vista de la LES, aunque señalando que “*el nuevo régimen se someterá a un minucioso examen y estrecho seguimiento para asegurar la total compatibilidad de la nueva Ley con las normas de la UE*”.

⁶⁰⁹ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, “Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por La Ley de Economía Sostenible”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, de la editorial La Ley, nº 114, diciembre 2011, págs. 46 a 56.

⁶¹⁰ Un análisis de estos preceptos hace HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., en “Modificación de los contratos del sector público” Actualidad Administrativa, Nº 5, Mayo 2015, Ed. La Ley.

⁶¹¹ COLÁS TENA, Jesús, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en La Ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, en la revista Derecho Local, El Derecho, editorial Grupo Francis Lefebvre 01.06.2011. Idea que reitera en el artículo “La reforma de la legislación de contratos del sector público en La Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

española, hacia un mecanismo realmente excepcional que sólo opere en casos concretos y muy justificados. Porque aunque, como se ha visto, la apelación a la existencia de límites en la modificación de los contratos ha sido constante por parte de los órganos consultivos y judiciales, la práctica habitual en nuestro país ha sido modificar la inmensa mayoría de los contratos⁶¹², contraviniendo los citados principios comunitarios y falseando con ello la competencia⁶¹³, y convirtiéndose en un campo abierto hacia actuaciones siempre ineficientes y, en no pocas ocasiones, corruptas⁶¹⁴, corrupción no sólo política, sino también, y a veces exclusivamente, de técnicos. La referencia las modificaciones contractuales como “*prácticas viciosas*”, “*susceptibles de frustrar los principios de publicidad y concurrencia*” se recoge en los Dictámenes del Consejo de Estado nº 34/2007, de 1 de febrero y 215/2010, de 18 de marzo⁶¹⁵. Con la nueva regulación de la modificación de los contratos, J. M. GIMENO FELIU firmó la expresión “*la transformación del ius variandi en un contexto de eficiencia e integridad*”⁶¹⁶. Recuerda el profesor GIMENO, además de la interpretación restrictiva del ejercicio de esta potestad condicionada, que las modificaciones contractuales afectan también al principio de eficiencia en el gasto público y a su control, y “*que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas*”. Esta exigencia de “*Limitar muy estrictamente el recurso a la modificación de los contratos a fin de*

⁶¹² Un ejemplo llamativo de esta afirmación se analizó en la STGUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11 España contra la Comisión Europea, donde se analizan y declaran contrarios al derecho comunitario todas modificaciones (44) de los contratos de la “Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa”.

⁶¹³ La «Guía sobre contratación pública y competencia», editada por la Comisión Nacional de la Competencia el 7 de febrero de 2011 pone también de manifiesto esta situación. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
El Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública del Ministerio de Economía y Hacienda (2004, págs. 14-118) señala que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter definitivo de la adjudicación inicial en la medida en que el contrato que se ejecuta y sus precios no son lo ofertados, dado que mediante la “*modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que inicialmente se había pujado excesivamente a la baja*”.

⁶¹⁴ GIMENO FELIU, José María, en el artículo “La Ley de Contratos del Sector Público, ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismo de control de la corrupción en la contratación pública”, publicado en la REDA nº 147, año 2013, págs. 517 a 535.
A la relación entre las modificaciones de los contratos y la corrupción ya se aludía de manera directa en el año 2001 en el artículo “La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el Texto refundido de La Ley de contratos de las administraciones públicas”, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, El Consultor nº 3 de 15 de febrero de 2001, cit. págs. 443 a 463.

⁶¹⁵ También en el informe de Comisión de Expertos 2004 o parlamento, diario de sesiones 232 de 2-IV-1999.

⁶¹⁶ GIMENO FELIÚ, José M^a, “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013. Publicado en la web Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Señala en este trabajo la conveniencia de exigir un trámite de audiencia al resto de contratista que participaron en la licitación.

evitar las modificaciones irregulares” ha sido incluso asumida por la Comisión Mixta de las Cortes para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su Resolución de 25 de noviembre de 2014⁶¹⁷.

Para cerrar esta referencia al carácter restrictivo de las modificaciones contractuales por imperativo de los principios que rigen la contratación pública, derivados de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea, ha de recordarse la sentencia del Tribunal General Europeo, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/1, que anuló los 44 modificados de los contratos de la línea de alta velocidad Madrid-Barcelona-Francia (apartados 58 y 80)⁶¹⁸. Esta STGUE retrotrae la exigencia de aplicar los límites a las modificaciones de los contratos derivados de los principios comunitarios al momento de entrada de España en la UE:

“60. A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C 454/06, Rec. p. I 4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada)”.⁶¹⁹

Todo esta doctrina y normativa restrictiva parece que ha de mutarse con la nueva regulación que han introducido las nuevas Directivas comunitarias sobre contratos públicos y concesiones. Las Directivas de contratación anteriores no han regulado las modificaciones de los contratos, como recuerda F. J. VÁZQUEZ MATILLA, con la errónea convicción de que sólo en la preparación y adjudicación

⁶¹⁷ Aprobada en relación con el Informe de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre (Informe Tribunal de Cuentas nº 1046, de 24 de julio de 2014).

⁶¹⁸ Avalando con ello los recortes de los fondos comunitarios correspondientes que había realizado por la Comisión Europea (algo que también sucede con muchos otros contratos financiados por la UE, como reconocía ya la Circular 1/2007, de 31 de enero de 2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Mº de Economía y Hacienda, sobre certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos del FEDER y del FONDO DE COHESIÓN y la Circular 1/2012, de 29 de mayo, de la Dirección General de fondos comunitarios del Ministerio de Hacienda y administraciones Públicas, sobre “Subvencionalidad de los pagos que se deriven de modificaciones de los contratos públicos”, aplica a las modificaciones contractuales anteriores a la nueva regulación que de esta institución introdujo la LES, la doctrina del TJUE.

⁶¹⁹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, comenta al hilo de esta STGUE que “Desalienta leer una sentencia en la que se ponen de manifiesto tantas incorrecciones en los procedimientos de contratación (...) la sensación es que se sigue abusando de las malas prácticas de reformados y modificados, quebrando la igualdad entre los contratistas y la transparencia mínima de la buena actuación pública”. En el artículo ¿Reformamos los reformados?, publicado en el blog de EsPublico, el 11/02/13. <http://administracionpublica.com/los-reformados/>.

de los contratos se encuentran los problemas para garantizar la transparencia e la igualdad de trato de todas las empresas y profesionales que pueden concurrir a una licitación en cualquier país de la UE, cuando todas las garantías en esas fases pueden carecer de valor “*si en la fase más relevante del contrato, su propia ejecución, se desvirtúa todo*”; de ahí que la jurisprudencia comunitaria haya ido poniendo “*serios límites a la modificación contractual en la necesidad de evitar una violación ex post de las reglas originarias de la adjudicación del contrato y con ello de los principios de integridad y buena administración que debe regir la actuación de los poderes públicos*”⁶²⁰.

Esa carencia regulatoria, fue suplida por una profusa y precisa doctrina del TJUE, restrictiva de las modificaciones contractuales después de su adjudicación, pero las nuevas Directivas de contratación de 2014 dan un vuelco radical, no sólo por regular la modificación de los contratos, incluida la subjetiva, sino por hacerlo, a mi entender, de espaldas a la jurisprudencia comunitaria.

Como apunta C. CABRERA PADRÓN⁶²¹, “*la Directiva supone una significativa flexibilización sobre el rigor tradicional que los tribunales comunitarios han venido aplicando en cuanto a la admisión de los supuestos de modificación*”. Tanto la Directiva 2014/23 (art. 43) como la 2014/24 (art. 72), articulan un régimen muy permisivo de las modificaciones contractuales, como se señala ya en el considerando 107 de la Directiva de contratación, pese a la referencia que hace a la jurisprudencia del TJUE⁶²². Como señala este autor, “*sorprende sobremanera que los órganos comunitarios —la primera vez que abordan directamente la modificación contractual— optan por soluciones que claramente desbordan en*

⁶²⁰ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, en el libro “*La modificación de los contratos públicos*”, cit., págs. 63 y 64.

⁶²¹ CABRERA PADRÓN, Carlos, “Comentarios sobre la regulación de la modificación contractual contenida en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, Diario La Ley, Nº 8458, 14 de Enero de 2015, Ed. La Ley.

⁶²² Directiva 2014/24, cdo. 107: “*Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial. En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva.*

cuanto a amplitud y facilidad el régimen vigente de nuestra legislación”, y ello, como también señala, con una regulación con defectuosa sistemática y cargada de conceptos jurídicos indeterminados. Como se ha anticipado, esta regulación, similar en ambas Directivas, cambia la estructura, coloca como regla general la posibilidad de modificar los contratos y amplía los supuestos de modificaciones contractuales que establecía el proyecto de 2011, dejando en un último apartado (5) la regla, ya casi supletoria, de realizar un nuevo procedimiento cuando sea necesario modificar un contrato, y ampliando los supuestos:

- Modificaciones en los supuestos previstos de manera clara, precisa e inequívoca en el contrato.
- Obras, servicios o suministros adicionales a cargo del mismo contratistas (hasta el 50%, sucesivamente).
- Modificaciones necesarias para atender circunstancias que no se pudieron prever.
- Novación subjetiva por cambio de contratistas (salvo cesión de contrato).
- Modificaciones no sustanciales (definidas en el apartado 4).
- Modificaciones “libres”: en los contratos cuyo importe sea inferior a los umbrales de los contratos sometidos a las Directivas y la modificación sea inferior al 10% del valor inicial del contrato en los de servicios o suministros o del 15% en los de obras (precio actualizado) (art. 72.2 y 3) (en el proyecto de 2011 el porcentaje era sólo de un 5%).

Ante este nuevo régimen tan abierto de las modificaciones contractuales no podemos por menos de preguntarse dónde quedan los principios de transparencia, igualdad de trato y competencia que rigen la contratación pública, principios que, por derivar directamente del TFUE (DOUE de 9 de mayo de 2008), las Directivas no pueden eludir: igualdad de trato (art. 18 -12 TCE-); libertad de establecimiento (art. 49 -43TCE-); libre prestación de servicios (art. 56 -49 TCE-); libertad de circulación (art. 79.2.b y 202); libertad de competencia (art. 32). Compartimos el criterio de F.J. VÁZQUEZ MATILLA de que las innovaciones introducidas por las nuevas Directivas “desvirtúan” la doctrina hasta entonces existente⁶²³, consolidada reiteradamente por la doctrina del TJUE, a la que curiosamente se refiere la Directiva 2014/24 en su considerando 107, donde se plantea sólo la posibilidad de introducir modificaciones en los contratos “*que representen un cambio menor de su valor*”. Habrá que esperar si se presenta algún recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra estas Directivas por posible vulneración de las libertades del Tratado (al amparo de la previsión del artículo. 263 del TJUE), pues parece lógico pensar que si el TJUE ha venido entendiendo que la modificación de un contrato tras su adjudicación era contrario a los principios y libertades del tratado, haya dejado de ser así por la regulación de unas Directivas. Como se ha señalado, la sentencia del Tribunal General de la UE condenatoria contra España,

⁶²³ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, “*La modificación de los contratos públicos*”, cit., pág. 89.

de 31 de enero de 2013, basa el rechazo a las modificaciones contractuales en la vulneración que suponen del principio de «transparencia», en comunión con el de «igualdad de trato» (párrafos 46, 47 y 48) y lo relaciona con los derechos supraordenados del Tratado (80)⁶²⁴.

Dejando de lado esa opinión contraria al régimen tan abierto e impreciso de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas, la trasposición de las mismas por el legislador español, como señala C. CABRERA PADRÓN, debería *“establecer un régimen que permita combinar las cautelas y precauciones que la jurisprudencia comunitaria ha ido conformando, con la mayor flexibilidad y dinamismo para la búsqueda de soluciones prácticas ante obstáculos propios de la ejecución contractual, y siempre bajo el marco del interés público y la defensa del principio de publicidad, concurrencia e igualdad de trato”*.

La solución propuesta por el ALCSP, sin ser ajena a este radical cambio, es más precisa al abrir la posibilidad de modificar los contratos, y utiliza una mejor sistemática. Regula esta potestad del *ius variandi* en los artículos 201 a 205 del ALCSP, más algún precepto en contratos específicos, que reproducen la regulación del TRLCSP (arts. 240 para el contrato de obras, 253 y 260 para el de concesión de obras, y 288 para el de concesión de servicios).

El artículo 201 comienza señalando la exigencia básica de toda modificación de un contrato administrativo: ha de estar justificado en *“razones objetivas de «interés público»*”. Esta motivación es clave para controlar las modificaciones de los contratos, como seguidamente se expondrá. Este mismo precepto enumera los diferentes tipos de modificaciones contractuales: subjetivas (cesión de contratos y sucesión del contratistas); económicas (revisión de precios -y mantenimiento del equilibrio económico, que no cita el art. 201.1-); temporales (prórrogas), y objetivas, del objeto, que asume pueden ser previstas (202) o no previstas (203). Fuera de esos supuestos, si fuera necesario ejecutar el contrato de manera diferente a la pactada, deberá resolverse el contrato y celebrar otro nuevo (201.2, final- 72-5 D. de contratos y 43.5 D. de concesiones) y en ningún caso estas modificaciones podrán *“alterar la naturaleza global del contrato”* (art. 202.2, 203.2.b.2º ALCSP, requisito que también reiteran las dos Directivas).

⁶²⁴ STJUE de 31 de enero de 2013:

“80 A este respecto, como ya se ha señalado en el apartado 58 supra, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta. Además, la carga de la prueba de que las circunstancias excepcionales que justifican la excepción existen realmente recae sobre quien desee invocarlas (véase la sentencia Comisión/España, citada en el apartado 58 supra, apartado 48, y la jurisprudencia citada).”

En cuanto a las modificaciones previstas en los pliegos, recoge el artículo 202 las exigencias del artículo 106 del TRLCSP, y de los artículos 72.1.a) y d.i) de la Directiva de contratos, y 43.51.a) y d.i) de la Directiva de concesiones: formulación en el contrato de manera clara, precisa e inequívoca de todas las condiciones de la modificación.

Sobre las modificaciones no previstas en el PACP, el artículo 203 ALCSP, recoge los supuestos de las Directivas de manera mejor sistematizada y con algo más de precisión, y recuerda que la modificación se ha “*limita(r) a introducir la variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria*”. Los supuestos en los que es posible realizar una modificación no prevista en el pliego son tres:

1. realización de trabajos adicionales cuando no sea posible o económico adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes, con un límite del 50% del precio inicial, aislada o conjuntamente (limitando la Directiva, que permite alcanzar ese porcentaje en cada complementario);
2. atender circunstancias sobrevenidas e imprevisibles para una administración diligente, con el mismo límite del 50%;
3. modificaciones no sustanciales, entendiendo por tales aquellas que podrían haber dado lugar a una oferta u ofertantes distintos, las que alteren el equilibrio económico en favor del contratista (que no en favor de la Administración, como las modificaciones contractuales “a la baja”⁶²⁵), y las que no incrementen la cuantía del contrato, aislada o conjuntamente, más de un 15% en los contratos de obras ni de un 15% en el resto.

El artículo 204 recoge una previsión tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no se recoge en el TRLCSP: la obligatoriedad de la modificación para el contratista si no supera el 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, siendo necesario su conformidad por encima de ese porcentaje. El artículo 205 da unas normas mínimas del procedimiento para articular la modificación contractual, con la obligación de publicar las modificaciones en el perfil de contratante, como exigen las leyes de Transparencia (así, el art. 8 de la Ley estatal 19/2013). Estas normas han de completarse con lo que se señale en el pliego, al que remite el primer apartado del artículo 205, además del informe de Consejo de Estado o equivalente de la CCAA, cuando la modificación supere el 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, y el valor del contrato sea igual o superior a 6.000.000€(art. 189.3.b ALCSP), y siempre el informe de afección de la modificación a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 7.3 LOEPSF).

⁶²⁵ Sobre las modificaciones “a la baja” de los contratos puede verse “Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública”, de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la revista El Consultor, nº 11-12 junio 2012, págs. 1376 a 1398.

El artículo 240 del ALCSP mantiene las posibilidades de aumentos o reducciones del número de unidades de obra finalmente ejecutada frente a las proyectadas, hasta en un 10%. Pensamos que dada la ampliación de las posibilidades de modificar los contratos, este supuesto que no se contempla en las Directivas, podría eliminarse. En todo caso debería precisar si ese porcentaje es adicional o debe subsumirse en los porcentajes del 10 y 15% de las modificaciones no sustanciales o es adicional a éstos (art. 203.2.c.3º), y precisar que han de señalarse en la certificación en que se producen aunque se abone en la final (art. 160.2 RGLCAP); debería también explicitarse que para contabilizar ese porcentaje no se pueden compensar las unidades que se aumentan con las que se reducen⁶²⁶.

Con esta nueva regulación, para controlar las modificaciones de los contratos, que entendemos siguen suponiendo una alteración del principio de libre competencia, ha de ponerse el énfasis en la exigencia escrupulosa de acreditar que la cada modificación que se propone está justificada en una razón objetiva de «interés público» (que no del contratista) y que la modificación del contrato es la forma más «eficiente» desde el punto de vista fáctico, procedimental y económico de satisfacer ese interés general, y eficiencia en el gasto. Como ha enfatizado J. M. GIMENO FELIU *“la motivación o fundamentación de las decisiones modificatorias del contrato se conviertan en el principal medio de control de la legalidad y de la oportunidad del ejercicio del ius variandi”*⁶²⁷. Para extremar ese control, reclama la conveniencia de exigir un trámite de audiencia al resto de contratistas que participaron en la licitación.

El «Interés público»⁶²⁸ es el límite “inquebrantable” para poder realizar válidamente una modificación contractual, que se ha exigido en todas las regulaciones que se han ido dictando sobre la potestad del *ius variandi*, y se mantiene como se ha visto, en el ALCSP (art. 202.1)⁶²⁹. Como señala F. J. VÁZQUEZ

⁶²⁶ Siguiendo el criterio del IJCCA de Baleares 10/2003, y en contra de la interpretación que daba el IJCAE 16/2006 e IJCCA de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre,

⁶²⁷ GIMENO FELIÚ, José Mª, “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013. Cit.

⁶²⁸ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, en el comentario al artículo 219 en el Libro colectivo “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013; tomo II, pág. 1236.

⁶²⁹ Aunque es un mandato constitucional general, en materia de contratos se ha exigido en los artículos 51.1, 54 y 55 del RCCL; 127.1 del RSCL; 18 de la LCE; 102 de la LCAP; 101 del TRLCAP; 202,1 de la LCSP; 219 TRLCSP. Una noma más reciente en el tiempo que demanda igualmente esa acreditación es La Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas de Cataluña, que exige expresamente que *“las modificaciones de contratos administrativos que se realicen durante el ejercicio presupuestario 2015 derivadas de la aplicación de las medidas de estabilidad presupuestaria deben estar motivadas por razones de interés público”* (DA 3ª).

MATILLA, *“el interés público se configura como el fundamento y la justificación primordial de todo modificado, pero también, como límite”*, por lo que la inmutabilidad el contrato se referiría más que al objeto al fin que se persigue satisfacer con el contrato, es decir, al interés público que lo justifica; por lo tanto *“son las exigencias potencialmente cambiantes del interés público las que justifican los modificados”*⁶³⁰.

La referencia justificativa al interés público no puede ser una mera referencia genérica e imprecisa que todo contrato debe perseguir, sino que ha de concretarse de manera expresa cómo la modificación que se plantea, va a satisfacer mejor el específico interés público que se trata de colmar con el contrato en cuestión que lo inicialmente adjudicado. Es decir, se ha de acreditar en el expediente con carácter específico y detallado las razones de interés público que concurren y que se van a satisfacer con la modificación que pretende realizar. El Dictamen del Consejo de Estado nº 42179, de 17 de mayo de 1979, ya se exigía que el interés público esgrimido para justificar una modificación contractual, fuera *“claro, patente e indubitado”* y específicamente referido al contrato que se pretende modificar. Exigencia reiterada, por ejemplo en el Dictamen nº 46.642, de 12 de julio de 1984, citada en el Dictamen 107/13, de 20 de marzo, del Consejo Consultivo de Madrid. Como ha denunciado el Consejo de Estado, no pocas veces las modificaciones contractuales han parecido más dirigidas a colmar intereses de los contratistas que el interés general. El Dictamen del Consejo de Estado nº 214/1992, de 25 de mayo de 1992 ya ponía de manifiesto que la utilización de la potestad de modificar los contratos por parte de la Administración para garantizar la salvaguarda del interés general *“ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar de forma expresa la necesaria aceptación por su parte”*. Crítica en la que incide el Dictamen de 21 de mayo de 1993 al Anteproyecto de LCAP. La exigencia de que la modificación satisfaga un específico interés público, y que la iniciativa y el contenido de la modificación no se lo irrogue el contratista, ha sido también exigido por la JCCA en varios informes (IJCCA 42/02, de 17 de diciembre de 2002, reproducido en el 50/03, de 12 de marzo de 2004⁶³¹) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 29 de junio de 1986)⁶³².

⁶³⁰ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *“La modificación de los contratos públicos”*, cit., pág. 118.

⁶³¹ Considera que adicionar unos trasteros a unas plazas de aparcamiento subterráneo obedece al interés de la empresa y no al del Ayuntamiento (en el Gijón en ese caso).

⁶³² La STS de 29 de junio de 1986 (Arz. 6779), señala que *“(…) atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa y finalidad, no estando autorizada la Administración a ejercer el «iusvariandi» en aras a un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio o de los derechos de los demás interesados en su prestación (...)”*.

En relación con la acreditación del interés público, el Dictamen 171/10, de 23 de junio del Consejo Consultivo de Madrid analiza una interesante cuestión: la necesidad de ponderar la mejor forma de satisfacer el interés público que demanda ejecutar un contrato de manera diferente a la inicialmente pactada, mediante una modificación del contrato o con su resolución y nueva licitación. Se trata de valorar la eficiencia de no resolver el contrato y modificarlo o realizar un nuevo procedimiento de contratación garantizando los principios de publicidad y concurrencia en la contratación administrativa: *“Se ha de tener en cuenta que el tan citado interés público, sufre tanto si se mantiene el vínculo contractual, por lesión de los principios de licitación libre y pública que ha de regir la contratación administrativa, como si se opta por su ruptura en cuanto que el retraso de la obra y los perjuicios”*. Y reclama en todo caso que se depuren responsabilidades por las irregularidades apreciadas durante la ejecución y especialmente por las deficiencias en la relación del proyecto que es necesario modificar (DA 22.2 LCSP y 286 LCSP – DA 19ª.2 y 310 TRLCSP, DA 29ª y 314 ALCSP).

En conclusión con lo expuesto en relación con esta institución tan maleada de las modificaciones contractuales, se reitera la necesidad de extremar el rigor en la fase de preparación y supervisión de los documentos que definen el objeto de los contratos y prever, cuando se utilicen criterios de valoración no matemáticos, valorar la detección de deficiencias o errores en el proyecto, pliego o documento técnico correspondiente por parte de los licitadores, y su planteamiento para solventarlos sin modificar el contrato.

También puede ayudar a reducir el riesgo de la necesidad de modificar un contrato, el sometimiento a información pública de los proyectos y pliegos de los contratos, a efectos de alegaciones, durante los primeros 8 días del plazo para presentar ofertas y, en el caso de que fuesen detectados errores o deficiencias en el proyecto en esa fase, se suspendería el procedimiento de adjudicación en tanto se estudian y subsanan, pudiendo no suspenderse el procedimiento si esas deficiencias no son sustanciales a efectos de preparar las ofertas y se prorrogan los plazos para presentar ofertas, aunque se corrijan para no acarrearlas en la ejecución⁶³³.

En cuanto a la previsión de las modificaciones contractuales, se ha de asegurar su aplicación escrupulosa en garantía de un interés público específico adecuadamente acreditado, cuya satisfacción se logra de manera más eficiente mediante la modificación del contrato que con su resolución y nueva licitación,

⁶³³ Una solución similar ya se contempla en la Directiva 2014/24 y en el Anteproyecto de la nueva LCSP. El artículo 47.2 de la Directiva 2014/24 y 136.1 del Anteproyecto de la LCSP, que regulan la determinación de los plazos para presentar ofertas, establece la obligatoriedad de prorrogar los plazos cuando no se haya facilitado con la antelación suficiente la información solicitada en plazo por algún interesado, salvo que esa información tenga una importancia “desdeñable”, -“irrelevante” en la LCSP- para preparar las ofertas.

previa valoración de las consecuencias económicas y fácticas de ambas medidas. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se ha de precisar, en su caso, la manera que exige la Ley cuando será posible realizar una modificación prevista del contrato. Se ha de concretar también que cuando la modificación derive de errores en el proyecto, además de la depuración de responsabilidades al amparo de lo previsto (DA 19^a.2 y 310 TRLCSP, DA 29^a y 314 ALCSP), en los contratos de obras, el redactor del proyecto y director de obra no percibirán una retribución adicional por los trabajos de redacción y dirección del modificado. E igualmente se ha de señalar que el aumento o reducción de unidades de obras, además de indicarse en la certificación de la que se produzcan, se considerará como una modificación a efectos de la cuantía de las modificaciones de los contratos. Y además, cumplir el mandato de publicar las modificaciones contractuales una vez acordadas (en el plazo de 5 días impone el artículo 205.3 ALCSP)

C.3.-Control del mantenimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la parte que corresponda.

La aplicación incorrecta del principio de mantenimiento del equilibrio económico en los contratos concesionales, puede suponer un grave quebranto del principio de transparencia cuando conlleva un traslado a la entidad contratante de las consecuencias económicas de riesgos que legalmente correspondería asumir el concesionario. De esta manera no solo el órgano de contratación soporta unos sobrecostes del contrato que no le corresponderían, sino que además se ven burlados el resto de licitadores que vieron rechazadas sus ofertas a favor de otra que no se cumple y es indebidamente beneficiada al limitársele los riesgos de la explotación de la obra o servicio objeto de concesión.

Buena parte de la deuda de los municipios con mayor déficit deriva principalmente de una maquiavélica aplicación de este principio a favor de los intereses de los concesionarios (y de sus empleados, en la mayoría de los casos vinculados a los responsables políticos, sindicales y técnicos del Ayuntamiento contratante, y de los gerentes de los servicios por parte de las empresas). Esta realidad se hizo más visible con la publicación de las deudas de los Ayuntamientos y los Planes de ajuste que debieron elaborar por mandato del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales⁶³⁴. Esta situación ha sido posible por la acumulación de varias circunstancias: una regulación legal del principio de

⁶³⁴ Un buen ejemplo de ello han sido los Ayuntamiento de León, Jaén o Jerez de la Frontera o de San Andrés del Rabanedo (León). Sólo uno de esos contratos concesionales, mal articulado y peor gestionado, presentaba en el Ayuntamiento de León una deuda de entorno a los 50 millones de euros cuando aprobó su Plan de ajuste.

mantenimiento del equilibrio económico del contrato muy imprecisa; el desconocimiento por parte de los asesores legales de los órganos de contratación de la doctrina científica y judicial sobre este principio; unos estudios económicos que establece el beneficio empresarial en un porcentaje de los costes del servicios, especialmente el de la mano de obra, con lo que cualquier incremento de los gastos salariales reporta a la vez mayores beneficios para al concesionario; y en la mayoría de las ocasiones, la connivencia entre los concesionarios y los responsables técnicos y políticos de los órganos de contratación para aplicar el mantenimiento del equilibrio económico a favor del contratista.

También está esta irregular aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos, detrás de un dato que puso de manifiesto el Tribunal de Cuentas en su informe 1010 de 28 de noviembre de 2013«Informe de fiscalización del sector público local 2011»: el servicio de limpieza viaria de los pueblos y ciudades españolas tiene un coste medio de 18,01 euros por habitante, 16,23 euros si lo gestiona directamente el municipio y 27,83 euros -un 71% más- si el servicio lo presta una empresa a través de una concesión o concierto con la administración; en algún caso hemos constado personalmente que la diferencia es superior al 100%⁶³⁵. Es necesario por lo tanto, conocer adecuadamente la forma de manejar esta institución para evitar incurrir en esas ineficiencias y para que el contratista asuma efectivamente el riesgo de la explotación del servicio de que se trate.

Resulta por lo tanto imprescindible conocer bien el funcionamiento de este principio para que su aplicación no siga generando esas situaciones tan contrarias a la eficiencia e igualdad de trato.

⁶³⁵ De este informe se hizo eco algún periódico, pero la dedicación a esta noticia ha sido muy escasa, cuando en cierta medida desmitifica la creencia que han esforzado en difundir durante décadas, que la gestión privada es más eficiente que la pública.

El 15 de julio de 2012 el Diario de León publicaba un artículo con una comparativa en varias del coste del servicio de limpieza viaria y recogida de basuras en varias ciudades de la Comunidad de Castilla y León, señalando que el coste del servicio en León (con gestión indirecta) era más del doble que en Valladolid (con gestión directa, y además con un certificado de calidad que se renueva cada año tras la correspondiente autorización externa independiente): León 145,73€ por habitante y año, Valladolid 67,37€. Una indebida aplicación del principio del mantenimiento de equilibrio económico por parte del Ayuntamiento de León fue incrementado los costes del servicios, especialmente los de personal, que en era casi tres veces superiores a los del personal municipal de la misma categoría. Y ello porque el Ayuntamiento asumía los convenios colectivos que la empresa pactaba con los trabajadores, como “riesgo imprevisible” de la empresa, convenio que en alguna ocasión previó incrementos salariales de hasta el 60%. El municipio vecino de San Andrés del Rabanedo copiaba este modelo de gestión y decisiones. En ambos casos, los “trabajadores” del servicio tenían relaciones personales o políticas con directivos de la empresa adjudicataria y de los ediles de los Ayuntamientos. Finalmente, ambos Ayuntamientos acabaron asumiendo la gestión directa del servicios, pero con el personal del concesionario y su convenio, otra burla al ordenamiento jurídico.

a. CONFIGURACIÓN DOCTRINAL DEL PRINCIPIO DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Se entiende por «equilibrio económico» de un contrato la situación de equivalencia entre los derechos y obligaciones que el contratista asume, estableciendo una ecuación financiera que permita asumir los costes que exige la correcta ejecución del contrato, la amortización de las inversiones necesarias para esa ejecución y un margen normal de beneficio industrial. El mantenimiento de esta situación de honesta equivalencia entre lo que se exige y lo que se concede al contratista a lo largo de la vida del contrato es en nuestro ordenamiento jurídico un principio general de derecho necesario, predicable y exigible en todos los contratos de gestión de servicios públicos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, definible por lo tanto en abstracto sólo mediante una referencia a otros términos en cierta medida también imprecisos, como la “honesta equivalencia de prestaciones” o “la compensación entre las ventajas y obligaciones de las partes”, pero precisable en cada caso real en las cifras que determinan los costes e ingresos de la explotación, en el estudio económico financiero que constituye las bases comerciales del contrato. El mantenimiento de esa situación equilibrada durante el plazo de vigencia del contrato es un derecho y un deber para ambas partes de la relación contractual. La STS de 21 de febrero de 1998 (Arz. 1401) recoge la referencia a este concepto en los términos expuestos con las siguientes palabras:

“(…) Es cierto que los Tribunales de esta Jurisdicción pueden, e incluso deben, llenar, en casos como el presente, el concepto jurídico indeterminado en que la expresión “equilibrio económico-financiero” de la concesión consiste para alcanzar el único significado, el real, que a la misma cabe atribuirle y que no puede ser otro, como entendió ya el Consejo de Estado Francés en su ejemplar Arret de 11 de marzo de 1910 –“Cie. Française des Trammways”- que la búsqueda, en la medida de lo posible, de “una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas”, ventajas y obligaciones que “deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles”, pues “ en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige”, que “es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.(…)”.

Doctrinalmente es generalizada la idea de que este principio tiene su configuración en el derecho administrativo francés⁶³⁶ a principios del siglo XX,

⁶³⁶ En el campo Civil sus antecedentes son tan remotos como esta rama del Derecho, pues trae causa de principios de derecho natural de configuración romana (Ulpiano, Africano) “*rebus sic stantibus*”, como recuerda PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español”, Ed. Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1963, pp. 225.

singularmente en dos pronunciamientos del Consejo de Estado⁶³⁷ de este país: Arrêt del Conseil d'Etat de 11 de marzo de 1910 (Cie Française de Trammways) y de 30 de marzo de 1916 (caso del gas de Burdeos), de referencia obligatoria cuando se aborda este tema. Las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos se habían concebido inicialmente a “riesgo y ventura” de los contratistas (“*a ses risques et périls*”), dejando a cargo del concesionario el “aleas” de la explotación y retribuyéndose éste exclusivamente con cargo a las tarifas de los usuarios. Pero este planteamiento inicial va a chocar con acontecimientos que van a afectar a la vida de estos contratos, fundamentalmente a su régimen económico, acontecimientos que precisamente por la larga duración de estos contratos no era posible prever en el momento de su nacimiento. Fue la I Guerra Mundial la que marcó la inflexión en este planteamiento, pues va a incidir de tal manera en los precios de los bienes de los que depende la concesión que hace inviable la economía del servicio al no poder cubrirse los costes de explotación con las tarifas vigentes⁶³⁸. De este conflicto extrae el Consejo de Estado francés unas conclusiones que dan origen una nueva concepción de la relación económica de la concesión, partiendo de que la continuación del servicio es una exigencia del interés general. El mantenimiento del servicio público se eleva a la categoría de principio básico de la relación concesional⁶³⁹, rompiendo con el anterior de “rigidez del contrato” a favor de una mutabilidad contractual con el objetivo de hacer viable la ejecución del servicio que es su objeto. Se destaca la idea del “contratista colaborador” de la Administración en la prestación de servicios públicos y la necesidad de “*buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que el son impuestas*”⁶⁴⁰. Por ello, concluyen los pronunciamientos citados del Consejo de Estado francés, se debe indemnizar al concesionario frente a “aleas” extraordinarios imprevistos de manera que esas circunstancias extracontractuales no determinen la ruina de la concesión y en consecuencia el abandono del servicio.

⁶³⁷ A la doctrina del Consejo de Estado Francés hacen referencia expresa nuestros Tribunales en multitud de pronunciamientos: STS de 21-II-1999 (Arz. 1401); de 21-II-1998 (Arz. 1401); de 13-XI-1986 (Arz. 8072); de 24-IV-1985 (Arz. 2229); de 23-XII-1981 (Arz. 5395); etc. Y los postulados de estos pronunciamientos están presentes en muchos de los pronunciamientos judiciales que abordan esta cuestión y son una cita obligada en toda la doctrina que aborda esta cuestión.

⁶³⁸ La ocupación por Alemania de las regiones francesas de Alsacia y Lorena, de donde se extraía el carbón con el que se producía el gas que iluminaba la ciudad de Burdeos, hizo que se disparase el precio del mismo, llevando a la empresa que prestaba el servicio a una situación económica insostenible.

⁶³⁹ En este sentido, la STS de 11-VI-1986 (Arz. 6768) señalaba que “*el mantenimiento e intangibilidad del servicio es principio básico de toda relación concesional*”; otras sentencias, en el mismo sentido, hablan de asegurar el mantenimiento del servicio público en circunstancias normales y la continuidad en su prestación, preservar el servicio y su buen funcionamiento: STS de 13-XI-1980 (Arz. 4492); STS de 16-III-1981 (Arz. 1277); STS de 2-II-1982 (Arz.1619); STS de 14-III-1985 (Arz. 1592); 11-VI-1986 (Arz. 6768); 2-XII-1988 (Arz. 9541); 21-I-1991 (Arz.548); 29-VI-1990 (Arz. 5754); etc.

⁶⁴⁰ Del Arrêt del Conseil d'Etat de 11-III-1910.

Del principio de “riesgo y ventura” se pasa así al de “cobertura suficiente” en el orden económico, de mantenimiento de la ecuación financiera del contrato⁶⁴¹.

El origen francés de esta institución ha sido en parte matizado por S. MUÑOZ MACHADO⁶⁴², J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ⁶⁴³, que ve un claro antecedente español de esta doctrina en el Real Decreto del Consejo Real de 12 de julio de 1849 (publicado en la Gaceta de Madrid del 5 de agosto), sobre un pleito en relación con la concesión del Pontazgo de Soncillo, en la carretera Madrid-Santander. Efectivamente en este antecedente de los informes del Consejo de Estado, rechaza una reclamación del concesionario de una rebaja en su canon anual, el Consejo Real aprecia que *“así como no se le pediría aumento del arriendo por excesiva que fuese la ganancia que tuviera, así también quedaba sujeto a sufrir las pérdidas que se le pudiesen ocasionar (...) (y) no aparecía comprobada la gran disminución que suponía haber tenido los ingresos del referido portazgo”*. El Consejo de Estado cita en ocasiones este precedente, como en el Dictamen 1075/2001, de 26 de julio de 2001 o en el 3348/ 2002, de 13 de marzo de 2003.

Este planteamiento de la relación concesional que hace pivotar todo el contrato sobre la base del «mantenimiento del equilibrio económico» se recoge en nuestro ordenamiento jurídico con especial intensidad en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, donde se regula en los arts. 126.2.b; 127.2.2ª; 128.3.2ª; 129.5 y 152.3. La regulación en la legislación estatal de contratos es menos detallada, tanto en los artículos 258 y 282 del TRLCSP como en los previstos artículos 268 y 288 del ALCSP. Estos preceptos consagran que la relación económica de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública está presidida por el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, principio que se viene utilizando como mecanismo de garantía constante del contratista ante cualquier

⁶⁴¹ Sobre esta cuestión resultan imprescindibles los libros *“Tratado de derecho municipal”* Ed. Iustel, Madrid 2011, 3ª Edición, dirigida por MUÑOZ MACHADO, Santiago, abordando esta cuestión MESTRE DELGADO, Juan Francisco, págs. 2132 y ss; *“La gestión de los servicios públicos locales”*, SOSA WAGNER, Francisco, Ed. Cívitas, Madrid 2008 (7ª edición) 272 a 284. “Las tarifas de los servicios públicos”, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Sevilla 1976, pág. 42. *“Curso de Derecho Administrativo”* de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Tomo, I, Editorial Civitas-Thomson Reuters 2011, 9ª edición, pág. 777 a 782. CASARES MARCOS, Ana Belén, “Equilibrio económico”, en *“Los principios jurídicos de Derecho Administrativo”*, dir. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Ley, Las Rozas, 2010.

⁶⁴² Dictamen emitido para el concesionario de la obra pública de “Aparcamiento subterráneo de vehículos sito en el complejo hospitalario de la ciudad de León”, en el que fundamenta el adjudicatario una “Reclamación de responsabilidad patrimonial, y subsidiariamente mantenimiento del equilibrio económico de la concesión”, presentando en el Ayuntamiento de León el día 23 de diciembre de 2010.

⁶⁴³ PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, Capítulo 11 El equilibrio económico de los contratos públicos, del libro Observatorio de contratos públicos 2011 coord. por Ángel Bernal Blay; Gimeno Feliú (dir.), Editorial Cívitas 2012, págs. 515-580.

contingencia que pueda suponer una merma de ingresos o un incrementos de gastos para éste. En cuanto a su aplicación general, se trata de un principio de derecho necesario supraordenado a las partes, exigido por la Ley y por lo tanto aplicable aunque el pliego de condiciones no lo reconozca, un derecho para el concesionario y un deber para la Administración⁶⁴⁴, declarando los Tribunales nulas las cláusulas contractuales que lo nieguen⁶⁴⁵.

La obligada coordinación del principio de riesgo y ventura con el de restablecimiento del equilibrio económico en los contratos concesionales.

En una interpretación que se podría calificar de “maquiavélica” de este principio, se olvida de que todo contrato público está también presidido por en su ejecución por el principio de «riesgo y ventura» del contratista (art. 215 TRLCSP, 195 ALCSP): *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”*. Riesgo y ventura que va conectado a la capacidad gestora del concesionario, que no puede eludir sus responsabilidades cuando una deficiente gestión es la responsable del desequilibrio económico de la concesión. A este requisito de la buena gestión aluden expresamente los artículos 129.3 y 4 y 152.3 del RSCL y de manera constante la jurisprudencia (STS de 21 de octubre de 1981; 14 de diciembre de 1989; 8 de octubre de 1991; 6 de octubre 1992, Arz. 7763, 11 de febrero de 1998; 22 de noviembre de 2001).

La doctrina legal y jurisprudencial insisten en que ambos principios han de intervenir con igual intensidad en la relación económica contractual de la gestión de servicios públicos, aunque ni legal ni doctrinalmente se ha desarrollado de manera precisa un sistema que materialice esa convivencia. Sí es unánime la afirmación de que en los contratos concesionales han de operar simultáneamente los principios de “riesgo y ventura” y “mantenimiento del equilibrio económico”⁶⁴⁶,

⁶⁴⁴ En palabras de BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manuel, en el *“Manual de Gestión de los Servicios Públicos Locales”*, Edit. El Consultor, 2005, pág. 365.

⁶⁴⁵ STS de 3-I-1985 (Arz. 2589); 11-VII-1986 (Arz. 6768); 20-XII-1986 (Arz. 1175\1987); 23-X-1989 (Arz. 7473); 25-VI-1997 (Arz. 3939); 12-II-1998 (Arz. 1208). La STS de 30 de mayo de 1999, (Ar. 5094) que *«también ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (...) el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones como principio básico de toda figura concesional (...) siendo nulas aquellas cláusulas que estableciesen la irreversibilidad de las retribuciones de los concesionarios durante el transcurso de la concesión»*.

⁶⁴⁶ La STS de 30 de abril de 1999, define el principio de riesgo y ventura del contratista: *“el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, de lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución”* (criterio asumido en la STSJ de Castilla y León nº 1109/11, de 16 de mayo de 2011, que cita esa STS).

ATACP Madrid 74/2015, de 21 de mayo *“Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate”*.

coordinados de tal manera que esté garantizada la continuidad de la gestión en circunstancias normales, evitado que un eventual desequilibrio repercuta en el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, pero sin que exista un seguro gratuito que traslade todos los riesgos de la empresa a la Administración, garantizando a éste siempre unos rendimientos mínimos. Esta convivencia de principios aparentemente antagónicos ha de mantenerse a lo largo de la vida de cualquier concesión, convivencia que no siempre resulta pacífica pues se tiende a olvidar con frecuencia tanto que el concesionario ha de asumir los riesgos normales propios de la explotación del servicio, como que la Administración puede reclamar en su favor el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato.

Toda concesión comporta el traslado al concesionario del “riesgo inherente a la explotación” (Comunicación de la Comisión Europea sobre concesiones 2000/C/121/2002). Como gráficamente describe X. LAZO VICTORIA, la transferencia de riesgos es la “clave de bóveda” tanto en las concesiones de obras como de servicios⁶⁴⁷. La Directiva 2014/23, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión pivota la definición del nuevo contrato de concesión sobre la doctrina comunitaria del «riesgo de la explotación», que ha de asumir el concesionario al menos en una parte muy significativa, para que el contrato pueda calificarse como «concesión de servicios» y no simplemente como «contrato de servicios». El artículo 2 del proyecto de Directiva admitía que un contrato pudiera ser calificado como concesión si se trasladaba al contratista cualquiera de los riesgos siguientes:

- a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.

La Directiva finalmente aprobada, establece el criterio de que el riesgo que se ha de trasladar al contratista sea el «riesgo de la demanda»⁶⁴⁸ o el del «suministro»

⁶⁴⁷ LAZO VITORIA, Ximena, “Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las Directivas de contratación pública”, en el libro colectivo, dirigido por GIMENO FELIU, José María, “Las nuevas Directivas de Contratación Pública”, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Pamplona) 2015, págs. 423 a 435, pág. 429.

La misma profesora firma el artículo “La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”, publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 27/01/2014. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.134/relcategoria.208/relmenu.3/chk.48338ea10b45da6bf56854c50e8dc923>

⁶⁴⁸ Algo que expresamente para los contratos de gestión de servicios públicos rechazó el IJCCA 22/09 25 de septiembre de 2009, que concluye:

1. El importe del contrato se ha de vincular directamente al riesgo de la explotación del servicio: su retribución debe depender exclusivamente de los rendimientos de su explotación. Esto supone que el

(que entendemos engloba el de “construcción”), o los derivados de “fuerza mayor”, pero no el de “disponibilidad”⁶⁴⁹, admitido por EUROSTAT para el cómputo de la deuda. Utiliza en concreto la Directiva 2014/23 el concepto de «riesgo operacional de la explotación», el “riesgo derivado de factores que escapan al control de las partes” (cdo. 20) que el artículo 5.1, párrafo segundo, define en los términos siguientes:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”⁶⁵⁰.

resultado de la gestión ha de ofrecer un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario.

2. La retribución económica del concesionario ha de fijarse en función de la variación de la demanda del servicio (art. 257. LCSP), independientemente de que lo paguen directamente los usuarios o la Administración (“peaje en sombra”) (art. 257.1 LCSP “en función de su utilización”).

3. En los contratos de GSP no se puede fijar la retribución del contratista en función del cumplimiento o no de determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación: El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario. Por eso se rechaza la forma de pago de canon por disponibilidad en los contratos de gestión de servicios públicos (y lo admite en los CCP, porque lo prevé el artículo 136.b TRLCSP).

⁶⁴⁹ Que aparecía en el texto del proyecto de Directiva a del 2011. Como señalaba en Comentario al artículo 132 en la obra Contratación del Sector Público Local, 3ª edición, editorial El Consultor La Ley, año 2013 (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel,), este «riesgo de disponibilidad» no nos parece acorde en la doctrina del TJUE para distinguir este tipo de contratos de los de servicios, distinción antes esencial porque mientras los primeros estaban sometidos a regulación y publicidad comunitarias, las concesiones de servicios no. Y no encajaba en esa doctrina porque no supone realmente una exposición del contratista a las “incertidumbre del mercado”, sino que queda dentro del control del concesionario, de su diligencia para tener todos los elemento del servicios “disponibles” para su utilización, un riesgo que en gran medida está presente en cualquier otro contrato; un riesgo, además, que se hace muy difícil de controlar por el órgano de contratación (falta de medios para controlar todos los elementos del servicios 24h./365 días).

⁶⁵⁰ La ilustrativa “exposición real a las incertidumbres del mercado” se utiliza en el IJCCA de Valencia 4/2011, de 22 de noviembre. Destaca también la utilidad de esta referencia GIMENO FELIU, José María, en el artículo “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP” Revista Española de Derecho Administrativo nº 156, octubre-diciembre 2012, pág. 35.

El criterio del traslado del riesgo de la demanda al contratista es el utilizado de manera unánime por todos los TARCS⁶⁵¹ y por las JCCA⁶⁵² para diferenciar el contrato de servicios del de gestión de servicios: en la gestión de servicios públicos el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, vinculado a la utilización del servicio, mientras que en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio. Criterio que ha aplicado con reiteración el TJUE⁶⁵³ para calificar como contratos de servicios los de limpieza viaria y gestión de residuos que todavía muchos Ayuntamientos se empeñan en contratar como contratos de gestión de servicios públicos, como el contrato anulado por la RTACRC 431/2015, de 8 de mayo, que reitera que el elemento decisivo para calificar un contrato como de gestión de servicios públicos es que el adjudicatario asuma el riesgo de la explotación, de forma que su mayor o menor retribución dependerá del mayor o menor uso que hagan del servicio los destinatarios, y descarta que asuma el contratista un “*riesgo relevante*” por el hecho de que el pliego prevea que en los 25 años de duración del contrato haya de asumir aumentos en la prestación del servicios de hasta un 10% y haya cierto riesgo en los ingresos procedentes de la recogida selectiva.

Sin embargo, resulta muy llamativo como en la versión del ALCSP publicada en marzo de 2015, a diferencia del texto que salió del grupo de trabajo y que se publicó en enero, se ha incluido una referencia al riesgo de disponibilidad en el

⁶⁵¹ RTACRC 26/2015, de 14 de enero; 634/2014, 12 de septiembre de 2014; 346/2013, de 4 de septiembre de 2013. ATACP Madrid 139/2014, de 30 de Julio, 74/2015, de 21 de mayo; RTACYL 77/2015, de 10 de septiembre, etc.

El ATACP Madrid 78/2015, de 3 de junio de 2015, analiza la calificación del servicio de escuela infantil como contrato de gestión de servicio público precisa en estos términos la exigencia la transferencia de los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación al concesionario: “*Según la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario de 12 de abril de 2000, el riesgo de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. En virtud de este criterio, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión, cobrando una parte significativa de su remuneración del usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Pero no es suficiente, es necesario además que el derecho de explotación que permite cobrar derechos al usuario, implique también la transferencia de la responsabilidad de la explotación, es decir, la transferencia de los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación*”.

⁶⁵² IJCAE 36/12, de 7 de mayo de 2013; 42/11, de 1 de marzo de 2012; 12/2012, de 23 de julio; 69/09, de 23 de julio de 2010; 12/10, de 23 de julio de 2010; 64/09, de 26 de febrero de 2010; 65/08, de 31 de marzo de 2009; 17/09, de 25 de septiembre de 2009; 22/09 de 25 de septiembre de 2009. IJCCA Cataluña 13/2014, de 22 de julio, 15/2014; 2/2011, de 14 de abril; IJCCA Aragón, Informe 4/2014; IJCCA Canarias Informe 1/2014.

⁶⁵³ STSJUE de 18 de julio de 2007 -asunto C-382/05- (contrato de recogida y tratamiento de basura de Sicilia); la St del TSJUE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, (servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo). La STJUE de 21 de enero de 2010 (asunto c-17/09).

En la RTACRC 290/2014 de 9 mayo 2014, apreció el Tribunal que se trasladaba el riesgo al concesionario.

artículo 265.4, previendo que el pago al concesionario se realice en función del grado de disponibilidad ofrecido por éste⁶⁵⁴. Esta regulación, a nuestro juicio incompatible con la regulación de las Directivas, pues es un riesgo irreal, pues su cuyo control que está totalmente en manos del contratista y no sometido a las incertidumbres del mercado. No hace falta pensar mucho para hacerse una idea de que algún lobby ha conseguido hacer valer sus intereses...⁶⁵⁵

Esta regla general de que en las concesiones el contratista asume íntegramente el riesgo de la explotación de la obra o servicio que tiene adjudicada, se quiebra puede llegar a ser asumido parcialmente por la Administración cuando circunstancias especiales rompen el equilibrio económico establecido en el momento de cerrar la contratación, en atención al principio ‘rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato’. Pero esto ha de ser algo excepcional y parcial, sólo con el objetivo de “evitar el colapso total que por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él ajeno”. En ese caso la Administración contratante asumirá parcialmente el riesgo de la explotación mediante un “reparto equitativo” de los perjuicios sufridos (STS de 13 de noviembre de 1986). Y solo “parcialmente” porque el restablecimiento del equilibrio económico no puede ser de tal calibre que suponga que el contratista deja de asumir el riesgo de la explotación. El informe del Tribunal de Cuentas 1085, de 26 de marzo de 2015, recuerda que no cabe garantizar al adjudicatario, dentro del concepto de equilibrio definido en el PCAP, aquellos gastos que no se ajustan a los términos del artículo 282.4 TRLCSP y resultan contrarios al principio de riesgo y ventura en la gestión del servicio⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Art. 265.4 ALCSP: “La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En caso de que la retribución se efectuase mediante pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio”.

⁶⁵⁵ Es habitual la actuación de los “grupos de presión” de muy variado signo, para, en defensa de sus intereses, tratar de “influir en la labor legislativa o de gobierno”, influencias que pueden o no esconder actuaciones corruptas, como puede leerse en el libro “Cartas a un euroescéptico”, de SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 49 a 55. Ello quizá ha llevado a SOSA WAGNER adaptar la famosa afirmación de Hobbes “El hombre es un Lobby para el hombre”, en sus “Memorias europeas. Mi traición a UPyD”, Ed. Funambulista, Madrid 2015, pag. 396.

⁶⁵⁶ Informe de fiscalización de la Contratación Entidades Locales Castilla la Mancha Ejercicio 2012. En relación con el PCAP de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable del ayuntamiento de Argamasilla de Calatrava (Ciudad Real), señala: “En el PCAP de este mismo expediente se preveía que el Ayuntamiento se compromete expresamente a mantener el equilibrio económico de la concesión (...) Este equilibrio será únicamente por ampliaciones o modificaciones sustanciales del alcance de los servicios inicialmente prestados, siendo el resto de condiciones por cuenta y ventura del concesionario’ si bien añadía que “el equilibrio económico de la concesión se producirá cuando el concesionario, con los ingresos del servicio, haya cubierto el conjunto de gastos de explotación que inciden en la prestación del servicio, así como los gastos financieros generados por las inversiones realizadas y su retribución o las aportaciones realizadas por el concesionario y todo otro concepto que integre los costes del servicio”

El problema sin embargo estriba en que ese auxilio de la Administración que confiere la concesión es tan recurrente y el riesgo real de los concesionarios (al menos de los grandes) tal limitado, que, como señala M. FUERTES LÓPEZ, el sacrosanto principio del riesgo y ventura se ha convertido casi en un “mito” y en muchas ocasiones se ha transformado en un privilegio en contra de la Administración contratante ya que no hay riesgos significativos para las empresas⁶⁵⁷.

b. LA REVISIÓN DE PRECIOS COMO MECANISMO ORDINARIO DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LAS CONCESIONES.

La forma habitual de aplicar coordinadamente ambos principios es a través del sistema de revisión de precios (STS de 13-XI-1986; 14-XII-1989)⁶⁵⁸. El Dictamen del Consejo de Estado nº 669/2014, de 10 de julio de 2014 alude expresamente a que la revisión de precios el “instrumento ordinario” de compensación a los contratista de las fluctuaciones de los costes: Precisa no obstante que la cláusula de

Esta última previsión no se ajusta a los supuestos enumerados en el artículo 282.4 del TRLCSP para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión y no atiende al principio de gestión del servicio a riesgo y ventura del concesionario establecido en los artículos 215 y 277.a) del TRLCSP”.

⁶⁵⁷FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios). Capítulo V del libro “*Observatorio de Contratos Públicos 2012*”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 231-232.

⁶⁵⁸ La revisión de precios ha estado en proceso de revisión desde que la LCSP de 2007 prohibiese la revisión de precios tuviese en cuenta el coste de la mano de obra, los costes financieros y los gastos operacionales (mientras el 24.1 del TRLHL para las tasas y la LGP han mantenido que éstas debería “reflejar la evolución de los costes”, y muchos servicios públicos locales se financian con tasas). La LCSP y su TR limitaron también en los contratos con revisión de precios referenciada al IPC a un máximo del 85% en la variación de ese índice. La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, con el objetivo de controlar la inflación, proscribese la referenciación de la revisión de precios a índices generales como el IPC (la RTACRC 20/2015, de 9 de enero de 2015, precisa que no se admite ningún otro índice general, como el PIB). El objeto de esa prohibición de era controlar la subida de los precios de los contratos y contribuir con ello también a controlar la inflación (que por cierto no era muy elevada, incluso ha sido negativa en algunos de los años de la crisis económica que se destapó en el años 2007). Esto obliga a que en cada caso se busquen fórmulas polinómicas adecuadas a los factores que determinan el precio de cada contrato, o a acudir a os índices sectoriales de evolución de precios por productos o servicios del INE, salvo para las obras, que se aprobaron fórmulas específicas por Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, reitera el rechazo a índices generales y deroga los artículos 90, 91 y 92 del TRLCSP; da nueva redacción a los artículos 47.4, 89, 131.1d, 133.1, 255.3 del TRLCSP y modifica el art. 25 del TRLHL (tasas). El objetivo de La Ley es establecer una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública, y en general, en todas las partidas de ingresos y de gastos de los presupuestos públicos, ligando la actualización de precios y rentas a la evolución de los costes pertinentes en cada situación. La Ley ordena al ejecutivo dictar antes del 1 de agosto de 2015 un reglamento que desarrolle el nuevo régimen de revisión de precios.

revisión de precios no tiene por función garantizar el mantenimiento de precios de mercado durante el periodo contractual, sino la de disponer una limitación equitativa al riesgo empresarial, que sigue existiendo y debe ser asumido íntegramente por la contrata. Su objetivo es el introducir un límite de equidad a la variación de precios, pero tiene “sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero”.

Cuando la revisión de precios se demuestra insuficiente para absorber el desequilibrio desmesurado, derivado de modificaciones del contrato, riesgos imprevisibles o decisiones de política general con efectos sobre el contrato, deben realizarse las compensaciones extraordinarias a favor de la parte que haya sufrido el quebranto para garantizar la continuidad del servicio en condiciones equivalentes a las que se dieron en el momento de adjudicarse la concesión. Aunque como se ha señalado, esas compensaciones tienen una limitación en otro principio general y básico de la contratación pública, el de «riesgo y ventura».

c. REQUISITOS PARA QUE OPERE EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

La aplicación de este principio tiene, como se ha esbozado ya, varios condicionantes y límites de aplicación concretos que el legislador sólo precisa en parte, pero que han de tenerse siempre muy presentes para evitar que su aplicación suponga la desnaturalización de la concesión otorgada:

- 1. El PCAP ha de precisar en qué términos económicos una concesión está equilibrada**, a partir de los datos de un preciso estudio económico y financiero. El artículo 258 del TRLCP, y en términos idénticos el artículo 268 del ALCSP, comienza señalando que “*el contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación*”; y para la concesión de servicios, el artículo 282.2 TRLCSP (288.2 ALCSP) dispone igualmente que debe mantenerse el “*el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*”. En ambos contratos concesionales se remite el legislador a la determinación de los datos económicos que se hayan fijado en la adjudicación del contrato, que son los que han de mantenerse a lo largo de la vida de la concesión. Es en el estudio económico que ha de preceder a cualquier contrato concesional donde se ha de precisar en qué condiciones y con qué datos se considera que el contrato está equilibrado, que con los ingresos estimados se amortizan las inversiones realizadas, se cubren los gastos de explotación previstos y se permite al contratista un margen de beneficio “razonable”⁶⁵⁹ (“*margen normal de beneficio industrial*” art. 129.3 RSCL), ya sea

⁶⁵⁹La Comunicación sobre concesiones en Derecho comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C

para fijar el canon que ha de abonar la Administración, ya las tarifas que paguen los usuarios (*“precio unitario por unidades de uso consumidas”*, en palabras de A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ ⁶⁶⁰). En el expediente de contratación ha de incluirse un estudio económico del contrato (art. 131.1.1.c.4^a y 132 TRLCS; 248.1.C.4^a, 282 y 283.2 ALCSP), y lo usual es requerir los licitadores que presenten uno propio en el que basen su oferta. Es preferible vincular el mantenimiento del equilibrio al estudio que presenta al adjudicatario, para trasladar a la diligencia de éste posibles errores de cálculo de previsión en ese estudio, como admitió, por ejemplo, la STSJCyL de 13 de octubre de 2010, rec.15/2010.

2. El principio de mantenimiento del equilibrio económico ha de «coordinarse» con el de riesgo y ventura, de manera que éste no se desplace y se traslade todo el riesgo de la explotación a una de las partes. El principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato se predica en la Ley también en los contratos concesionales, como se deduce con claridad de los artículos 215 y 277.a TRLCSP y 195 del ALCSP⁶⁶¹. Para garantizar la aplicación simultánea de ambos principios, la doctrina y jurisprudencia exigen un “reparto” equitativo de las consecuencias del desequilibrio, salvo que éste se haya producido por causa exclusiva de una de las partes, en cuyo caso ésta ha de cargar con las consecuencias de su actuación (la entidad contratante si decide modificar el contrato; el concesionario si el desequilibrio económico se debe a una gestión negligente).

La doctrina es unánime en señalar que riesgo y ventura y equilibrio económico deben actuar de manera coordinada en los contratos concesionales, como se ha expuesto. Son bien elocuentes a este respecto las palabras del profesor SOSA WAGNER *“son, efectivamente, diversos los principios a conjugar, y entre ellos está sin duda el de la continuidad de los servicios públicos, pero debe existir un sacrificio absoluto de uno por otro de tal forma que se llegue a la*

121/02), alude, si bien referida a la duración de las concesiones, que se ha de *“garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración «razonable» a los capitales invertidos”*.

⁶⁶⁰ En el *“Manual de Gestión de los Servicios Públicos Locales”*, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manuel, Edit. El Consultor, 2005, pág. 370, donde recuerdan que ha de estarse a *“lo pactado”* en el contrato sobre una *“ecuación de equilibrio ente, por un lado, los costes (de inversión y de gestión), canon a abonar a la Administración, beneficio del empresario, y, frente a ello o por otro lado, el importe de las tarifas (precio unitario por unidades de uso consumidas). Tarifas = costes + cano n+ beneficio”*.

⁶⁶¹ La referencia al “riesgo y ventura” en la concesión de gestión de servicios públicos que se recoge en el artículo 277.a) del TRLCSP, y que era tradicional a nuestro ordenamiento jurídico (253.a LCSP y 156.a TRLCAP) ya no se recoge de manera singular para esta modalidad de gestión indirecta en el ALCSP puesto que en ésta desaparecen nominalmente las diferentes formas contractuales de gestión indirecta (concesión, arrendamiento, concierto y gestión interesada) y se engloban todas en una única modalidad: la concesión de servicios.

desnaturalización del sistema mismo: un concesionario que tiene sus espaldas siempre a cubierto por los dineros públicos no es un empresario, es la misma administración y para hacer ese viaje para nada se necesita la alforja de la concesión que se gestiona –ya lo sabemos- a riesgo y ventura”⁶⁶².

Esta necesaria coordinación de ambos principios también está jurisprudencialmente consolidada, requiriendo su integración en un punto de equilibrio, no fácilmente alcanzable en la práctica, que, con el objetivo de preservar el servicio, garantice el mantenimiento de las bases económicas con las que se adjudicó el contrato, de manera que ni se trasladen a la Administración todas las “aleas” del contrato, ni tenga que asumir el contratista todos los incrementos de precios del contrato poniendo en peligro la economía de la gestión, ni aumenten los ingresos de tal manera que su beneficio exceda con creces de lo que, con una ordenada gestión, se preveía para compensar su inversión y trabajo en el momento de la contratación. La jurisprudencia reitera estos argumentos:

“(…) el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la “res pública”, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales (...)”. (STS de 9 de octubre de 1987, RJ 1987\8326) “(...) hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado “el alea normal del contrato” es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio”, y, en esta hipótesis, contraria a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna (...)” (STS de 24 de abril de 1985, RJ. 2229; en el mismo sentido, STS de 13-XI-1986, RJ. 8072; 9-X-1987, RJ. 8326; STS de 21-I-1991, Arz. 548S; TSJ Cataluña de 4-10-2004, RJCA 2004\308469): la STSJ de Madrid 434/2013 de 19 de diciembre incide en este criterio: “la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado “hecho del príncipe” o “ius variandi”, en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, ha de relacionarse con el principio de “riesgo y ventura”, ya que el equilibrio financiero es una fórmula que

⁶⁶² “La gestión de los servicios públicos locales”, SOSA WAGNER, Francisco, cit., pág. 280.

no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa. Por otra parte, es requisito esencial la imprevisibilidad del acontecimiento, tal y como señala la STS de 9 de diciembre de 2003”.

La STSJ de Castilla y León nº 1109/11, de 16 de mayo de 2011 describe con precisión el objetivo del principio del equilibrio económico y su necesaria coordinación con el de riesgo y ventura, matizando que esa actuación conjunta de ambos no opera en el caso de una modificación del contrato:

“Es necesario que el concesionario acredite que se ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión poniendo en peligro la continuidad del servicio, tratándose de una doctrina que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas, por lo que es necesario en cada caso concreto acreditar que el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura insita en toda contratación, de suerte que, ciertamente, la incidencia del incremento en un determinado coste –por mor, se insiste, de una circunstancia no imputable a ninguno de los contratantes- habría de examinarse respecto de la globalidad del contrato ya que un determinado factor puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo, pudiendo en su caso simplemente determinar que el beneficio no alcance el margen calculado por el contratista, más esta circunstancia no autorizaría sin más a concluir acerca de la situación “desproporcionadamente lesiva” para el contratista. (...) no es exigible con tal intensidad cuando del ejercicio del “ius variandi” se trata, pues, a diferencia del supuesto anterior, aquí nos encontramos ante una modificación que deriva de una orden de la propia Administración contratante y como tal externa al contratista (...)”.

- 3. El equilibrio económico ha de garantizarse en favor de ambas partes,** tanto si se rompe a favor del contratista, como si los beneficios de este son superiores a los previstos en el pliego y ha de compensar por ello a la Administración titular del servicio. Esta regla deriva del principio esencial de igualdad entre las partes que se recoge en el artículo 1289 del C.C., y del principio de que el precio de los contratos haya de ser “adecuado al mercado” (art. 88 del TRLCSP, 101.77 ALCSP, 8.2 D 2014/23, 8.2 d. 2014/24), adecuación que deberá darse, lógicamente, a lo largo de toda la vida del contrato. De manera expresa el artículo 127.2.2^a b) del RSCL establece que se revisarán las tarifas o las subvenciones, para mantener el equilibrio financiero de la concesión cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles

determinen, “*en cualquier sentido*”, la ruptura de la economía de la concesión. El artículo 268.1 del ALCSP, como el 258 del TRLCSP, establece que el mantenimiento del equilibrio económico en las concesiones de obras públicas ha de garantizarse “*teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario*”, y en sus apartados 2 y 4 repite que “*se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda*”⁶⁶³.

La jurisprudencia también se manifiesta en este sentido, a veces de forma indirecta al afirmar que trasladar todos los riesgos de la empresa da la Administración supondría “*un desequilibrio contrario a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna*” (STS de 24-IV-1985, Arz. 2229; de 13-XI-1986, Arz. 8072; de 9-X-1987, Arz. 8326;), y en otros fallos afirmándolo expresamente STS de 10-II-1992, Arz. 1486; 1-VII-1992, Arz. 6099; STSJ Murcia de 23 de Junio de 2001, rec. 1171/1998; STS de 9 marzo 2005, RJ\2005\9095.

Tomamos de nuevo las palabras de F. SOSA WAGNER para recordar en relación con la ambivalencia del principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión: “*el restablecimiento del equilibrio financiero juega tanto a favor del empresario como de la Administración concedente, en “cualquier sentido”, según la expresión elocuente del art. 127.2 RS. La experiencia demuestra que, por desgracia, la administración no pone el mismo entusiasmo que los empresarios a la hora de hacer valer sus derechos*”⁶⁶⁴.

4. La ruptura del equilibrio económico de la concesión ha de estar provocada por una causa ajena a la voluntad de la parte que reclama su restablecimiento, circunstancia que esta parte ha de probar. La STS de 27 de

⁶⁶³ El art. 249.b Reglamento de Obras y Servicios de las EELL de Cataluña, Decreto 179/1995, de 13 de junio, reproduce en contenido del RSCL. La Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra recoge también esta aplicación a favor de ambas partes concesionales en su artículo 157.2. Se echa en falta esa previsión y una regulación precisa en la tanto en La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, como en La Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, cuyo artículo 25.3, hace una remisión en blanco a los pliegos para regular régimen jurídico-administrativo y económico-financiero, así como las fórmulas de reparto entre los contratantes o socios de los beneficios y riesgos de la gestión en las fórmulas de gestión interesada y sociedad de economía mixta.

⁶⁶⁴ SOSA WAGNER, Francisco, “*La gestión de los servicios públicos locales*”, cit., pPág 284. Sobre la aplicación del mantenimiento del equilibrio económico concesional en favor de la Administración también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, cit., pág. 781; MESTRE DELGADO, Juan Francisco, en el manual coordinado por Muñoz Machado, Santiago, cit., pág. 2139. Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, que afirman que “*el juego de la teoría del riesgo imprevisible es, pues, doble y puede actuar tanto a favor de la Administración concedente como a favor del concesionario, según sea el sentido del desequilibrio económico producido por los eventos extraordinarios acaecidos («en cualquier sentido», dice significativamente el art. 127.2.2º RSCL; en beneficio de la parte que corresponda, precisa por su parte el artículo 241.2 LCSP)*”.

octubre de 2009 señala al respecto⁶⁶⁵: “*es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes*” (recordando este mismo criterio de sentencias anteriores STS de 14 de mayo de 2001, RJ 2001, 4478, y de 22 de noviembre de 2001, RJ 2001, 9727; STS de 21-X-1981, Arz. 4617; 14-XII-1989, Arz. 9129; 8-X-1991, Arz. 8843; 6-X-1992, Arz. 7763, 11-II-1998, Arz. 1204; STSJ Madrid 27-01-2005, rec. 1139/2001.). No procede por lo tanto restablecer el equilibrio si las pérdidas o reducción de ingresos se deben a un error de cálculo del contratista al realizar su oferta (STSJCyL de 13 de octubre de 2010, rec. 015/2010), o a una mala gestión por su parte. Pero cuándo el desequilibrio es producido por una actuación directa de la Administración, una modificación del contrato, le corresponde indemnizar al contratista (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 16 mayo 2008, RJ\2008\5278). Paralelamente, procederá compensar al contratista si es la Administración concedente la que incumple sus compromisos contractuales con el concesionario: “*el principio de riesgo y ventura del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución*” (STS de 16 de mayo de 2008, rec. de casación 328/2006⁶⁶⁶).

5. **La ruptura del equilibrio económico ha de ser “sustancial”**. No basta con que se produzca una reducción de ingresos o un incremento de gastos de cualquier cuantía, pues eso entra dentro del riesgo y ventura de la concesión, es necesario que se produzca “*la ruptura sustancial de la economía del contrato*”, como expresamente exigen los artículos. 282.4.c y 258.2.b del TRLCSP, 286.2.b y 288.3.b ALCSP; el RSCL es más preciso al exigir que se produzca una “subversión” en la economía de la concesión (art. 128.1.1ª), es decir, no una mera reducción del beneficio, sino una ‘involución’ en el resultado de la explotación, que el servicio entre en pérdidas continuadas. En este sentido es constante la jurisprudencia la STS de 30 de junio de 2014 (rec. número 250/20129), que es así de explícita al respecto: “*es razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas o a la*

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 27 de octubre de 2009 (JUR\2009\458685).

⁶⁶⁶ En el mismo sentido, la STS de 6 de abril de 2005 (rec. Casación 7428/2001) recuerda que “*existe la obligación legal y contractual del Ayuntamiento de mantener la intangibilidad de la concesión*” y dentro de esas obligaciones está la de prestar al concesionario la “protección adecuada” para que pueda prestar el servicio adecuadamente (art. 127.2.1º del RSCL): el principio de riesgo y ventura al que ha de someterse el contratista no sólo “*ha de cohonestarse con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión otorgada*”, sino también, “*y muy específicamente con el deber de la entidad concedente de otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente*”.

completa desaparición de cualquier margen de beneficio". La STS de 10 de Noviembre de 2009 (rec. de casación 930/2007⁶⁶⁷) considera que: *"El desequilibrio económico ha de ser suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura (...). Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado, mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero (...)."* En el mismo sentido la STSJ Madrid de 27 de julio de 2010; la SAN 23 de julio de 2014, que habla de *"una alteración irracional"*. La STS 9 de mayo de 2014, (rec. 1457/2013) es si cabe más radical al asumir el argumento de la sentencia recurrida que se produzca *"una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones"*.

El Consejo de Estado reitera esta exigencia: *"Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado"* (Dictamen nº 1075/2001, de 26 de julio de 2001 en el que señala; reiterado en el nº 3348/2002, de 13 de marzo de 2003; criterio recogido por los Consejos Consultivos autonómicos, como el aragonés en su informe 52/2013, de 30 de abril de 2013).

Lo que ha de tenerse siempre presente que si bien la prestación del servicio es preferente al ánimo de lucro del concesionario, si éste no obtiene beneficios, sin duda el servicio se resentirá y querrá en abandonarlo, por lo que ha de procurar buscar un equilibrio también entre lo uno y lo otro.

En el Dictamen del Consejo de Estado nº 669/2014 de 10 de julio de 2014⁶⁶⁸,

⁶⁶⁷Reitera esta STS la doctrina de otras anteriores sentencias de 18 y 25 de abril y de 4 de junio de 2008, recursos de casación números 5033, 5038 y 5093 de 2006, respectivamente.

⁶⁶⁸Dictamen del Consejo de Estado. 669/2014. De 10 de julio de 2014 (desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras "Autovía A-50. Tramo: Peñalba de Ávila-San Pedro del Arroyo"). No resulta admisible el restablecimiento del equilibrio económico financiero en un contrato de obra pública, como consecuencia de la subida del precio de uno de los materiales, al amparo de la existencia de un riesgo extraordinario y la doctrina *rebús sic stantibus*, porque la aplicación de las fórmulas de revisión de precios no cubra una diferencia que se juzga excesiva, fundándose en la obligación de adecuar el precio del contrato al real de mercado y en el posible enriquecimiento injusto que se ocasionaría al quedar en beneficio de la Administración obras realizadas con un sobreprecio excesivo, ya que opera el principio de riesgo y ventura que no está sujeto a grados ni escalones.

En cierta medida es un criterio considerado por la TJUE al analizar cuando una modificación de un contrato es sustancial: STJUE de 18 de junio de 2008, asunto C-454/06, en un contrato en el que se

se enlaza este criterio con la necesaria coexistencia del principio de mantenimiento del equilibrio económico con el riesgo y ventura: *“el principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”*.

6. La ruptura del equilibrio económico ha de haberse producido por alguna de las causas siguientes: modificación del contrato, *factum principis* o un riesgo imprevisible (incluido la fuerza mayor). Ello además de no estar motivada por una mala gestión del concesionario y ser sustancial, para derivar en una compensación extraordinaria adicional a la ordinaria revisión de precios. La doctrina científica y jurisprudencial señala de manera unánime esos tres tipos de circunstancias como las susceptibles de producir un ruptura *“desmesurada”*, *“irracional”*, un *“resultado reiterado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio”*, una *“subversión”* en la economía de la concesión⁶⁶⁹. Pero esa tipificación doctrinal y jurisprudencial, que se recoge en el RSCL (arts. 126 y ss), no ha sido recogida por el legislador de manera completa ni en el TRLCSP ni en el ALCSP, pues reduce el supuesto de «riesgo imprevisible» al de «fuerza mayor», limitando así en principio el supuesto más aducido por los empresario y que está en el origen de esta figura, como se ha señalado (Pontazgo de Soncillo, gas de Burdeos). Así, el artículo 258.2 del TRLCSP, sobre concesión de obra pública y el 282 para el contrato de gestión de servicios públicos (al igual que sus antecedentes, los artículos 241 y 258 LCSP y 248 TRLCAP), citan expresamente los supuestos siguientes: a) modificación de la concesión o servicios por la Administración; b) actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato; c) causas de fuerza mayor

modificaron unas tarifas a la baja (incremento del tipo de descuento de un 15% a un 25%) *“no debe considerarse que (...) constituya una modificación sustancial del contrato”* (párrafo 87). También considera esta sentencia que *“el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario”* (párrafos 85 y 86).

⁶⁶⁹ Con esta sistemática es abordada la cuestión por la mayoría de los autores citados en los trabajos a los que se ha hecho referencia: SOSA WAGNER, Francisco, *“La gestión de los servicios públicos Locales,”* cit. págs. 271 a 276; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás, *“Curso...”*, cit. págs. 775 a 782; MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *“Tratado...”* cit., págs. 2139 a 2149; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, *“Manual de Administración Local”* Editorial Comares, 2005. pág. 469; etc.

enueadas en la ley (art. 231 TRLCSP⁶⁷⁰). Para la concesión de obra pública, el artículo 258.2.c añade b) los que preve el contrato en el plan económico financiero (131.1.c.4º) y c) “actualización de costes” (131.1.d TRLCSP Y 237 ALCSP).Pese a esa regulación legal, la jurisprudencia, en casos a los que resultaba aplicable esta legislación, ha seguido admitiendo el «riesgo imprevisible» como uno de los motivos por los que puede romperse el equilibrio económico de un contrato: así en las STS de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012) y de 20 de abril de 2015 (rec. 54/2013), por poner sólo dos ejemplos.

El ALCSP trata de afinar un poco más en estos supuesto, pedro deliberadamente deja fuera el supuesto de «riesgo imprevisible»⁶⁷¹, pues entiendo que la jurisprudencia va a seguir contemplando este supuesto que, como se ha repetido, está en el origen de derecho civil-natural de la institución del riesgo imprevisible, en el principio “*rebus sic stantibus*”. El artículo 268.2 del ALCSP (equivalente al 258 del TRLCSP), y en términos similares el artículo 288.4 (282.4 TRLCSP) señalan:

“ Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de laparte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 260 de la presente Ley.

b) Cuando actuaciones de una Administración Pública competente, porsucarácter obligatorio para el concesionario determinaran de formadirecta la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá elrestablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerzamayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía delcontrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor lasenumeradas en el artículo 237 de la presente Ley.”

Como se ve, la nueva Ley (de mantenerse la regulación actual)contempla el supuesto del “*ius variandi*”; precisa el supuesto de “*factum principis*”, al dejar claro que la decisión puede ser de cualquier “*Administración Pública competente*”, y que tal decisión ha de ser de cumplimiento obligatorio para el

⁶⁷⁰ 231.2 TRLCSP (=237 ALCSP). *Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:*

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

⁶⁷¹Lo que personalmente cuestionamos en las reuniones del grupo de trabajo para la redacción de la nueva ley.

concesionario; pero limita el supuesto del “riesgo imprevisible” a los supuestos legales de “fuerza mayor”, limitación que no contempla ni en la doctrina ni la jurisprudencia, como se acaba de exponer. Y desaparece el supuesto de remisión a los pliegos que hace el artículo 258.2.c) del TRLCSP para los contratos de concesión de obra pública: *“cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1”*.

Analizaremos someramente los supuestos doctrinales y su alcance:

IUS VARIANDI. Modificación de la concesión por parte de la Administración, dentro de los límites legales: 258.2.a y 282.4.a TRLCSP (268.4.a y 288.4.a ALCSP): *“Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado”*. La STS de 16 de mayo de 2008, recuerda que *“en palabras de la de fecha 24 de diciembre de 1997, el riesgo que asume el contratista no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su ius variandi, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas”* (STS de 16 mayo 2008, RJ\2008\5278; criterio mantenido en la STSJ Murcia de 23 de Junio de 2001, rec. 1171/1998; o en el IJCAE 18/12, de 20 de noviembre de 2012.

La STSJ de Castilla y León nº 1109/11, de 16 de mayo de 2011, tras definir con absoluta precisión la conjunción de los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico en las concesiones, y la singularidad que supone que el desequilibrio se deba al ejercicio por parte de la Administración en su potestad de modificar el contrato, señala que *“aquí nos encontramos ante una modificación que deriva de una orden de la propia Administración contratante y como tal externa al contratista, generalmente imprevisible y obligada para éste, orden que, en consecuencia, ya no forma parte del ordinario riesgo y ventura propio de cualquier contrato y que no tiene por qué asumir, siendo la Administración quien como titular del servicio y en ejercicio del ius variandi que legamente tiene atribuido la que ha de compensar adecuadamente a dicho contratista por el desequilibrio económico que le ocasione. De hecho, el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al concretar la obligación de éstas de mantener el equilibrio financiero de la concesión en los supuestos de concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, sin mediar modificación, exige la ruptura, en cualquier sentido de “la economía de la concesión”, mientras que cuando se trata de modificaciones de trascendencia económica que la Corporación ordenare introducir en el Servicio (artículo 163.3. de la Ley 13/1995), en principio bastará con que tales modificaciones “incrementaren los costos o disminuyeren la retribución”*.

Por lo tanto, en los supuesto de modificación del contrato, deberá compensarse íntegramente el valor de la modificación a favor de la parte que corresponda (art. 282.2 TRLCSP, 288.2 ALCSP).

FACTUM PRINCIPIS, “hecho de príncipe”: Art. 258.2.b y 282.4.b TRLCSP (268.2.b y 288.4.b ALCSP): la economía del contrato puede verse también afectada por una decisión de la Administración que no va dirigida directamente a modificar el contrato en cuestión, sino que se trata de una decisión de política general, pero que va a tener incidencia en la relación económica del contrato. De acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen nº 3725, de 3 de noviembre de 1948; nº 31/1992) debe tratarse de una medida general de índole económica de carácter obligatorio, imprevisible para los administrados, con eficacia bastante en la ejecución del contrato como para originar un daño o perjuicio económico cierto y especial al contratista, quien no puede estar incurso en mora en el ejercicio de sus obligaciones. Así sucede, por ejemplo, con las modificaciones de los tributos, de las cotizaciones sociales de los trabajadores, etc. El ATACP de Aragón 51/2014, de 4 de septiembre, que lo encaja en el artículo 282.4 TRLCSP⁶⁷², y cita los IJCCAE 7/2003, de 22 de diciembre y 61/2008, de 31 de marzo de 2009, que definen esta figura: “el *«factum principis»* consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste”.

Sobre *«factum principis»* se discute por un lado si la decisión administrativa que afecta a la concesión ha de ser adoptada por la Administración que otorga la concesión, o por cualquier otra, como sucede con disposiciones normativas de carácter general adoptadas por el legislativo, por ejemplo. Muchas sentencias consideran que solo se produce cuando es la Administración titular de la concesión en base al tenor literal del artículo 248.2.b) del TRLCSP (STS de

⁶⁷² Este ATACP de Aragón 51/2014 recuerda que ha de quedar acreditada la relación de causalidad entre medida administrativa y el perjuicio, la mayor onerosidad del contrato por un aumento de gastos o merma de ingresos, y en todo caso que en esa mayor onerosidad sobrevenida no ha de venir producida o incrementada por una mala gestión del concesionario.

11 de mayo de 2011)⁶⁷³, y esa idea que subyace en los IJCCAE y en los dictámenes del Consejo de Estado antes citados. Sin embargo en la definición que de esta institución hace la doctrina más cualificada, como E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ⁶⁷⁴ o F. SOSA WAGNER, que señala que se produce el *factum principis* “cuando los poderes públicos, al adoptar medidas políticas o económicas generales, inciden en el seno de una relación contractual”⁶⁷⁵. De manera más explícita, J.F. MESTRE DELGADO, con el apoyo en la doctrina francesa sobre esta figura, señala que “el *factum principis*, como medida de carácter general adoptada por la Administración pública, concedente o no, que incide indirectamente en la relación concesional y que altera el equilibrio económico de la concesión”⁶⁷⁶. Esas medidas “generales” pueden ser adoptadas por otras administraciones o poderes públicos y, si no se consideran *factum principis*, podrían catalogarse como riesgos imprevisibles cuando excedan del riesgo y ventura normal que ha de asumir todo concesionario. Los artículos 268.2.b y 288.4.b del ALCSP cambian el criterio de la regulación vigente y se inclinan por entender que esa decisión de política general puede ser de cualquier administración y no solo de la que ha otorgado la concesión, pues aluden a “actuaciones de una Administración Pública competente”. El Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, en su dictamen 236/2010, de 27 de octubre, admitió la ruptura del equilibrio económico en un contrato de gestión servicio público del ciclo integral del agua en un municipio por el incremento del coste de la energía eléctrica derivado de decisiones de la Administración del Estado.

Quien ha de asumir las consecuencias de la ruptura del equilibrio económico por un “hecho del príncipe” varía en función de la postura anterior que se asuma, como se expondrá en el punto 7 de esta relación.

⁶⁷³ La STS de 11 de mayo de 2011 (rec.566/2008) que analiza la petición de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de la AP-41, una de las famosas “radiales” de Madrid, considera que “El apartado b) del número 2 en el que AMT ve el apoyo a su reclamación no se refiere a Administraciones distintas de la concedente. Como dice el Abogado del Estado, se refiere a la misma que el apartado a). El sujeto es en ambos supuestos el mismo, conclusión lógica desde el momento en que se está refiriendo el artículo a las relaciones entre concedente y concesionario y en su texto solamente la fuerza mayor apunta a actuaciones ajenas a las partes de la relación jurídica existente entre ellos”. La TS de 12-XII-1979 (Arz. 4346): “(...) la agravación de las condiciones por un hecho independiente de las partes contratantes, sobrevenido del imperio de las fuerzas económicas, sin ignorar que la misma sea impuesta unilateralmente por la administración contratante y por motivos de interés general en virtud del *ius novandi* o *factum principis* (...)”. La STS de 24-IV-1985 (Arz. 2229) al señalar que “(...) ni siquiera se haya producido un «*factum principis*», en cuanto esta Corporación Local no es causa directa de esas elevaciones en la masa salarial”.

⁶⁷⁴ En “Curso de Derecho Administrativo” citado, pág. 776, recogido también en la obra colectiva “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” Edit. Abella-El Consultor, págs. 521 y ss.

⁶⁷⁵ “La gestión de los servicios públicos locales”, cit., pág. 273.

⁶⁷⁶ “Tratado de derecho municipal” Ed. Iustel, Madrid 2011, cit., pág. 2140.

RIESGO IMPREVISIBLE: Nos encontramos ante un supuesto de este tipo cuando circunstancias sobrevenidas y que no hubiera sido previsible prever para un empresario diligente en el momento de realizar la oferta por la que se le adjudicó la concesión, ocasione un merma de ingresos o un incremento de gastos de la concesión de tal calibre que esta entra en pérdidas continuadas, no absorbibles por beneficios pasados o por los futuros que sean razonablemente previsibles. Es decir, la “subversión” en la economía de la concesión deriva de causas ajenas y externas a las partes que no pudieron ser previstas (o no en la medida en que se produjeron) en el momento de perfeccionamiento del contrato.

Como se ha señalado, el ALCSP, como el TRLCSP, y la LCSP de 2007⁶⁷⁷, parece reducir la teoría del riesgo imprevisible sólo a los casos de fuerza mayor como regla general, pero no a otras circunstancias sobrevenidas impredecibles, como prevé y el RSCL (arts. 127.2.2.b) y 128.1.1^a) y admite de manera reiterada la jurisprudencia y la doctrina. Por citar algunas sentencias más actuales, la STS de 25 de abril de 2008 (RJ 2008, 4966) señala: *"Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación"*; criterio reiterado en la STS de 30 de junio de 2014 (Sala 1.^a, rec. 250/20129) o el IJCCA Aragón 15/2013: *"será posible un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste, dentro de una previsión razonable"*.

La STS de 27 de junio de 2012, apelando a otras anteriores, enlaza fuerza mayor y riesgo imprevisible, señalando que señala destaca que la jurisprudencia interpretativa del concepto de fuerza mayor, en materia de contratación, *"aparece íntimamente ligada al riesgo y ventura del contratista, como excepción indiscutida a éste"* (Sentencia de 24 de junio de 2009, RC 3799/2007) consiste en *"factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista"* (Sentencias de 15 de marzo de 2005, y 27 de octubre de 2009, RC 763/2007). *Se trata, como es notorio, de acontecimientos que, aun cuando se hubieren previsto, habrían sido inevitables; surgen de elementos exteriores a la empresa o ajenos al círculo de actuación del obligado, excediendo de las*

⁶⁷⁷Artículos 268.2.b y 288.4.b ALCSP; 282.4.c y 258.2.b TRLCSP, con la misma regulación que la normativa anterior, - art. 258.4.c LCSP, 241.2.b para COP, 248.2.b TRLCAP.

*contingencias propias del riesgo asumido por el concesionario*⁶⁷⁸. Parece que el concepto de fuerza mayor que utiliza el TS no es el del TRLCSP, sino el del artículo 1105 del Código Civil, concepto más amplio y próximo a de riesgo imprevisible al que también se remitió la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, en relación con el término de “fuerza mayor” que utiliza el artículo 107 TRLCSP al regular las modificaciones no previstas del contrato⁶⁷⁹. La STS 9 de mayo de 2014 (rec. 1457/2013) alude a “*circunstancias radicalmente imprevisibles*”.

La jurisprudencia y la doctrina de la JCCA han analizado diferentes casos de “riesgo imprevisible” que dejan bastante cerrado las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinan la restitución del equilibrio económico de la concesión rota de manera sustancial por esa circunstancia que no pudo ser prevista. Algunos ejemplos:

- Incrementos salariales derivados de convenios colectivos o de huelga de los trabajadores del servicio, siempre reclaman los concesionarios, y rechazado por la jurisprudencia de manera reiterada como causa para restablecer el desequilibrio económico que pueda suponer: STS 2 de diciembre de 1988 (Arz. 9451); 8 de noviembre de 1994 (Arz. 8503); STS 4 de mayo de 2005 (RJ 2005\4691)⁶⁸⁰. El JCCA 60/08, de 31 de marzo de 2009, también considera que “*la huelga de los trabajadores del concesionario es uno de los riesgos normales de la actividad empresarial que debe ser asumido por éste en la ejecución de contrato administrativo, y por consecuencia sus efectos económicos desfavorables para el empresario no pueden ser repercutidos sobre la Entidad concedente*. El IJCCA de Cataluña 2/2011 de 14 de abril, mantiene el mismo criterio. Y en buena medida se puede deducir de la exclusión de los costes de la mano de obra que hacía el artículo 91.2 del TRLCSP y las limitaciones que al respecto establece el 89.2 tras la redacción que le dio la Ley 2/2015, de 30 de

⁶⁷⁸ Citada en la Sentencia 252/2014, de 3 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Valladolid.

⁶⁷⁹ El Informe de la Abogacía del Estado aborda el asunto: Régimen de Modificación de los contratos del Sector Público. el artículo 1105 del CC se utiliza el siguiente concepto de fuerza mayor, en referencia a las obligaciones: “*sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”. Esta idea es la que se utiliza en referencia al “riesgo imprevisible” en el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos.

⁶⁸⁰ “*No puede afirmarse que sea el convenio colectivo un acontecimiento ajeno a la voluntad del concesionario que irrumpa en el mantenimiento del equilibrio económico del contrato*”. STS 4 de mayo de 2005 (RJ 2005\4691). Alguna sentencia aislada ha mantenido el criterio contrario, considerando equiparable los aumentos salariales a la teoría de la imprevisión (STS de 24 de abril de 1985), citada, y aparece que compartido el criterio por MESTRE DELGADO, Juan Francisco, en “*Tratado de derecho municipal*” 2011, cit. pág, 2142.

marzo, de desindexación de la economía española⁶⁸¹. No obstante, sí pueden ser causa de ruptura del equilibrio económico que ha de repartirse entre Administración y contratista cuando aquella improcedentemente participa de manera activa en la negociación colectiva (llegando incluso a aprobar esos convenios) o cuando los incrementos en los costes de personal vienen impuestos por disposiciones normativas o por convenios colectivos a nivel regional o nacional o de sector productivo.

- Demanda inferior a la prevista. Solo si la reducción es desmesurada y no derivada de una mala previsión o mala gestión del concesionario, procederá la compensación. La STS de 4 de julio de 2006 en un caso de menor demanda de la prevista, consideró que *«en primer término que la oferta y el porcentaje de tarifas especiales la realizó libremente la empresa, y si erró en las apreciaciones que efectuó, a ella, exclusivamente, es imputable esa circunstancia. Que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio. Pero, sobre todo, y esto es lo más importante, que los ingresos por esa circunstancia sean menores que los esperados no rompe el equilibrio financiero de la concesión, ya que eso no significa que la concesionaria no esté obteniendo beneficios y, por tanto, explotando satisfactoriamente la carretera construida»*. En el mismo sentido la STSJCyL de 13 de octubre de 2010 (rec. 015/2010) desestimó un consumo de agua inferior al previsto en el estudio económico del concesionario y del ayuntamiento. La STS 24 de marzo de 2015 ha desestimado un recurso presentado por la concesionaria de dos de las autopistas en quiebra, las radiales R-3 y R-5 de Madrid, alegando que la caída del tráfico constituye "un riesgo previsible" al negocio concesional *"la merma de flujo de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y que la empresa recurrente tuvo que considerar cuando participó en el concurso en el que se le adjudicó la concesión"*.

Esta inferior demanda puede deberse a una coyuntura general de descenso del consumo debido a la crisis económica como la que se está viviendo desde el año 2007, cuestión esta que ha sido ya objeto de controversia judicialmente resuelta. La Sentencia de la AN 21 de Octubre de 2013 (sección 8ª) considera que se ha de matizar el criterio del desequilibrio económico financiero producido en un determinado periodo de tiempo, como consecuencia de diversas circunstancias económicas que afectan a la generalidad de explotaciones mercantiles, negocios, actividades empresariales, y concluye que *"no puede considerarse imprevisible la variación del ciclo económico o la*

⁶⁸¹ El párrafo segundo del apartado 2 del art. 89 del TRLCSP dispone lo siguiente: *"Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto."*

variación de las condiciones en la forma de prestación en la ejecución de un contrato de tan larga duración, como el presente". En el mismo sentido, la STS nº 334 de 30 de junio de 2014, considera que *"la actual situación económica puede suponer, en aquellos supuestos en que quede acreditado, una alteración extraordinaria de las circunstancias, imprevisible en el marco de razonabilidad de la distribución asignación de los riesgos del contrato, cuya tipicidad contractual requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada"*. En el mismo sentido, al STS de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012) considera que las crisis económicas son cíclicas, como el desarrollo urbanístico, y que por lo tanto *"no constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción"*. En el IJCCA de Aragón 8/2013, se plantea una muy importante reducción de la demanda y estima que se ha producido un importante desequilibrio económico, pero que su restablecimiento supondría una modificación contractual sustancial, por lo que no es posible y propone la resolución del contrato.

Cuando la disminución en la demanda se debe en parte a obras nuevas realizadas por la misma u otra administración concedente, que repercuten en una anterior, la jurisprudencia más reciente considera que forma parte del riesgo y ventura del contratista. La STS de 16 de mayo de 2001 (rec. 566/2008), en relación con una de las llamadas "radiales" de Madrid, la AP Madrid-Toledo, y la construcción de una nueva autovía con recorrido coincidente, considera que *"no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista"*, ya que no puede "considerarse como algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras de transporte y, en particular, las carreteras" (en el caso, además, el TS precisa que se conocía el proyecto del desdoblamiento de la carretera en cuestión al licitarse la autopista de peaje". Este mismo criterio se reitera por el alto Tribunal en la citada STS de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012, AP R-3).

- 7. El 'reparto' del desequilibrio.** La obligación de cohonstar el principio del mantenimiento del equilibrio económico con el de riesgo y ventura (por todas las sentencia antes citadas, la STS de 28 de enero de 2015) cuando se ha acreditado un desequilibrio sustancial en la economía del contrato, por causas no imputables al contratista, las consecuencias varían según la causa a la que se debe el desequilibrio, como se ha esbozado. En el caso de la modificación del contrato, la compensación del montante de la modificación, en favor de la parte a la que perjudique, ha de ser integral. Cuando el desequilibrio se ha producido por un riesgo imprevisible, doctrina y jurisprudencia mantienen que la coordinación del principio de mantenimiento del equilibrio económico

con el de riesgo y ventura exige que el ‘montante’ del desequilibrio sea “repartido” entre ambas partes⁶⁸².

No está tan claro el criterio cuando se debe a un *factum principis*, pero nos inclinamos por entender que si la medida es adoptada por la propia Administración contratante, el tratamiento ha de ser el mismo que en el caso de una modificación contractual, debiendo realizarse una compensación íntegra del desequilibrio que la medida haya ocasionado, tanto el daño emergente como el lucro cesante⁶⁸³, eso sí, siempre a favor de la parte que corresponda. En este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 273/2014 señala incluso que la compensación por su ejercicio debe ser valorada no según las reglas de la *lex contractus*, sino por las de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas. Por el contrario, autores muy cualificados que ha profundizado en el estudio de esta figura, como A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ y J. F. MESTRE DELGADO⁶⁸⁴, mantienen, como la doctrina francesa mayoritaria, que en estos supuestos se debe producir un reparto de pérdidas, una distribución entre ambos contratantes, como en los supuestos de “riesgos imprevisibles”; y en ocasiones, la jurisprudencia directamente niega la compensación cuando la medida que afecta a la concesión se ha adoptado por una Administración diferente de la concesionante, como la STS de de 16 de mayo de 2011⁶⁸⁵. El Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, en su dictamen 236/2010, de 27 de octubre, considera que debe aplicarse en un supuesto de *factum principis* la doctrina del reparto del desequilibrio, con cita de la STS de 14 de marzo de 1985.

⁶⁸² Todos los autores citados en este trabajo se pronuncian a favor de este reparto: MESTRE DELGADO, Juan Francisco n “*Tratado de Derecho Municipal*” coordinado por MUÑOZ MACHADO, Santiago, cit. págs. 246 a 249; SOSA WAGNER, Francisco, en “*La gestión de los servicios públicos locales*”, cit., pág. 275; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, “*Curso de Derecho Administrativo*” cit., págs. 780 a 781; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel “*Manual de Derecho Local*” cit., pág. 469. STS de 21-X-1980, Arz. 4005; 14-III-1985, Arz. 1592; 24 -IV- 1985, Arz. 2229; 13-XI-1986, Arz. 8072; etc.

⁶⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “*Curso de Derecho Administrativo*” cit., págs. 727 y 128. STS 15-III-1985 (Arz. 1592) y 20-XII-1986 (Arz. 1175/1987).

⁶⁸⁴ BALLESTEROS FERNÁNDEZ Ángel, “*Manual de Derecho Local*” cit., pág. 469. MESTRE DELGADO, Juan Francisco, en “*Tratado de derecho municipal*” cit., pág. 2142, afirma que “*con la doctrina francesa se puede observar que los efectos y el régimen de la teoría d la imprevisión ha de ser, necesariamente, el mismo que el del fait du prince, pues obedecen ambas figuras a la misma naturaleza y causas*”. En cierta medida se recoge en la STS 9-X-1987, Arz. 8326.

⁶⁸⁵ En la STS de 11 de mayo de 2011 (rec. 566/2008) niega la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico cuando la decisión que afecta a la concesión ha sido adoptada por una administración diferente a la titular de la obra concesionada.

El problema estriba en cómo realizar ese “reparto equitativo” de las consecuencias económicas derivadas de ese riesgo imprevisible entre Administración y contratista, una “distribución proporcional y razonable” entre ambas partes, pues ni la doctrina o la jurisprudencia lo precisan, ni el legislador alude a ello expresamente. El artículo 215 del TRLCSP prevé esa posibilidad de reparto de riesgos, remitiéndose a lo pactado, para el contrato de colaboración público privada (si bien ese precepto no tiene equivalente en el ALCSP al desaparecer el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como figura autónoma). También el artículo 91.2 TRLCSP articula una especie de reparto de riesgos cuando “*por circunstancias excepcionales la evolución de los costes de mano de obra o financieros acaecida en un período experimente desviaciones al alza que puedan reputarse como impredecibles en el momento de la adjudicación del contrato*”; en este caso prevé este precepto que se podrá autorizar, transitoriamente, “*factores correctores de esta desviación para su consideración en la revisión del precio, sin que, en ningún caso, puedan superar el 80 por 100 de la desviación efectivamente producida*”. No obstante, esta previsión ha sido derogada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y el nuevo 89.2, párrafo segundo, no contempla una solución similar, ni mucho menos⁶⁸⁶.

Tampoco hay una postura clara de la doctrina ni de la jurisprudencia, como recuerda J. F. MESTRE DELGADO⁶⁸⁷, quien señala que “en nuestro Derecho no existe solución unívoca ni objetiva a este respecto”, y que “lo único que resulta claro es que, según la doctrina jurisprudencial, es preciso repartir la carga de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias imprevisibles”, reconociendo que “*la doctrina española no ha determinado la extensión de la reparación porque realmente es ésta una ardua cuestión de límites y casuística*”. Este autor citado recoge que en la doctrina francesa el principio de partida es también el de reparto de las cargas, y así se recogió ya en una circular de 20 de noviembre de 1974, que repercute al empresario un porcentaje del incremento de los costes en torno al 10%, mientras que el 90% lo ha de asumir la entidad contratante. Considera MESTRE DELGADO que en nuestro ordenamiento puede apreciarse también una postura “*a favor del concesionario*”, en el sentido de entender que éste sólo deberá soportar un porcentaje mínimo de ese incremento de precios derivado de las

⁶⁸⁶ Art. 89.2 TRLCSP. “*No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.*”

⁶⁸⁷ “*Tratado...*”, cit., pág., 2147.

circunstancias imprevisibles o del hecho del príncipe, “*cuanto menos en la misma medida que en el Derecho francés*”, es decir, sólo soportaría un porcentaje de en torno el 10% de estas cargas. Esta conclusión la extrae de la regulación que del principio del mantenimiento del equilibrio económico y del de suficiencia tarifaria se establece en el RSCL, y de la regulación del alcance de la subvención que se recoge en el art. 129.3 del mismo Reglamento, donde se incluye en éste la amortización del coste de establecimiento, los gastos de explotación y el margen normal de beneficio industrial.

La jurisprudencia tampoco se ha pronunciado, como hemos señalado, con claridad y contundencia a este respecto, moviéndose habitualmente entre conceptos jurídicos indeterminados que remiten a una concreción práctica que pocas veces debe llegar de nuevo a los Tribunales (de hecho no hemos encontrado ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto), tal vez agotadas las partes por el esfuerzo y tiempo para conseguir una sentencia en la que al final se elude un pronunciamiento preciso que concrete el alcance de la indemnización con cantidades o porcentajes exactos. Un ejemplo evidente de esta afirmación lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 21-XII-1984, y en la dictada en apelación por el Tribunal Supremo en el mismo asunto (STS de 20-XII-1986, Arz. 1175\1987), en el que remiten a la fase de ejecución de sentencia la cuantificación de lo que debe ser cubierto por la subvención en los diferentes conceptos, apelando, dice, a la “*complejidad que representa*”. No obstante, en algún caso el Alto Tribunal no considera necesario una mayor dilación para concretar el montante de la compensación y la fija directamente en la sentencia, como hizo en la de 8-X-1990 (Arz. 8843), en la que era el Ayuntamiento demandado quien solicitaba se dejase para la fase de ejecución de la sentencia esta determinación. Algún fallo aislado ha dado pautas más concretas a la hora establecer ese porcentaje de reparto. Un ejemplo lo tenemos en la STS de 12 de febrero de 1998 (Arz. 1208), en relación con un contrato de recogida de basuras y limpieza viaria del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, en la que da por bueno la repercusión de un 10% del incremento de costes al contratista tal y como se preveía en el pliego del contrato y en el artículo 57 del RCCL de 1955⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ STS de 12 de febrero de 1998 (Arz. 1208): “(...) *El margen del 10% de alteración, previsto en un Pliego aceptado por la concesionaria, no resulta desproporcionado ni ajeno al contenido natural de una revisión de precios. La técnica de la revisión de precios, salvo que -a diferencia de lo que aquí ocurre- resulte pactada otra cosa, responde al principio de cubrir, pro futuro, el riesgo que para el sinalagma contractual tienen las alteraciones en los precios. Una vez producidas las alteraciones es cuando la cláusula de revisión opera para restablecer un equilibrio económico alterado, ya que, en caso de automatismo, el contratista goza de una garantía que, como un seguro gratuito, le protege de todos los riesgos, trasladándolos a la Administración, mientras que de lo que se trata es de una asunción normal de riesgos, corregibles por la revisión de precios cuando los aumentos superan una cuantía crítica de desequilibrio, tal y como ha afirmado la Sentencia de 22 diciembre 1980 (...)*”.

Entiendo, sin embargo, que de otras consideraciones de la legislación vigente, puede llegarse a la conclusión de una interpretación algo más favorable a la Administración contratante, en concreto fijar el reparto en un 80-20%, debiendo asumir la Administración como máximo el 80% del montante del desequilibrio. Estos porcentajes se manejan en diferentes preceptos, que podrían aplicarse por analogía para cubrir la laguna legal:

- el 20% es tradicionalmente el porcentaje de los contratos concesionales exento de revisión de precios montante de los contratos (art. 91.1 del TRLCAP del año 2000, 89.1 del TRLCSP, que ya no se recoge en el art. 103 del ALCSP, aunque sí el artículo 9.2 del anteproyecto del Real Decreto de desindexación de la economía española⁶⁸⁹ y el art. 189.3.b ALCSP);
- el artículo 91.2 del TRLCSP contempla un caso de revisión extraordinaria de los precios de los contratos para hacer frente a “costes excepcionales e impredecibles” en la evolución de los costes de la mano de obra o financieros”, permite que el Consejo de Ministros u órgano equivalente de las CCAA autorice un factor corrector transitorio, “*sin que en ningún caso pueda superar el 80% de la desviación efectivamente producida*”, lo que supone que el contratista al menos ha de pechar con el 20% de esos incrementos extraordinarios (tampoco previsto en el ALCSP);
- las Leyes 26/2009 y 43/2010, de medidas para lograr la viabilidad de las concesiones de autopistas de peaje, fijan también el 80% el límite razonables de previsibilidad el tráfico real sobre el estimado en el plan económico financiero presentado en la oferta de la licitación, por lo que una desviación de la previsión de un 20% debería ser asumido por el concesionario como riesgo (así lo entiende la meritada STS de 28 de enero de 2015, rec. 449/2012).

Lo más acertado es prever el porcentaje que se estime oportuno en cada caso en el correspondiente pliego.

8. Las medidas para restablecer el equilibrio económico se recogen en la Ley de contratos, pudiendo concretarse en el PCAP (arts. 129 RSCL, 248 TRLCAP, 258.3 y 282.5 TRLCSP y 268.3 y 288.5 ALCSP). En caso de ruptura del equilibrio económico concesional, se han de adoptar las medidas necesarias para su corrección, medidas que sólo han de alcanzar para cubrir el porcentaje de desequilibrio que deba asumir la administración concesionante. Y que han de durar solo el tiempo necesario para lograr la compensación debida.

⁶⁸⁹ En desarrollo de La Ley homónima de 2/2015, de 30 de marzo, RD que ha estado en exposición pública hasta el 5 de mayo de 2015.

El pliego de cláusulas administrativas particulares puede prever las medidas a adoptar en cada caso, aunque es conveniente hacerlo en los términos abiertos que regulan los preceptos citados, para concretarlo en su momento en función de las circunstancias que concurran. Estos prevén, entre “*las medidas que en cada caso procedan*”, la modificación de las tarifas, la ampliación o reducción del plazo concesional (dentro del límite máximo de duración previsto en el contrato⁶⁹⁰, y con el máximo de un 10 ó 15% de la duración inicial para la concesión de servicios o de obras, respectivamente); cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato.

La aplicación de toda la doctrina expuesta en relación con esta institución se recoge de manera precisa por los Tribunales de manera constante. Tres ejemplos muy elocuentes que rechazan la reclamación del concesionario son las STS de 10 de Noviembre de 2009 (rec. de casación 930/2007)⁶⁹¹; STS de 13

⁶⁹⁰ Esta limitación de no superar la duración legal máxima prevista para las concesiones se señala en la STS de 8 de marzo de 2011 que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato: “*No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]. Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del ius variandi durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés público “las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el “equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”. Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida “por una sola vez”, la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal”.*

Esta STS se cita por GIMENO FELIU, José María, en el trabajo “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable” redactado para una Jornada sobre contratación pública, Madrid, 25 de abril de 2013.

En el mismo sentido la Resolución de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización del Ayuntamiento de Cáceres, ejercicios 2006 y 2007, cuestiona una prórroga de la concesión de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos urbanos.

⁶⁹¹ Esta STS analiza una solicitud de compensación formulada por incrementos extraordinarios en los precios de productos ligantes bituminosos durante la ejecución de las obras del proyecto denominado “Autovía de la Plata”. Reitera argumentos de las Sentencias de 18 y 25 de abril y de 4 de junio de 2008, recursos de casación números 5033, 5038 y 5093 de 2006, respectivamente. Extractamos sólo dos párrafos de su FJ 5º: “*El principio del equilibrio económico-financiero entre las partes no puede atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública*” (...). “*La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede*

de noviembre de 2012 (Arz. 8072); o la STS de 28 de enero de 2015, rec. 449/2012. Recogemos un fundamento jurídico de la STS de 13 de noviembre de 2012:

“(…) Considerando: Que, en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad de “concesión” (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración (ius variandi) o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (factum principis) o bien provenga de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de “rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”, mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo; y, a tal efecto, dicha coparticipación o colaboración, cuya base ordinamental, en lo que al riesgo imprevisible se refiere, se contiene en los arts. 126-2, b), 128-2, 2º y 153-2 del RSCL de 17 de junio de 1955, 73 y 74 de la LCE y 219, 221 y 222 de su RCE, puede presentar cauces diversos de manifestación o materialización, tales como la revisión de las tarifas del servicio, el otorgamiento de una subvención o aumento de la inicialmente otorgada, o cualquier otra compensación económica (por ejemplo, el cambio de sentido del canon concesional o la dación de anticipos sin interés), sin perjuicio, por supuesto, del uso ex contractu de la técnica (más propia, pero no exclusiva, del contrato de obras) de la revisión de precios, abierta, por la vía común del art. 12 de la LCE (aplicable a los tres contratos administrativos nominados o típicos), como respuesta a la necesidad de todo concesionario de garantizar la integridad de lo pactado frente a las fluctuaciones económicas (...).”

tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo” (...) “las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado, mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.”

De acuerdo con lo expuesto, ante una regulación legal que deja sin concretar muchos aspectos del principio del mantenimiento del equilibrio económico, resulta imprescindible una correcta regulación en los pliegos y una estricta aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión en estos contratos. Como hemos expuesto al comenzar el análisis de esta figura, la atención cuanto menos alega de las demandas de los concesionarios de algunos de los contratos de gestión de servicios públicos está, como se ha opinado, detrás de las enormes deudas de los Ayuntamientos más endeudados de España, como se puso de manifiesto en los Planes de Ajuste que debieron realizar en el año 2010⁶⁹². A veces detrás de desmesurados e improcedentes reconocimientos de compensaciones por supuestos desequilibrio económicos concesionales se han producido verdaderos caso de corrupción política y funcional.

Para tratar de evitarlo, al elaborarse los PCAP deben tenerse en cuenta los criterios siguientes para regular adecuadamente el sistema extraordinario de revisión de los datos económicos de la concesión cuando se produzca la ruptura del equilibrio económico de la misma:

- Tipificar adecuadamente de las causas de la ruptura que pueden dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico concesional («*ius variandi*», «*factun pricipis*» y «riesgo imprevisible») partiendo y concretando lo establecido en los artículos 258.2 y 282.4 del TRLCSP. Debería señalarse expresamente que la simple reducción en los beneficios que obtiene en el adjudicatario no se considerará en ningún caso causa para restablecer el equilibrio concesional, siendo necesario una situación de pérdidas continuadas y no derivadas de deficiencias de gestión por parte del contratista, no absorbibles por los beneficios ya obtenidos o que se estime razonablemente que se van a percibir, y que sea previsible que la causa que origina las pérdidas se mantendrá en el tiempo.
- Concretar los factores de la composición del precio del contrato no revisables, como los costes de la mano de obra, financiación, gastos generales y beneficio industrial (artículo 91.1 del TRLCSP) y beneficios de la explotación de la zona comercial (131.1 c) 4º TRLCSP).
- Determinar el porcentaje de reparto entre el concesionario y la Administración del saldo del desequilibrio (en ningún caso debería

⁶⁹² He conocido personalmente de los Ayuntamiento de León y San Andrés del Rabanedo (León), donde ejercí en puestos de secretaría varios años, pero prácticamente en la mayoría del los Ayuntamientos más endeudados, una parte sustancial de la carga financiera derivada de la incorrecta aplicación del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos en contra del Ayuntamiento. Las huelgas de los servicios de limpieza viaria y recogida de basuras que hasta no hace mucho era frecuentes en muchas ciudades en épocas “sensibles”, derivaban de expectativas a que las demandas laborales fueran asumidas por los Ayuntamientos, engordando así indirectamente los beneficios de las empresas porque en la mayoría de los casos los estudios económicos contemplaban el beneficio industrial en un porcentaje de los gastos.

trasladarse a la Administración más del 80% de la desviación efectivamente producido, artículo 91.2 del TRLCSP).

- Señalar los mecanismos que se utilizarán para restablecer el equilibrio, en función de la parte a la que corresponda, en de la forma de retribución del concesionario, la elasticidad de la demanda, la duración del contrato, etc. (arts. 258.3 y 282.5 del TRLCSP). Las medidas para reequilibrar la concesión se mantendrán exclusivamente durante el tiempo que duren las causas que provocaron la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Las entidades públicas deber ser especialmente diligente en analizar en cada concesión si se produce una ruptura del equilibrio económico en su favor, realizando las actuaciones para asegurar el restablecimiento oportuno.

Como se ha señalado, con esas ideas traté de que la comisión de redacción de la nueva LCSP regulase esta compleja institución, sin lograrlo, y los nuevos artículos siguen sin contemplar el supuesto de ruptura del equilibrio por riesgo imprevisibles diferentes de la fuerza mayor, no precisan que debe entenderse por “ruptura sustancial”, ni aluden a la necesaria coordinación del este principio con el de riesgo y ventura y como repartir entre las partes el montante del desequilibrio⁶⁹³.

⁶⁹³ En el grupo de trabajo que redactó el anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, participé en representación del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local (COSITAL) para abordar la regulación del contrato de concesión de obras y de servicios, aparte de incluir la obligación del preceptivo informe del secretario municipal para la adopción de acuerdos sobre mantenimiento del equilibrio económico de los contratos, no logré que se incorporase una redacción del mantenimiento del equilibrio económico en ambas concesiones que, en mi opinión, recogiese la doctrina jurisprudencial consolidada sobre esta figura. Esta era la propuesta de regulación que propuse a ese grupo de trabajo:

“Riesgo y ventura, revisión de precios y equilibrio económico de la concesión.

1. Todo contrato de concesión se realizará a riesgo y ventura del adjudicatario, que asumirá los riesgos económicos derivados de la explotación económica de la obra o servicio, lo que incluye los riesgos de la demanda o del suministro u oferta, o ambos, en los términos y con el alcance que se precise en los pliegos y en la oferta que haya realizado el adjudicatario.

2. El contrato de concesión, con el fin de garantizar la necesaria equivalencia de las prestaciones, deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en los apartados siguiente.

Se entiende que el contrato está equilibrado en los términos que se derivan del estudio económico y financiero aprobado por la entidad contratante, con la corrección del mismo por parte de los licitadores en su oferta, que será considerado documento contractual. En ningún momento se podrá reclamar un reequilibrio de la economía de la concesión sobre la base de cálculos o datos erróneos ese estudio de costes e ingresos, ni siquiera apelando a que el error deriva de datos incorrectos aportados por el poder adjudicador, siendo responsabilidad de la empresa la verificación de los mismos y de cuantos otros consideren necesarios para la correcta estimación de todos los datos a tener en cuenta en la explotación. La consecución de los resultados económicos previstos por el adjudicatario en su plan económico y financiero será el riesgo de explotación que asume.

3. La revisión de precios establecida en el contrato será la forma ordinaria de restablecer el equilibrio en el contrato por las fluctuaciones de los costes de explotación a lo largo de la vida de la concesión. La fórmula de revisión de precios se fijarán en el contrato de acuerdo con lo establecido en esta ley.

Una cuestión novedosa en el campo del mantenimiento del equilibrio económico del contrato es la nueva Oficina Nacional de Evaluación para contratos concesionales, creada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya disposición adicional novena, que modificó varios preceptos del TRLCSP, añade a éste una nueva Disposición Adicional 37ª que regula esta institución. El objetivo de esta Oficina es analizar la sostenibilidad financiera de los contratos concesionales de obras o servicios, del Estado y de las EELL (no de las CCAA) cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o explotación, o cuando asuma la entidad pública total o parcialmente las tarifas de los usuarios (en este caso sólo si los gastos de primer establecimiento o el importe de las obras es superior a un millón de euros). También ha de informar previa y preceptivamente los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones. En esta regulación se alude a la necesaria traslación del riesgo de la demanda al

4. El órgano de contratación deberá restablecer de manera excepcional el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º.- Que hayan transcurrido más de una cuarta parte del plazo por el que se haya otorgado la concesión.

2º.- Que se produzca una ruptura sustancial de la economía de la concesión, entendiéndose por tal la incursión de la explotación en pérdidas continuadas por circunstancias ajenas a la buena diligencia del empresario, y que sea previsible que van a perdurar en el tiempo. No se tendrán en cuenta a estos efectos en la variación al alza de los costes de explotación los costes de la mano de obra, los financieros, los gastos generales, ni el beneficio industrial.

3º.- Que la alteración sustancial de la economía de la concesión se produzca, exclusivamente, por alguna de las causas siguientes:

a) Cuando el órgano de contratación modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en esta ley, las condiciones de explotación de la obra o servicio.

b) Cuando actuaciones de cualquier poder público competente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen de forma directa la ruptura de la economía del contrato. No se tendrán en cuenta a estos efectos cambios en el marco fiscal que afecte a la empresa o al servicio, a excepción del IVA.

c) Cuando acontezcan circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias e imprevisibles para un empresario diligente que alteren el equilibrio económico de la concesión.

d) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

5. En los casos de modificaciones contractuales con repercusión económica, se restablecerá íntegramente la economía concesional en favor de la parte a quien corresponda en los términos que resulten del estudio económico realizado para realizar tal modificación.

En el caso de fuerza mayor el órgano de contratación abonará al concesionario el importe total de las obras destruidas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros.

En el resto de supuestos se deberá prever en los pliegos el reparto del desequilibrio económico, de manera que este principio se cohoneste con el de riesgo y ventura, de tal modo que no se ponga en riesgo la continuidad del servicio o la explotación de la obra, ni se confiera una garantía de rendimientos mínimos al concesionario. En ningún caso la entidad contratante deberá asumir más de un 80 por ciento del montante del desequilibrio económico de la concesión.

6. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la parte que corresponda se realizará mediante la adopción alguna de las medidas siguientes, o la combinación de varias de ellas: revisión extraordinaria de las tarifas a abonar por los usuarios; modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato; reducción o ampliación del plazo concesional dentro del plazo máximo legalmente previsto para este tipo de contratos, sin exceder de un 15 por ciento de su duración inicial.

Las medidas adoptadas deberán ser modificadas cuando varíen las circunstancias que las motivaron.

concesionario y se apela también al control sobre el equilibrio económico del contrato. Esta oficina deberá estar en funcionamiento antes del 2 de abril de 2016.

C.4. Controlar la eficiencia en los casos de posible sucesión de empresa con subrogación laboral; evitar incurrir en cesión ilegal de trabajadores y ficción de contrato laboral; vigilar el cumplimiento de las obligaciones sociales, tributarias y de seguridad y salud laboral de los adjudicatarios en relación con los trabajadores que ejecuten los contratos⁶⁹⁴.

Las instituciones de Derecho laboral en garantía de los derechos de los trabajadores pueden tener efectos negativos para una gestión eficiente y sostenible de los contratos públicos, por lo que es necesario adoptar medidas para garantizar una adecuada interrelación entre los derechos laborales y la eficiencia en la gestión de los fondos públicos. La subrogación laboral y la cesión ilegal de trabajadores pueden ser utilizadas para beneficiar directamente a determinados trabajadores con una utilización nepótica de estas instituciones laborales y/o para trasladar a la entidad contratante cargas sociolaborales que corresponderían al contratista; costes que también pueden acabar cargados en la entidad pública contratante por aplicación de las responsabilidades subsidiarias que la legislación laboral y tributaria imponen a los promotores de los trabajos en lo que un contratista ha incumplido sus obligaciones con Hacienda y la Seguridad Social en relación con los trabajadores que ejecutan esas obras o servicios.

El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre, TRET en lo sucesivo) regula sus artículos 42, 43 y 44 tres instituciones jurídicas que afectan directamente a los contratos públicos, sean o no administrativos: subcontratación de obras y servicios; cesión de trabajadores y la sucesión de empresa. Además, determinados contratos aparentemente administrativos, pueden ser sancionados como laborales. También, las obligaciones que impone la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo han de tenerse muy en cuenta al ejecutar casi cualquier contrato administrativo, y no solo el de obras.

Por ello, pese que la RTACRC 730/2014, de 3 de octubre señala que en un contrato de servicios se dan dos relaciones jurídicas distintas, sometidas a regímenes jurídicos separados, la laboral entre la empresa y sus trabajadores (art. 34 del TRET), y la contractual, entre esa empresa y la entidad pública contratante (art. 305.1 del TRLCSP), existe una interconexión entre ambas relaciones que se traduce en consecuencias directas en el contrato público, lo que hace necesario abordar adecuadamente todas estas cuestiones en los pliegos, y controlar

⁶⁹⁴ Me he ocupado de todas estas cuestiones en trabajo citado “Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”.

estrictamente el cumplimiento de las disposiciones que se establezcan al respecto en la ejecución de los contratos, para tratar de evitar perniciosas consecuencias penalizadoras para la entidad contratante por los incumplimientos de los adjudicatarios en estos aspectos.

C.4.1. Subrogación laboral por sucesión de empresa

La «sucesión de empresa» es una institución tuitiva de derechos los trabajadores regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre, TRET), en trasposición de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo⁶⁹⁵. Se configura como un derecho de los empleados ante el cambio de titularidad de una empresa, pues conlleva la «subrogación laboral», la traslación de los trabajadores con sus derechos económico-laborales de una empresa a otra; en palabras del TJUE, el objetivo de esta institución es “*proteger a los trabajadores por cuenta ajena en el caso de transmisión de empresa*”(STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/209, apartado 29)⁶⁹⁶.

La aplicación de esta institución del derecho laboral a las Administraciones públicas ha generado una constante conflictividad y una doctrina jurisprudencial en permanente evolución. La sucesión de empresa y consiguiente subrogación laboral puede operar en diferentes tipos de situaciones dentro de la actividad de una Administración u otra entidad del sector público:

- cambio de adjudicatario en un contrato administrativo para la prestación de servicio externalizado;
- “externalización” de un servicio o actividad que una Administración u otra entidad del sector público venía realizando con sus propios medios;
- “internalización” o “remunicipalización” de un servicio gestionado indirectamente que la entidad titular decide prestar directamente, bien a la terminación de la relación contractual, bien mediante la extinción anticipada del contrato o rescate de una concesión;
- reestructuración del sector público con disolución de entidades instrumentales;

⁶⁹⁵ Para un estudio completo de estas instituciones puede verse en el libro “*El fenòmenen de la successió empresarial en l’administració pública: contingut i conseqüències de l’aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l’Estat dels Treballadors*”, de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, editado por la Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona 2010. Y centrado en el ámbito de la contratación pública: “Sucesión de empresa y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública” CUNAL n° extraordinario septiembre 2013, págs. 409 a 438, trabajo de ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel.

⁶⁹⁶ Esta figura opera incluso cuando se trata de trabajadores con discapacidad contratados por un Centro Especial de Empleo, que pueden pasar por subrogación a una empresa que no tenga esa calificación, o viceversa, trabajadores con minusvalía contratados por un CEE en los que se subroga una empresa que no lo es (STS, Sala 4, de 22 de abril de 2013, rec. 748/2012; STS, Sala 4ª Social; STS 4ª de 10 Feb. 2014, rec. 93/2013); STS, sala 4ª, de 16 de diciembre de 2014, (rec. 1198/2013).

- transferencia de competencias entre Administraciones; creación, disolución o modificación de EELL (mancomunidades, consorcios, EELL menores).

En todos estos supuestos se plantea la situación de los trabajadores que estaban realizando la actividad o servicio que pasa de ser ejercido por una empresa o entidad diferente a aquella con la que tenían suscrito su contrato laboral, o deja de prestarse. Estas situaciones generan tres tipos de problemas: social, por la posible pérdida de empleo de los trabajadores; laboral, por el encaje de la situación en la normativa de acceso al empleo público –directa o indirectamente-; y económico, por los costes de los trabajadores que se transfieren al nuevo empleados, o por las indemnizaciones por despido en caso de que no proceda la subrogación.

En general, todos los trabajadores estarán interesados en que su relación laboral continúe con el nuevo empleador, ante el riesgo de ser despedidos por una causa objetiva si optan por permanecer en la empresa o entidad cedente de una rama de actividad productiva (art. 51.1 en relación con el 52.c del TRET), salvo que por sus circunstancias personales (por ejemplo la edad) les compense el despido.

La resolución de esta situación se ha de solventar esencialmente atendiendo al derecho laboral, pero sin que ello suponga una vulneración del administrativo, si bien el conflicto entre ambas jurisdicciones podría decirse que se ha resuelto en favor de la primera, incluso cuando se ha enfrentado al posible quebranto del artículo 103.3 de la CE por permitir la incorporación como empleados públicos sin haber superado un procedimiento que haya respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad (incorporación, eso sí, forzosamente temporal, como trabajadores «indefinidos no fijos»). Resulta por ello imprescindible acercarse a la regulación laboral de la figura de la sucesión de empresa y a la doctrina jurisprudencial que la ha interpretado, tachonada de sentencias para unificación de doctrina de las salas de lo social y lo contencioso-administrativo.

La subrogación laboral por sucesión de empresa puede venir impuesta por tres tipos diferentes de normas, lo que da lugar a tres tipos de sucesión de empresa:

- a. legal: por concurrir los supuestos que el artículo 44 del TRET establece para considerar que se produce la transmisión de una unidad productiva autónoma.
- b. convencional: por imponerlo un convenio colectivo sectorial.
- c. contractual: por acuerdo entre las partes firmantes del contrato por el que se transmite la actividad productiva.

Estos tres tipos de sucesión de empresa se pueden producir igualmente cuando interviene una Administración u otra entidad del sector público. Sin embargo la singularidad de los entes públicos, especialmente de las Administraciones, matiza

y limita la aplicación de esta institución.

La sucesión de empresa por imperativo legal se produce, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial consolidada, cuando se transmite la titularidad una entidad productiva autónoma, acompañada de la transferencia de los factores técnicos, organizativos y productivos que permitan la continuidad de la actividad empresarial manteniendo así su identidad. El supuesto de hecho de la sucesión de empresas está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos, recopilados en la STSJ de Galicia, sala de lo Social, 2074/2015 de 17 de abril de 2015 (Rec. 86/2013):

1. que el cambio de titularidad de la empresa, de partes de empresas o centros de actividad que constituya una unidad productiva autónoma, una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados que puede llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria⁶⁹⁷. Este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto «inter vivos» de cesión, fusión, o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) de una parte significativa de la misma; o en virtud de una transmisión «mortis causa» de la empresa [arts. 44 y 49.1 g) del TRET).
2. que se produzca una transmisión de elementos patrimoniales que constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, no bastando la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente, *"la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación"* (STS de 29 mayo 2008, que cita otras muchas).

Si se cumplen los requisitos señalados, los trabajadores pueden no aceptar la subrogación, pero en ese caso se enfrentan a un posible despido por causas objetivas trabajador (STSJ de Madrid núm. 93/2011, de 10 de febrero (rec. 4052/2010), con lo que en buen medida la subrogación se les impone (STS de 27 octubre 2005, STS de 14 febrero 2011⁶⁹⁸). En todo caso, siempre ha de comunicárselo a los trabajadores y éstos pueden renunciar a la subrogación.

⁶⁹⁷ Estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997\45) (caso Süzen), 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998\308) (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998\309) (caso Sánchez Hidalgo), 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999\283) (caso GC Allen), 26 de septiembre del 2000 (RJ 2000\212) (caso Didier Mayeur), 25 de enero del 2001 (RJ 2001\22) (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (TJCE 2002\29) (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (RJ 2003\386) (caso CarlitoAbler).

⁶⁹⁸ La STS de 27 octubre 2005, RCAD. 697/2004, RJ 2005\9933 consideró que se produjo una sucesión de empresas con la creación por Iberia de empresas de servicios de tierra en los aeropuertos; la STS de 14 febrero 2011, social, rec. 130/2010, la estimó en la segregación de las actividades publicitarias, de impresión y de servicios por el «Diario el País, SA».

Un tratamiento singular se da en las actividades en las que el elemento productivo más significativo es la mano de obra. En estos casos la jurisprudencia ha considerado que la entidad productiva mantiene su «identidad» cuando el nuevo empresario, además de continuar con la actividad de que se trata, se hace cargo de una parte significativa del personal que la anterior empresa destinaba a esa tarea, bien contratando a los trabajadores de la anterior empresa porque lo estima conveniente para la buena marcha de la actividad que asume, bien por haberlo acordado así en el contrato por el que el adquiere la empresa o sección que constituye la unidad productiva autónoma (sucesión contractual)⁶⁹⁹.

La subrogación convencional es la que se produce cuando, aun no concurriendo los requisitos del artículo 44 del TRET, así lo prevé una “*norma convencional eficaz*”, (en palabras tomadas por S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO de la STSJ de Galicia de 22 de enero de 2003), como suele ser habitual en muchos sectores de la actividad con elevada utilización de mano de obra y escaso soporte material (limpieza, jardinería, seguridad, atención a dependientes,...)⁷⁰⁰. La sucesión en estos casos ha de ejercerse en los términos y con el alcance establecido en el convenio respectivo en cada caso. Como recoge la citada profesora, la compatibilidad de esta “imposición” de los convenios con la libertad de empresa y libre competencia ha sido admitida por los Tribunales por entender que el pacto convencional se ha alcanzado precisamente por los representantes de las empresas en ejercicio de ese derecho de libertad de empresa (por todas, la STSJ de Valencia de 3 de marzo de 2005).

En cuanto a la subrogación pactada en un contrato (privado) pese a no concurrir los requisitos del artículo 44 del TRET, requiere la aceptación de los trabajadores. Pero mientras nada impide que dos empresarios pacten, con anuencia de los trabajadores afectados, la previsión en un contrato público de la subrogación laboral cuando no viene obligada por concurrir los requisitos del artículo 44 del TRET, esta posibilidad (imponiéndola en los pliegos) está vedada a la iniciativa de las entidades públicas por prescripciones de derecho administrativo, como se analizará un poco más adelante.

El principal efecto de la sucesión de empresa es que el empresario cesionario asume al personal del cedente que realizaba los trabajos objeto de la transmisión, inicialmente con los derechos socio-laborales establecidos en su convenio (por

⁶⁹⁹ Puede verse esta doctrina en la STJCE de 14 de marzo de 1994 del TJUE (asunto C-392/92; STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, caso Süzen); STJCE de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C 173/96 y 247/96); STJUE de 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO, STJUE de 20 de enero de 2011, asunto CLECE. La jurisprudencia española aplica lógicamente la doctrina del TJUE: STS de 28 de abril de 2009 (RJ 2009/2997); STS de 11 de julio de 2011, RCU 2861/2010; STSJ de Castilla-La Mancha 273/2011 de 8 marzo; o la STSJ de Madrid de 15 de abril de 2012;

⁷⁰⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, en el trabajo “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, publicado en la Revista Jurídica de Castilla y León n.º 3, monográfico sobre los “Despidos en el Sector Público”, septiembre de 2015, coordinado por esta profesora, pág. 14 de ese capítulo, en donde recoge las referencias de publicación de los convenios colectivos de los sectores citados.

todas, la STS, Sala 4ª, de lo Social, Sentencia de 14 de mayo de 2014, Rec. 2232/2013). Los convenios colectivos pueden imponer obligaciones o consecuencias adicionales en beneficio de los trabajadores, en cuyo se habrá de estar a los requisitos (por ejemplo determinada antigüedad mínima en la empresa) y a las consecuencias en él reguladas, como recuerdan, entre otras las STSJ Madrid de 14 de julio de 2008 o de 15 de abril de 2010, rec. 5254/2009.

Resumida así la regulación laboral, hemos de analizar en qué medida pueden afectar a los contratos públicos y a las diferentes actuaciones de organización de las Administraciones públicas. Nos ocupamos aquí solo de la vertiente contractual de la cuestión, en la que se han de abordar las cuestiones siguientes:

- la sucesión de contratos de un adjudicatario a otro
- la sucesión de la Administración en la prestación del servicio o la renuncia por esta a seguir ofreciéndolo
- la vinculación a la Administración de convenios sectoriales
- la posibilidad de imponer la subrogación en una nueva contratación cuando no concurren los supuestos de la sucesión legal ni convencional.

Todas estas cuestiones han de analizarse, además de con la legislación laboral, sin perder de vista otras dos cuestiones: la obligación de la Administración y el sector público en general de someter sus decisiones al filtro de la eficiencia en el gasto público con el respeto a los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria; y la limitación de la actuación de la administración a realizar aquello que expresamente la Ley le permite. La conjugación de esta normativa y la doctrina jurisprudencial, se puede sintetizar en las conclusiones siguientes:

- Una sucesión de contratos públicos constituye una unidad productiva autónoma que implica la transmisión del personal afecto a la misma de un contratista a otro, si va acompañada de la transferencia de un activo patrimonial que sustente la actividad, pues ni la contrata ni la concesión administrativa constituyen por sí mismas unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 del TRET (STS 19 diciembre de 2012 con cita de la STS de 20 de noviembre de 2011). Así lo han sentenciado también los TARC: la mera sucesión de contratos de una Administración no es causa que determine la subrogación prevista en el art. 44 TRET, salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización básica para la explotación (RTACRC 272/2015, de 23 de marzo)
- En aquellos contratos en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra y sin precisar especial soporte material, o en los que la infraestructura ha de ser aportada íntegramente por el nuevo adjudicatario, opera la subrogación del personal del anterior adjudicatario en el nuevo si así lo prevé el convenio colectivo sectorial que corresponde a la actividad objeto del contrato.
- Cuando un servicio revierte a la Administración por extinción de un contrato o ésta rescata o resuelve anticipadamente un contrato, bien para prestarlo

directamente bien para dejar de hacerlo, ha de asumir el personal de la empresa que lo venía realizando cuando revierte a la entidad titular del servicio o actividad los activos materiales con los que la empresa los estaba prestando, por concurrir los requisitos de la sucesión legal. Cuando se trate de actividades que no precisan elementos materiales relevantes para su ejecución, o el propio contrato no contempla la reversión del inmovilizado, no procede la subrogación laboral ni siquiera aunque el convenio colectivo del sector lo prevea, ya que el convenio no se aplica a quien no ha tomado parte en el mismo (STSJ de Aragón de 8 de julio de 2009; STS, sala de lo social de 21 de abril de 2015, rec. 91/2014). El despido de los trabajadores y la correspondiente indemnización corresponde en estos casos a la empresa concesionaria o contratista⁷⁰¹.

- La Administración no puede imponer en un nuevo contrato la subrogación del personal en un contrato si no concurren los requisitos para que se produzca una sucesión de empresa por imperativo legal o ésta deriva expresamente del convenio.

Los efectos sobre el erario público de la sucesión de empresa han de tenerse muy presentes a la hora de tomar cualquier decisión en cuanto a la forma de prestar un servicio configurar un contrato. El juego de esta institución no sólo convierte en «fijos del servicio» a los trabajadores que lo prestan, sino que pueden ser un “estímulo” para incrementar los gastos de personal si, como no ha sido infrecuente, se han luego trasladado a la entidad contratante por una irregular aplicación del principio de mantenimiento económico de los contratos⁷⁰². En el caso de que la decisión que se adopte implique una subrogación laboral legal o convencional, se han de analizar con extrema cautela a qué trabajadores afecta a la vista de sus correspondientes contratos de trabajo, ya que no todos los trabajadores de la empresa cedente han de pasar al nuevo. Así, por ejemplo, no se verían afectados en general los trabajadores cuyo contrato no les vinculase exclusivamente al servicio o actividad que se transmite por la subrogación, como el personal directivo o los gerentes⁷⁰³, tampoco los que realicen otras tareas en la empresa además de algunas para el servicio público contratado, ni los que no cumplan los requisitos que en su caso haya establecido el convenio laboral aplicable o los hubiese incorporado el empresario al servicio contraviniendo normas del propio contrato administrativo).

Ha de tenerse también en cuenta que una vez producida la subrogación laboral,

⁷⁰¹ Así lo mantiene también la profesora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, cit., pág. 15.

⁷⁰² Como ya viene rechazando el TS al menos desde la SSTS de 2-XII-1988, Arz. 9451, pronunciamiento recogido también en la STS de 8-XI-1994, Arz. 8503. Mismo criterio seguido por las JCCA: IJCCA de Cataluña 2/2011, de 14 de abril; en el IJCAE 60/08, de 31 de marzo de 2009 se vislumbra la cuestión al analizar el riesgo de una huelga de los trabajadores del servicio de recogida de basuras, que la Junta con buen criterio considera que es un riesgo del contratista que no puede trasladar a la entidad contratante.

⁷⁰³ STSJ Castilla y León de 7 de abril de 1992, Arz. 2026: “*un gerente desarrolla funciones de administración y representación de la sociedad derivadas del ejercicio de facultades inherentes a la titularidad de la empresa (por lo que) se considera personal de alta dirección. En consecuencia no es de aplicación el artículo 44 ET.*”

la regulación de las relaciones laborales en los convenios es “dinámica” es decir, los derechos laborales que arrastra el trabajador de su anterior contratante sólo perduran hasta que se articula en la nueva empresa un nuevo convenio (art. 44.4 TRET)⁷⁰⁴.

Cuando la subrogación laboral va anudada a un contrato público del tipo de que sea (generalmente contratos de tipo concesional y de servicios), deben tomarse medidas en la fase de preparación del contrato, en los pliegos, y durante la ejecución, para articular adecuadamente esta institución: por un lado, ofrecer a los licitadores los datos precisos del personal que legalmente tiene el derecho (que no el deber, como se ha señalado) a pasar a un nuevo adjudicatario, para que pueda valorar los costes correspondientes al realizar su oferta; por otro, tratar de minimizar las consecuencias negativas para las arcas de la entidad pública contratante puede llegar a suponer una subrogación laboral mal articulada y controlada. El artículo 120 TRLSP (y en términos similares el artículo 130 del ALCSP) impone ese deber de facilitar información a los licitadores en la documentación contractual para poder estimar adecuadamente en sus ofertas los costes laborales que la subrogación laboral va a suponer⁷⁰⁵.

Desde la óptica del principio de transparencia y la lucha contra la corrupción, la obligación de aplicar de manera rigurosa esta institución viene demandada no solo por la genérica obligación de respeto a la Ley, sino por otros dos tipo de motivos: por una lado, no es infrecuente que los contratos administrativos de servicios y de tipo concesional sean utilizados para contratar a personas con diferentes tipos de afinidades a políticos, altos funcionario o empresarios, pues estos empleos son de larga duración, especialmente vía sucesión de empresa en servicios cuya continuidad es previsible; por otro lado, la institución de la sucesión de empresa puede estimular el incremento de costes laborales, dado que el personal subrogado se transfiere con su antigüedad y demás derechos sociolaborales, por lo que no

⁷⁰⁴ STS de 31 de marzo de 2011 (sala de lo social sección 1ª, RJ 2011/3692); STSJ de Castilla y León de 19 de mayo de 2012 (sala de lo social, RJ 2011/195247). La STS de 27 octubre 2005 (RCUD 697/2004, RJ 2005/9933), recopila una clara y consolidada doctrina al respecto: el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, (STS de 13 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1265); la subrogación "*no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador*" (STS de 20 de enero de 1997, RJ 1997, 618).

⁷⁰⁵ La RTACRC 20/2015, de 9 de enero de 2015 considera adecuadamente cumplida esta obligación cuando se facilita la información sobre “la fecha de antigüedad del trabajador, el tipo de contrato y la categoría”. La RTACRC 879/2014, de 28 de noviembre de 2014 recuerda que la subrogación esté prevista en el convenio colectivo, es obligación del órgano de contratación informar sobre la misma, recabando información en su caso del actual adjudicatario; no obstante, señala que la información facilitada conforme al artículo 120 TRLCSP no supone prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación, afirmación que no compartimos totalmente, pues si la información facilitada se constata que era incompleta o errónea y ello lleva a un licitador a formular una oferta inadecuada, entiendo que podría reclamar responsabilidades al órgano de contratación.

pocas veces se pactan condiciones mejores que en el sector estrictamente privado, al preverse que los costes de esos derechos van a ser asumidos por la entidad pública titular del servicio, bien al adjudicar de nuevo el contrato, ya directamente si por una nada infrecuente aplicación incorrecta del restablecimiento del equilibrio económico se trasladan los costes laborales a la entidad pública contratante. Por ello es imprescindible analizar en cada supuesto si concurren los supuestos legales señalados, para determinar si procede una sucesión de empresa y con ella la subrogación laboral, qué personal se verá afectado por ello, y qué coste supone, evitando aplicarla cuando no concurren los supuestos legales y convencionales, y cuando aun procediendo se acredite la ineficiencia de la contratación que se plantea, tratar de realizar una nueva configuración del servicio con el objetivo de romper la unidad productiva y con ello eludiendo la sucesión de empresa.

En todo caso ha de tenerse muy presente que en el caso de que se produzca una sucesión de empresa cuando una administración vuelve a prestar directamente un servicio y se ve compelido por mor de esta institución a asumir los trabajadores que lo prestaban por medio de un contratista privado, ingresan en la Administración como personal INDEFINIDO NO FIJO, (STS de 21 de julio de 2011, rec. 2883/2010; STS de 12 de junio de 2012, rec. 1831/2011; STSJ de Extremadura 382/2014, de 8 de julio de 2014, rec. 259/2014; STSJ de Madrid de 1145/14, de 3 de diciembre de 2014, rec. 414/2014). La Administración que se ve compelida legalmente a asumir ese personal tiene la obligación inmediata de crear las plazas necesarias, amortizar las que no precisa, y cubrirlas por el procedimiento legal correspondiente: ampliación de jornada de sus laborarles con contrato a tiempo parcial, concurso de traslados entre su personal, o personal de otras administraciones, o concurso oposición libre. Los trabajadores subrogados que adquieran en el procedimiento una plaza, entran en la Administración sin antigüedad, y con el convenio municipal, y los que no superan el proceso selectivo, han de ser despedidos e indemnizados por la Administración⁷⁰⁶. Cabe plantear si los responsables políticos de una Administración que no adopta esa medidas puede incurrir en prevaricación por omisión y malversación de caudales públicos si se mantienen relaciones laborales más costosas.

C.4.2. Cesión ilegal de trabajadores y ficción de contrato administrativo⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Sobre esta cuestión puede verse el artículo de AGUSTÍ JULIÀ, Jordi, “*La evolución —procelosa e inacabada— de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo*”, publicado en la Revista Jurídica de Castilla y Leon n.º 37, monográfico sobre los “Despidos en el Sector Público”, septiembre de 2015.

⁷⁰⁷ El objeto de este trabajo es analizar exclusivamente los efectos de esta institución en la contratación del sector público, sin pretender abordar su configuración jurídico-laboral. Puede verse al respecto el libro de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, “*la cesión ilegal de trabajadores*”, Ed. Fundación Confemetal, Madrid, 2012.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, regula esta institución laboral para proteger a los trabajadores ante situaciones que esconden una intermediación en la contratación de personal que no se realice a través de una empresa de trabajo temporal⁷⁰⁸, lo que se calificada como “tráfico ilegal de mano de obra”. Este precepto entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores *“cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*.

Se condena por lo tanto una situación fáctica, objetiva, con independencia de la naturaleza jurídica de los agentes contratantes, públicos⁷⁰⁹ o privados, bajo cualquier tipo de personificación jurídica, y del tipo de contrato que sea (aunque el artículo 43.2 alude expresamente a contratos de servicios, se utiliza el término en sentido amplio propio de esta legislación⁷¹⁰). La jurisprudencia ha sistematizado, en desarrollo de lo establecido el precepto transcrito, las situaciones e indicios que llevan a concluir que se está ante una situación de cesión ilegal de trabajadores, de los que podemos extraer los tres más relevantes:

- que se contrate la realización concreta de unos trabajos singularizados y no *“la actividad misma de los trabajadores de la contratista”*;
- que el empresario ejercite sus poderes empresariales dirigiendo efectivamente a los trabajadores (horarios, permisos, retribuciones); y
- que asuma el “riesgo” empresarial inherente, percibiendo un pago en función de resultados, y no una cantidad más o menos fija de forma periódica (STSJ de Madrid 5/2012, de 11 de enero, rec. 2362 /2011, con apoyo en la doctrina de la STS de 3 de octubre de 2005; STS de 4 de julio de 2012, RCUd nº 967/2011; sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Valladolid, 194/2014, de 15 de mayo).

La consecuencia de una cesión ilegal de mano de obra se establece en los apartados 3 y 4 del artículo 43 TRET:

⁷⁰⁸ La disposición adicional quinta de la LCSP que establecía restricciones a la contratación de las Administraciones Públicas con ETT fue derogada por La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

⁷⁰⁹ STS de 17 de septiembre de 2002, 4 de marzo de 2008, 25 de junio de 2009, citadas todas ellas en la STSJ de Castilla y León de 15 de enero de 2015, rec. 1814/14.

⁷¹⁰ Como puede verse, por ejemplo, en la STS de 4 de julio de 2012, Sala de lo Social, rec. 967/2011

1º. Las empresas “responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos” (art. 43.3 TRET).

2º. Los trabajadores afectados “tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. Estos trabajadores conservarán su antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal, el resto de sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo en la empresa cesionaria⁷¹¹.

Cuando una de las entidades inculpadas por haber incurrido en cesión ilegal de tratadores es una entidad pública y el trabajador opta por incorporarse en esta, se produce un enfrentamiento entre el ordenamiento jurídico laboral y el administrativo, ya que el trabajador entra en el sector público por un procedimiento que no ha respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad que éste impone (arts. 103.2 CE; 55 del Estatuto Básico del Empleado Público y 301.4 del TRLCSP). La contradicción ya fue resuelta por la STS de 20 de enero de 1998, confirmada prácticamente sin matices en todas las posteriores, que resume la evolución en la resolución del conflicto entre ambas normativas y concluye con la consideración del personal que accede por la vía del artículo 43.4 del TRET a un empleo público como «indefinido no fijo».

Este problema ha sido denunciado por el Tribunal de Cuentas de manera reiterada (informes de 30 de noviembre de 2000; de 25 de enero de 2005; de 26 de febrero de 2009⁷¹²) y la Abogacía General del Estado (Circular laboral 2/2007). La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, adoptó el 27 de octubre de 2010 la Resolución titulada «Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias

⁷¹¹Una jurisprudencia consolidada y uniforme al menos desde las STS de 20 y 21 de enero de 1998 (rec. 1998\1000 y 1998\1005), otorga a los trabajadores que han sido objeto de cesión ilegal, la opción de elegir reincorporarse a la empresa cedente o cesionaria, si bien la elegida pueda optar por la readmisión del trabajador o su despido improcedente indemnizado, despido que entendemos forzado cuando la entidad es pública. Así en las sentencias de 19 de junio de 2002; 27 de diciembre de 2002; 28 de octubre de 2003; de 7 febrero 2011; 4 de julio de 2006; 5 de febrero de 2008; STS, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2012 (rec. 2200/2012).

⁷¹²Los órganos fiscalizadores autonómicos también han realizado algunas recomendaciones al respecto, como las recientes del Informe Anual de la Cámara de Cuentas de Andalucía relativo a la Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Administrativa y Fondo de Compensación Interterritorial, correspondiente al ejercicio 2010, asumidas por el Parlamento de Andalucía el 6 de marzo de 2013 (BOPA de 1 de abril) (apartado 6.83).

judiciales», y hace suyas las recomendaciones del Tribunal de Cuentas e insta al Gobierno a adoptar medidas para evitar estas situaciones. Estas medidas se materializan en el mandato de la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que impuso la obligación a todo el sector público de dictar las instrucciones que requería dicha Resolución, antes del 31 de diciembre del 2012. Pero pese a este mandato directo del legislador, pocas fueron las entidades que dictaron esas instrucciones, y prácticamente inexistente ha sido su adopción en el sector público local⁷¹³, por lo que el Ministerio de Hacienda dictó una disposición de aplicación general a la Administración del Estado «Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, de la Subsecretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 28 de diciembre de 2012.

Las medidas de esta Instrucción, que son incorporación de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, pueden servir, como en ella se indica, de base o de orientación para las que deberían dictar el resto de entidades del sector público⁷¹⁴, y para la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas: evitar el recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate; determinar con la mayor precisión posible en los pliegos las prestaciones a realizar por los contratistas; cuidar que la ejecución de estos contratos no se desvíe de lo pactado y evitar las prórrogas; clarificar la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada; en caso de condena por cesión ilegal, la consideración de los trabajadores como indefinidos no fijos exige de manera ineludible bien la amortización de la plaza y el despido indemnizado, bien la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad; así como delimitar y exigir las responsabilidades que en cada caso procedan en caso de incumplimiento de la normativa.

Estas medidas para evitar incurrir en una cesión ilegal de trabajadores han de recogerse en una instrucción general y en cada pliego en los que la aportación de mano de obra por parte del empresario durante cierto tiempo, pueda llegar a producir situaciones tipificables como cesión ilegal. Y es aún más importante

⁷¹³ Puede verse al respecto un ejemplo de Instrucción municipal en el trabajo que publique bajo el título “Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de «cesión ilegal de trabajadores» en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales”, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 6, Abril 2013, Ref. 600/2013, pág. 600, tomo 1, Editorial La Ley.

⁷¹⁴ Un análisis de estas medidas se hace en el libro “*Actuación preventiva en materia de cesión ilegal de trabajadores*”, de SEGADO ÁLVAREZ, Francisca y MESEGUER YEBRA, Joaquín, INAP, 2014.

verificar que en la ejecución del contrato se están efectivamente aplicando las cautelas previstas, pues, como recuerda la STSJCyL de 15 de enero de 2015 (rec. 1814/14) cuando la defensa municipal apela al contenido de las obligaciones contractuales establecidas en los pliegos: *“el contenido del PPT bien pudo ser desatendido o modificado por la realidad de las cosas” (...)* *“lo determinante es como efectivamente se desarrollaron tales cometidos”*.

Una situación concomitante con la cesión ilegal es la “ficción de contrato laboral” mediante uno administrativo de servicios, especialmente cuando se contrata a un profesional autónomo.

Para esta distinción ha de partirse de la definición de contrato laboral del artículo 1.1 del TRET y debe tenerse en cuenta que el artículo 8.1 del TRET, establece, en palabras de la STS de 19 de julio de 2012, una *“presunción de laboralidad”* en las relaciones de trabajo: *“Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”*. En el contrato de servicios, definido en el artículo 10 del TRLCSP (art. 17 ALCSP) se contrata “a empresas - aunque puedan ser de titularidad unipersonal- que desarrollen ya la actividad que se precisa previamente a la contratación (STS de 21 de julio de 2011), para realizar un trabajo excepcional, *“un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”*. Y cuando no concurren esas características, *“la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, (...) no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo”* (STS, Sala de lo Social, de fechas 13 de julio de 1998, rec. nº 4336/1997; 18 de febrero de 1999 rec. nº 5165/1997; 29 de septiembre de 1999 rec. nº 4985/1998).

Por lo tanto las Administraciones públicas no pueden utilizar la figura del contrato administrativo de servicios (consultoría y asistencia anterior), para trabajos permanentes, ordinarios y no excepcionales. Si lo hace, se expone a que una demanda por parte del trabajador suponga una condena para la entidad contratante, con el mismo efecto que en el caso de cesión ilegal de trabajadores: el trabajador se incorpora como indefinido no fijo a la entidad que lo había contratado (STS de 21 de julio de 2011, rec. 2883/2010; STS de 12 de junio de 2012, rec. 1831/2011; STSJ de Extremadura 382/2014, de 8 de julio de 2014, rec. 259/2014; STSJ de Madrid de 1145/14, de 3 de diciembre de 2014, rec. 414/2014)⁷¹⁵. Como en el caso de condena por cesión ilegal de trabajadores, esta

⁷¹⁵ Esta sentencias señalan que son indicios de la existencia de un contrato laboral y no administrativo hechos como los siguientes: que el profesional realiza el trabajo propio de su especialidad de manera continuada, y no un trabajo singularizado y materialmente identificable (un proyecto, un estudio, un informe); no asume un riesgo directo por su trabajo, y percibe una remuneración es regular, igual todos los meses; realiza el trabajo servicios principalmente en las dependencias de la entidad contratante y con

situación de personal indefinido no fijo no puede prolongarse *sine die*, sino que ha de conllevar automáticamente, bien a su despido indemnizado, bien a crear la plaza en la plantilla y a su cobertura por el procedimiento legal que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por lo tanto, no puede utilizarse el contrato de servicios para contratar la realización para trabajos permanentes y ordinarios, y por supuesto, en ningún caso, para prestaciones que impliquen ejercicio de autoridad (art. 301.1 TRLCSP y art. 17.2 del ALCSP).

C.4.3. Responsabilidad solidaria de la administración por incumplimientos del contratista en materia sociolaboral.

Se trata en este caso de adoptar cautelas para evitar condenas en responsabilidad solidaria o subsidiaria de la Administración contratante en relación con los impagos por parte de contratistas y subcontratista de sus obligaciones tributarias, salariales y con la Seguridad Social.

Esta problemática no tiene una relación directa con el principio de transparencia, aunque si indirecta, pues puede verse afectada la igualdad de trato si el adjudicatario elude sus responsabilidades sociolaborales y estas acaban teniendo que ser asumidas por la entidad pública contratante.

Esta responsabilidad se regula en el artículo 42 del TRET, entre las “garantías por cambio de empresario”, bajo el título de “subcontratación de obras y servicios”. Este precepto obliga a quienes contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su “*propia actividad*”, comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, requiriendo al empresario contratado una “*certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social*” (art. 42 TRET). El apartado 2 de este artículo 42 del TRET le impone al contratante una responsabilidad solidaria en las obligaciones del contratista: “*El empresario principal,(...)durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.* Esta responsabilidad solidaria del contratista principal se recoge también en el artículo 127 del RDL 1/1994, de 29 de junio, por el que se aprobó la Ley General de la Seguridad Social, y su ejecución se regula en el artículo 14 del

los medios materiales de ésta; está sometido al ámbito de dirección, organización y control de la Administración.

Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

El Tribunal Supremo ha precisado el alcance del término “empresario” a estos efectos, incluyendo dentro del mismo a la Administración en caso de concesiones y demás contratos administrativos⁷¹⁶ y ha ampliado el concepto de “servicio propio” o “actividad propia” a cualquier actividad se preste en sus propias dependencias y en beneficio propio o de sus empleados (STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2013, en relación a un servicio de cafetería comedor en un cuartel de la Guardia Civil), o asuma determinada función o competencia que tenga atribuida de manera genérica o venga desarrollando para sus ciudadanos (STS de 5 de diciembre de 2011, RCU n.º 4197/2010). No son infrecuentes las sentencias condenatorias a Administraciones y demás entidades públicas por impago de las cotizaciones a la Seguridad Social de sus trabajadores por parte de contratistas y subcontratistas: STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2000 (rec. 92/2000); STSJ de Aragón de 17 de diciembre de 2009 (rec. 187/06-A)⁷¹⁷; STSJ de Castilla y León n.º 1372, de 13 de junio de 2014 (rec. 15/2014)⁷¹⁸. Estas condenas se producen incluso aunque la Seguridad Social hubiese expedido negativo de deudas del contratistas con la Tesorería, ya que *“dicho certificado se expide sin perjuicio de lo que pudiera resultar de actuaciones posteriores de comprobación e investigación”*, como recuerda la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Valladolid, n.º 411/13, de 4 de noviembre de 2013.

Otro supuesto de responsabilidad solidaria de una entidad contratante con las obligaciones de una empresa contratada, es el pago de los salarios de los trabajadores cuando el adjudicatario no los abona, apelando también para ello la jurisprudencia a que los trabajadores en cuestión realizan una “actividad propia” de la Administración codemandada, aunque sea mediante un empresario interpuesto (contratado). Puede verse a este respecto la STS de 15 de julio de 1996, RCU n.º 1089/1996, o la STS (Sala de lo Social) de 5 de diciembre de 2011 (RCU n.º 4197/2010).

Y también se establece esta responsabilidad subsidiaria de la Administración en

⁷¹⁶ STS de 23 de diciembre de 1996 –RCU 1544/1996- y 31 de diciembre de 1996 - RCU 2385/1996-; 20 de junio de 1997; de 6 de julio de 2005 -Sala 3ª-; 13 de noviembre de 2008 -Sala de lo Social.

⁷¹⁷ Esta sentencia condenó al Ayuntamiento de Zaragoza al pago de una deuda con la SS por importe de 1.406.263,45€ por el impago de la empresa contratada para la limpieza de diferentes dependencias municipales de parte de las cuotas a la SS.

⁷¹⁸ Condenó esta sentencia al Ayuntamiento al pago de las cuotas de la SS pendientes de un empresario hostelero que prestaba los servicios de cafetería y comedor en un Centro Municipal de Personas Mayores, pero no sólo de los trabajadores que precisaba el centro para el que estaba contratado, sino de todos lo que el empresario tenía en su plantilla y que rotaba con otros establecimientos de su titularidad (16 trabajadores)

el caso de impagos por los contratistas de la retención del IRPF de sus trabajadores, en el artículo 43.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que considera responsables subsidiarios a *“las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación”*. La Dirección General de Tributos en la Resolución 2/2004, de 16 de julio, esgrime el criterio interpretativo de la jurisdicción social utilizado por los Juzgados y Tribunales del Orden Social al aplicar el artículo 42 del TRET y el artículo 127 del TRLGSS para integrar el concepto de “actividad económica principal” (en concreto cita las STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 1995 y de 24 de noviembre de 1998). La DGT además de considera incluidas dentro del concepto las actividades que constituyen el ciclo productivo de la empresa toda actividad necesaria para la misma, también las tareas meramente complementarias.

Esta responsabilidad solidaria o subsidiaria de la Administración contratante en relación con los impagos por parte de contratistas y subcontratista de sus obligaciones tributarias, salariales y con la Seguridad Social, exige adoptar ciertas cautelas por parte de la Administración contratante en los pliegos y durante la ejecución de los contratos con el fin de disponer después de mecanismos eficaces para solventar estas situaciones en los contratos de servicios y otros de tracto sucesivo con aportación relevante de medios humanos por parte del adjudicatario. En este sentido, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de Aragón, propone verificar durante la ejecución del contrato el cumplimiento por parte del adjudicatario de esas obligaciones. En similar sentido, la Instrucción 2/2011, de 27 de octubre, de la JCCA de Cataluña.

C.4.4. Vigilancia de la seguridad y salud laboral en los trabajos realizados mediante contratos administrativos.

Consentir que el adjudicatario de un contrato público no cumpla de manera estricta las obligaciones que en materia de prevención y seguridad laboral del personal que dedica la ejecución de ese contrato, supone un trato de favor con efectos económicos directos en su oferta, que quebranta el principio de igualdad de trato y, por lo tanto, la obligación de transparencia en la fase de ejecución del contrato. Ello sin olvidar que el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte de los empresarios dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento, así como a las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad

Social (art. 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales).

Aunque la legislación de contratos solo alude directamente a esta cuestión en relación con las prohibiciones de contratar (art. 60.1.c TRLCSP, en aplicación del art. 54 de la citada Ley 31/1995, de manera más general el art. 71.1.b del ALCSP) y en el contenido de los proyectos de obras (art. 125.1.g del TRLCSP, en términos idénticos el 231.1.g del ALCSP), la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, desarrollada por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, establece obligaciones y posibles responsabilidades en caso de incumplimiento, que se exigen a la Administración o cualquier otra entidad del sector público, cuando contrata con un tercero cualquier otro tipo de prestación diferente a una obra (arts. 2, 24 y 42 especialmente). Tampoco es infrecuente que, ante incumplimientos de esa normativa por parte del contratista, se condene subsidiariamente a la entidad contratante, en cuanto promotor de los trabajos en los que se produzca un accidente laboral.

Ante esta previsión legal, se considera necesario establecer en los pliegos disposiciones que precisen el deber de los contratistas de cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral en todos los contratos, incluso los menores, siempre que su ejecución pueda conllevar riesgos para los trabajadores. Especialmente porque es necesario adoptar todas las precauciones posibles para tratar de evitar daños a las personas, pero también para evitar las consecuencias económicas que puede tener para la entidad contratante. Este planteamiento ha sido rechazado por la JCCA en su informe 14/10, de 23 de julio de 2010, por entender que las obligaciones que derivan de la ley no es necesario incluirlas en los pliegos, que además puede inducir a confusión a los contratistas en cuanto a la exigibilidad de las no incluidas. Este criterio no es compartido por otras JCCA, como la de Cataluña, que en su informe 18/2014, de 17 de diciembre, considera adecuado incorporar como cláusulas sociales en los contratos medidas para la promoción de la salud de los trabajadores de las empresas que ejecutan los contratos del sector público.

Como recopilación de todas las medidas analizadas en este epígrafe de concomitancias del derecho laboral con el contractual público, se estima conveniente tener en cuenta las siguientes:

- En los contratos en los que concurren los supuestos legales y convencionales para que se produzca la «subrogación laboral» derivada de una sucesión de empresa en la adjudicación de contratos públicos, los pliegos facilitarán la información necesaria para que los licitadores conozcan los datos laborales de los trabajadores que deberán asumir en caso de resultar adjudicatarios. No obstante, cuando fruto de estas situaciones el coste del personal

subrogado sea superior al municipal de la misma categoría, se analizará la oportunidad de adoptar medidas para evitar ese sobre coste, incluida la ejecución directa de las prestaciones objeto del contrato o cualquier otra para romper la unidad productiva autónoma de la que derivase la sucesión de empresa. En ningún caso se podrá imponer *ex novo* en un pliego la obligación de subrogación laboral si legal o convencionalmente no viene impuesta.

- En los pliegos se regularán medidas para evitar situaciones que puedan conducir a situaciones tipificables como «cesión ilegal de trabajadores» debiendo vigilarse el cumplimiento de las mismas durante la ejecución del contrato.
- No puede utilizarse el contrato de servicios para contratar la realización para trabajos permanentes y ordinarios.
- Para reducir los riesgos de reclamaciones de responsabilidad solidaria o subsidiaria al Ayuntamiento por impago por parte del adjudicatario de algún contrato municipal de los salarios, las cuotas a la Seguridad Social o retención del IRPF, en relación con los trabajadores que éste destina a la ejecución de algún contrato del que sea adjudicatario, se exigirá que periódicamente se acompañe a la factura correspondiente los documentos justificativos correspondientes del pago de las cuotas a la Seguridad Social, retención del IRPF y salarios de los trabajadores directamente relacionados con la ejecución de los trabajos objeto de facturación. Esta misma justificación deberá acompañarla el adjudicatario en relación con los subcontratistas a los que haya encargado la ejecución de determinadas prestaciones del contrato o cuando la entidad contratante pueda formar parte con otras entidades públicas o privadas un “grupo laboral de empresas”.

Resulta oportuno prever en los pliegos unas normas mínimas de seguridad y salud y prevención de riesgos que necesariamente haya de desarrollar el adjudicatario durante la ejecución del contrato, con carácter meramente indicativo, y ha de exigirse al contratista acreditar el cumplimiento de las normas de prevención adecuadas al lugar y trabajos que realiza para la entidad contratante.

C.5. Transparencia y protección de datos en la ejecución de los contratos.

La relación entre el derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos personales que obran en poder del sector público y los contratos que alguna entidad de éste celebre con terceros, tiene, al menos, tres vertientes:

- a. El deber de protección de los datos personales a los que un contratista tenga accesos para la ejecución de un contrato público y su tratamiento de acuerdo con la Ley Orgánica de protección de datos.
- b. El derecho de la entidad contratante a acceder a datos de carácter personal de los trabajadores de la empresa contratada que puedan ser necesarios para

el desarrollo de las funciones de control de la ejecución del contrato y para el cumplimiento de las obligaciones legales en relación con los mismos

- c. La utilización de datos de carácter personal generados o utilizados para la ejecución de un contrato público, tanto por parte del contratista como de la entidad contratante.

En los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos deben regularse adecuadamente todos esos aspectos, primero para dar la adecuada protección a las personas físicas cuyos datos son manejados por un tercero; segundo, para garantizar que el contratista que los maneja no obtiene ningún beneficio adicional al precio del contrato por la “comercialización” fraudulenta de esos datos; tercero, para asegurar que entidad contratante puede disponer de los datos personales que precise para el control de la ejecución del contrato y para, en su caso, poder utilizar de manera adecuada, algunos de esos datos dentro de su política de «datos abiertos».

La regulación de la protección de datos de carácter personal parte de la normativa comunitaria, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (LPD). Esta ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLPD). La Ley tiene una amplia vocación de generalidad, y abarca tanto el tratamiento automatizado como el no automatizado de los datos de carácter personal, con el objetivo de controlar los riesgos que para los derechos de la personalidad pueden suponer el acopio y tratamiento de datos personales. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley, el objeto de la misma es *“garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”,* y es de aplicación a todos los *“datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”* (art. 2). No están protegidos por esta ley ni los datos “personales” de las personas jurídicas, ni tampoco ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos meramente identificativos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas (*“consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones opuestas desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”*, art. 2.2 del Reglamento de la Ley).

Esta legislación baraja, a los efectos que aquí nos interesan, los siguientes conceptos (art. 3 LPD):

- Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento (de acuerdo con lo que dispone la DA 6ª del TRLCSP, tiene esta calificación en adjudicatario de un contrato público que maneje este tipo de datos y el posible subcontratista).
- Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.
- Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

En este trabajo sólo nos acercamos a la normativa sobre protección de datos en cuanto esos datos protegidos se manejan en el seno de un contrato público⁷¹⁹. Puede haber contratos en los que una Administración u otra entidad contratante, “responsable” de un fichero de datos personales (por ejemplo una Mutua, o una fundación Municipal de Deportes con los datos de los socios de sus instalaciones), contrate con un tercero determinados servicios para los que éste ha de utilizar esos datos sin “tratarlos”, o contrate servicios que impliquen operaciones sobre esos datos, que el contratista realiza como “encargado del tratamiento” (un programa de gestión tributaria o de contabilidad, por poner otros ejemplos). Y también puede suceder que la entidad contratante necesite recabar de un contratista datos de los trabajadores que están ejecutando el contrato, para comprobar que se están cumpliendo sus derechos socio-laborales, o para disponer de esos datos para un nuevo contrato en el que se va a producir una sucesión de empresa; o los datos de los subcontratistas, para verificar su capacidad y solvencia o los pagos que le realiza el contratista principal, el adjudicatario.

⁷¹⁹ Nos remitimos en este tema a la doctrina especializada sobre protección de datos: FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “*Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?*”, Marcial Pons, 2014.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, ambos publicados en Cuadernos de derecho público, Nº 19-20, 2003 (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), págs. 45-90; “Administración electrónica y protección de datos personales”, publicado en Revista Xuridica da Universidade Santiago de Compostela, Extra 1, 2011 (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre la modernización administrativa), págs. 145-175; “La importante reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos: reflexiones urgentes”, publicado en Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Nº 50, 2011. “Aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos y derecho al olvido frente a los motores de búsqueda. Comentario rápido a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, Caso GOOGLE”, publicado en la revista Actualidad y práctica del derecho, Nº 215, 2014, págs. 20-23

En este segundo bloque de casos, no cabe duda de que la entidad pública contratante tiene derecho a acceder a esos datos, aunque no está de más recordarlo en el propio contrato, pues no es infrecuente que un adjudicatario pretenda limitar la información que se le solicita con la excusa de tratarse de datos de carácter personal (por ejemplo negarse a entregar copia de los contratos de trabajo para poder verificar qué trabajadores tendrían derecho a la subrogación laboral por parte de un nuevo contratista, entregando solo relaciones en los modelos TC1 o TC2 de la Seguridad Social). El derecho de acceso por parte de la entidad contratante a esa documentación ya se recogía en el aún vigente artículo 127.1.2ª del RSCL de 1955, que reconoce a la “corporación” la potestad de “*fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efectos podrá inspeccionar el servicio*”, inspección que incluye expresamente la “*documentación*” relacionada con el objeto de la concesión, derecho que se recoge también en el artículo 249.1.f del TRLCSP (art. 259.1.f del ALCSP). En concreto, en relación con los datos de los trabajadores a efectos de una posible subrogación laboral, el artículo 120 del TRLCSP impone expresamente al contratista la obligación de proporcionar al órgano de contratación la información precisa en relación con los trabajadores, obligación que se refuerza en el artículo 130 del anteproyecto de la nueva LCSP, que permite que los pliegos prevean penalidades al contratista para el supuesto de incumplimiento de esa obligación. Y en cuanto al acceso a información para verificar el cumplimiento de las obligaciones salariales y de retenciones tributarias, de cotizaciones a la Seguridad Social, entiendo que la situación legal de la entidad contratante como responsable subsidiario del contratista en el cumplimiento de esas obligaciones (art. 42 TRET y 43.1.f LGT) le faculta para comprobar esos datos, y lo mismo puede decirse en relación con los datos de los subcontratistas, sin olvidar, en todo caso, que los datos de las personas jurídicas no están protegidos por la legislación de protección de datos de carácter personal, como se ha ya señalado. Y todo ello sin perjuicio, claro está, de que la entidad contratante ha de manejar los datos personales a los que accede con cumplimiento estricto de esa legislación.

Ya se ha apuntado que el control del cumplimiento por parte de los adjudicatarios de un contrato de todas las obligaciones que del mismo se derivan, es una exigencia también derivada del principio de igualdad de trato de todos los licitadores.

Por lo que respecta a los contratos en los que es el contratista el que maneja datos personales de ciudadanos, de los que dispone la entidad contratante o que éste ha de generar en ejecución del contrato, el artículo 10.3.b) del RLPD ampara el manejo de datos personales por contratistas sin necesidad del consentimiento del interesado, previendo expresamente que “*los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando: b) Se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o*

precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". No se considera "comunicación de datos" el acceso a los datos por parte de un encargado del tratamiento que resulte necesario para la prestación de un servicio al responsable, siempre que se realice de acuerdo con lo establecido en el Ley y Reglamento de protección de datos (art. 20 RLPD). Del mismo modo se contempla la posibilidad de subcontratar los servicios previa autorización del responsable del tratamiento (art. 21 RLPD), autorización que exige también el artículo 227.2.d) del TRLCSP (contratos que requieran medida de seguridad especiales; en términos idénticos el art. 213.2.d del ALCSP).

El TRLCSP regula esta cuestión en su Disposición adicional vigésima sexta (copiada literalmente en la disposición homónima y con el mismo número 26 del ALCSP). En la misma se califica expresamente de "encargado del tratamiento" de los datos al contratista adjudicatario de un contrato en el que haya de manejar datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, así como el posible subcontratista de éste, el tercero que trate datos personales por cuenta del contratista, cuya posibilidad ha de estar expresamente prevista en el contrato principal, formalizarse por escrito y sujetarse a las instrucciones que le dé el responsable del tratamiento (DA 26^a. 3 TRLCSP). En aplicación de lo que establece el TRLCSP y la normativa de protección de datos a la que remite, en los pliegos se ha de recoger al respecto al menos las indicaciones que señala esta DA 26^a, además de un reenvío genérico esa normativa. Se debe indicar expresamente que el contratista tendrá la consideración de "encargado del tratamiento" de los datos correspondientes, y que *"únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas"* (art. 12.2 de la LPD, cuyo contenido en los pliegos exige expresamente el apartado 2 de la DA 26^a). También se ha de señalar que los datos de carácter personal sólo podrán ser recogidos y manejados para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento, establecidas en el propio contrato; que solo tratará los datos de conformidad con las instrucciones del responsable de los mismos, la entidad contratante; que no serán comunicados a terceros, ni siquiera para su conservación, salvo en los términos en los que se prevea expresamente en el contrato y previa formalización del correspondiente contrato. Y por previsión expresa del apartado 3 de la DA 26^a y del artículo 12.3 de la LPD, la obligación de destruir o cancelar los datos y cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 8.2 y 6 RLPD); y cualquier otra indicación que, de acuerdo con el objeto del contrato de que se trate y los datos que maneje, se estime necesaria,

además de una remisión general a cuantas otras obligaciones se deriven de la normativa de protección de datos.

No obstante, esos datos pueden ser transferidos a la Administración o entidad contratante al terminar el contrato, como responsable de los ficheros, y también podrá conservarse durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado. En los pliegos se ha de recoger también las consecuencias del incumplimiento por parte de los contratistas de las obligaciones en materia de protección de datos de carácter personal, establecer la correspondiente penalización como incumplimiento contractual muy grave, y además prever que implicará una indemnización como mínimo equivalente a la sanción que pudiera recaer sobre la entidad contratante por vulneración de la legislación de protección de datos, indemnización que en su caso se reclamará igualmente de los contratistas que hayan participado en el procedimiento y no hayan resultado adjudicatarios, si fueran los responsables del incumplimiento de las obligaciones que al respecto impone la citada LPD. Con la firma del correspondiente contrato en el que se recojan las consideraciones oportunas en relación con el manejo y protección de los datos personales, no sería necesario exigir al adjudicatario una declaración expresa de cumplimiento de esa normativa.

En estos contratos en los que un contratista va a manejar datos de carácter personal, es muy importante que la entidad contratante, responsable último de esos datos, trate de verificar el adecuado uso que de los mismos hace el adjudicatario, tanto por las sanciones que la Agencia de Protección de Datos le puede imponer (art. 20 RLPD⁷²⁰), como porque por ejemplo la venta de esos datos por parte del contratista o su manejo para finalidades propias de la empresa ajenas al contrato, le puede reportar una beneficios extra al precio el contrato, que atentarían, si no se prevé expresamente en el pliego, contra el principio de transparencia en cuanto que otros licitadores podrían haber realizado una oferta diferente de haber conocido esos potenciales beneficios adicionales. La posibilidad de ese manejo de los datos personales se prevé expresamente en el artículo 15 el

⁷²⁰ RLPD. Artículo 20. Relaciones entre el responsable y el encargado del tratamiento.

3. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato al que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo.

RLPD, previa solicitud de consentimiento y con el derecho de los afectados a expresar su negativa a esa utilización de sus datos⁷²¹.

Finalmente, en relación con la tercera cuestión apuntada en relación con los datos de carácter personal, ha de tenerse en cuenta que su manejo en la política de «datos abiertos» requiere su previo tratamiento para hacer esos datos anónimos. M. A. DÁVARA RODRÍGUEZ estima que es mediante esta “anonimización” de datos como se puede aprovechar los beneficios que puede generar la política de poner a disposición de entidades y personas, tanto físicas como jurídicas, los datos e informaciones que poseen las entidades públicas⁷²².

En conclusión, es necesario regular en los pliegos adecuadamente la implicaciones que el manejo de datos de carácter personal puede tener en los contratos en los que el adjudicatario tenga acceso o genere este tipo de datos, controlar que el manejo de los mismos no excede de lo expresamente autorizado, contemplar en los pliegos penalizaciones adecuadas en caso de incumplimiento y no ofrecer al público esos datos sin previamente haberlos “anonimizado”.

C.6. Precisión en los pliegos, para los supuestos en los que la Ley permite acudir al arbitraje, sobre qué cuestiones, con qué alcance y ante qué organismo, se podrán resolver arbitrariamente controversias surgidas en la fase de ejecución de los contratos.

La posibilidad de someter a arbitraje aspectos de la ejecución de los contratos es posible en los contratos celebrados por las entidades de sector público que no sean AAPP: *“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”* (art. 50 TRLCSP). Pero las Administraciones públicas sólo pueden someter a arbitraje los contratos celebrados con empresas extranjeras, en

⁷²¹ Artículo 15. *Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma. Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.*

⁷²² DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, aborda el estudio de la necesidad de hacer anónimos de los datos y la posibilidad de que los ciudadanos utilicen los datos en poder de las Administraciones Públicas, en el trabajo “La anonimización y el tratamiento de datos de carácter personal”, publicado en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 11, del 15 al 29 Jun. 2014, Ref. 1269/2014, pág. 1269, tomo 1, Editorial La Ley.

El término de “anonimizar” referido a los datos se utiliza, por ejemplo, en La Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, en la Disposición adicional cuarta.

los términos previstos en los pliegos, debiendo contarse con acuerdo del órgano superior de la Administración correspondiente para transigir (*“del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”*) (DA1ª.3 TRLCSP y ALCSP). La concertación de servicios de arbitraje está excluida de la aplicación de la Ley en los mismos términos que lo prevé el artículo 4 del TRLCSP (art. 10.dALCSP).

El ALCSP no contempla ya la posibilidad de que las entidades del sector público que no sean AAPP puedan acudir al arbitraje para resolver controversias en la fase de ejecución de los contratos que establece el artículo 50 del TRLCSP. Esta omisión en el anteproyecto no parece que encuentre justificación en un cambio de regulación comunitaria, porque en las Directivas de contratos y en la de concesiones la regulación es prácticamente la misma que en la Directiva 2004/18, manteniendo esa posibilidad, limitándose a excluir los procedimientos que regulan las Directivas la concertación de los servicios de arbitraje (art. 10.c Directiva 2014/24 y 10.8.c de la D. 2014/23, cdo. 24 D 2014/24).

Sea como sea, ya en el TRLCSP, como señala GALLEGO CÓRCOLES⁷²³, el legislador se muestra *“muy conservador en la materia”*. Esa cautela entendemos que es lógica ya que las Administraciones ostentan prerrogativas exorbitantes del derecho privado a las que no pueden renunciar⁷²⁴, y tampoco pueden transaccionar en cuestiones de derecho imperativo o *contra legem*.

En todo caso, dado que la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver controversias se contempla en la Legislación de contratos, y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no realiza ninguna exclusión en cuanto a las personas jurídicas, deben en su caso los pliegos precisar el alcance de ese arbitraje, al menos sobre qué aspectos de la ejecución podrá llegar a buscarse una social arbitral, siempre, eso sí, en las cuestiones que no vengan imperativamente impuestas en la Ley o que el pliego haya dejado cerradas. Ello tanto por remisión expresa de la DA.1ª.3, como por respeto al principio de transparencia, para que todos los potenciales licitadores conozcan cuando concurren a un procedimiento que aspectos y con qué límites pueden llegar a ser sometidos al arbitraje. Y esta previsión debería figurar en todos los pliegos, puesto que en todos es posible que la adjudicación recaiga en una empresa extranjera. Algunas cuestiones incidentales

⁷²³ En el comentario del artículo 50 del TRLCSP en el libro *“Contratación del Sector Público Local”*, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013; págs. 327-328.

⁷²⁴ ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar, recuerda la doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada por los órganos consultivos que *“el ejercicio por parte de la Administración de sus potestades es irrenunciable (STS de 19-XI-1991), y su iniciativa se atribuye a la Administración (Dictamen 9/2009, del 12 de febrero de 2009, del Consejo Consultivo de Castilla y León), sin perjuicio de las posibilidades que pueda tener el contratista para invocar su ejercicio”*, en el comentario al artículo 210 TRLCSP del libro *“Contratación del Sector Público Local”*, cit., pág. 1158.

que podrían llegar a solventarse con la mediación arbitral, siempre que el pliego no lo haya precisado de manera completa, pueden ser el grado de una penalización, actuaciones a cargo del contratista en el periodo de garantía, o en relación con el cuidado de los bienes que han de revertir; el porcentaje para restablecer el desequilibrio económico a asumir por cada parte si el pliego no lo determina ... Evidentemente, lo mejor es que todas estas cuestiones y en general todas en las que la Ley se remite a los pliegos, se traten de precisar en estos, pero es imposible abarcar todas las posibles incidencias que pueden acontecer durante la ejecución de un contrato.

También se puede llegar a establecer en los pliegos ante quien se puede realizar ese arbitraje, como por ejemplo ante las Cortes de Arbitraje y Servicios de Mediación de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria provinciales.

Existe también el denominado Tribunal de Arbitraje para la Contratación Pública (TACOP), una institución arbitral constituida en el seno de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.4 de su Reglamento. Está configurado como un comité especializado de AEADE, para conocer de las controversias relativas a la ejecución, modificación y extinción de los contratos adjudicados por entes, organismos o entidades del sector público que no tengan carácter de Administraciones públicas⁷²⁵.

C.7. Comprobación material de la adecuada ejecución del contrato, con la preceptiva asistencia de la Intervención.

El principio de igualdad de trato exige también, como se ha señalado, que lo ejecutado se corresponda exactamente con lo contratado. Para ello uno de los mecanismos más adecuados es realizar una verdadera fiscalización material de la inversión al terminar el plazo de ejecución y recibirse lo ejecutado.

Para garantizar la aplicación efectiva del principio de transparencia en todas las fases de la contratación pública, se ha de articular un sistema de controles permanentes, sucesivos y complementarios, en el que intervengan, en las diferentes etapas de la vida de un contrato, diferentes profesionales. De esa manera se garantiza no sólo la materialización del principio citado, sino también la sostenibilidad de las inversiones, y en definitiva la eficiencia del gasto público. El

⁷²⁵ La AEADE modificó su Reglamento y reglas de procedimiento para crear este Tribunal el 22 de octubre del año 2010. Señala la AEADE que el TACOP está integrado exclusivamente por juristas de reconocido prestigio y acreditada experiencia profesional en el ámbito del Derecho Administrativo y la contratación del sector público.

Un comentario sobre este Tribunal puede verse en Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Grupo de contratos del sector público N° 27 http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/grupo-de-contratos-del-sector-publico-_27.pdf

relevante papel que a este respecto representan las funciones de control interno que ha de realizar la Intervención de cada ente público se ha destacado por J. A. PÉREZ PÉREZ, manifestando que *“en el ámbito público la eficacia y la eficiencia exigen que el principio de transparencia esté presente en todas las fases por las que discurren las diversas políticas públicas. El desarrollo efectivo de la transparencia en la gestión pública permite que los ciudadanos cuenten con todos los elementos disponibles para poder valorar las actuaciones de la administración pública, de forma que pueda decidir si sigue apoyando o no una determinada política pública, lo que en última instancia se puede considerar como un reforzamiento del control democrático que sobre la administración tienen derecho a ejercer los ciudadanos.”* Y por ello, señala J. F. CHICANO JÁVEA *“el control interno es un elemento básico de la organización municipal”*⁷²⁶. Pese a la importancia de esta función, son pocos los autores que la destacan, poniendo generalmente el énfasis en la recepción formal y en los efectos de la recepción tácita.

El control que la Intervención realiza de la ejecución del contrato puede hacerse en cualquier momento, al fiscalizar los pagos parciales establecidos en el contrato, cada certificación, cada factura. Durante ese periodo, el control material de la ejecución de lo contratado corresponde al responsable del contrato y del director de obra, y los propios pliegos deben exigir a estos profesionales que con determinada periodicidad, además, realicen controles del cumplimiento por parte del adjudicatario de obligaciones “formales”, como el pago de salarios y cotizaciones a la seguridad social de los trabajadores que ejecutan el control, la existencia de subcontratistas ejecutando prestaciones parciales, el cumplimiento de las normas de seguridad y salud (en la obras esta tarea corresponde al coordinador de seguridad y salud, figura que no existe en el resto de contratos pero no por ello no ha de controlarse, como ya se ha señalado). Igualmente ha de darse cuenta periódica de la ejecución de las mejoras ofertadas por el adjudicatario sin coste adicional, ya que estas no se reflejan en las facturas. No está de más recordar que en cualquier momento el Interventor puede solicitar informes puntuales sobre cualquier aspecto concreto relacionado con la ejecución del contrato, tanto a los responsables directos del control de la ejecución como a cualquier otro empleado de la entidad, al amparo de la facultad que le concede el artículo 221 del TRLHL⁷²⁷, y del artículo 145 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁷²⁶ PÉREZ PÉREZ, José Alberto, “Implicaciones de la transparencia en el ámbito de la contabilidad pública y del control interno”, publicado en la Revista Presupuesto y Gasto Público 38/2005, 2004. Instituto de Estudios Fiscales. Este trabajo es citado por CHICANO JÁVEA, José Fernando, “Transparencia y control interno”, en el libro *“Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local”*, coordinado por MERINO ESTRADA Valentín, cit. pág. 473.

⁷²⁷ Recordemos el contenido de este precepto de La Ley de Haciendas Locales que faculta a la intervención a recabar cuantos informes datos estime necesarios para realizar su fiscalización: *Artículo 222. Facultades del personal controlador.*

Pero además de este control periódico, ha de hacerse un especial hincapié en el acto de la recepción de los contratos. En ese momento se ha de comprobar materialmente que efectivamente el contratista ha realizado la totalidad de la prestación, de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, en cuyo caso “*el contrato se entenderá cumplido*” por éste, como señala el artículo 222 del TRLCSP (en términos idénticos el art. 208 del ALCSP).

La Ley exige que de manera fehaciente y documentada se deje constancia de que la prestación que ha recibido coincide con aquella que había contratado, de manera que pueda entenderse que la contratación ha satisfecho el interés general que la presidía; sólo después de este acto formal, del reconocimiento de identidad ente lo contratado y lo recibido, será procedente el abono por su parte del pago comprometido por dicho objeto, porque hasta ese momento, no se olvide, lo que se realizan son ‘abonos a cuenta’.

La recepción es, como indica el art. 222.2 TRLCSP de un “*acto formal y positivo*”, que deberá realizarse dentro del plazo de un mes desde que la prestación deba entenderse realizada o en el plazo que el PCAP determine (los artículos 235, 292,3, 297, 301 y 309.1 del TRLCSP regulan la recepción en los diferentes tipos de contratos). No es objeto de este trabajo un análisis de la regulación de la recepción, sus efectos en cuanto al pago y comienzo del cómputo del plazo de garantía o los problemas de la ocupación material y la recepción tácita⁷²⁸, sino simplemente resaltar la importancia de ese acto y de que en él efectivamente se realice una nueva comprobación de que lo ejecutado coincide con lo proyectado, con la modulación que derive de la oferta adjudicataria. En esa comprobación material, la asistencia de un funcionario independiente, tanto por no haber participado directamente en la marcha de los trabajos hasta el momento, como por no depender directamente del órgano de contratación, que realice una comprobación efectiva, nos parece, como se ha ya señalado, esencial desde la óptica de la transparencia y de la eficiencia en el control del gasto público.

A la recepción formal asiste, una «comisión receptora», integrada por el representante del contratista, el responsable del contrato o el director de la obra y

Los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora así como los que se designen para llevar a efecto los controles financiero y de eficacia, ejercerán su función con plena independencia y podrán recabar cuantos antecedentes consideren necesarios, efectuar el examen y comprobación de los libros, cuentas y documentos que consideren precisos, verificar arqueos y recuentos y solicitar de quien corresponda, cuando la naturaleza del acto, documento o expediente que deba ser intervenido lo requiera, los informes técnicos y asesoramientos que estimen necesarios.

⁷²⁸ Puede verse al respecto los trabajos ya citados de ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar, comentarios al art. 221 del TRLCSP “Contratos del sector público local”, obra colectiva, Ed. El Consultor-La Ley, 3ª edición, 2013. PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, “Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático”, Ed. La Ley, 2012, págs., 1082 y ss.

otro técnico con competencia profesional en relación con el objeto del contrato, que pueda constatar la correcta ejecución de este, y a la vez revisar la actuación de quien ha dirigido el contrato. La referencia a la asistencia de la Intervención se hace en términos un tanto vagos, no propios del papel esencial que consideramos que tiene en apartado 2 del artículo 222 del TRLCSP *“A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión”*. Alude a una “eventual asistencia” cuando sea “preceptivo”, términos que se reproducen en el mismo párrafo 2 del artículo 208 del Anteproyecto de la nueva LCSP.

Pese a las palabras de la Ley, esa asistencia es preceptiva al menos en todas las Administraciones públicas. Para la Administración del Estado, se regula la obligatoriedad de la fiscalización material en el Real Decreto 109/2015, de 20 de febrero, de modificación del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. Regula en su artículo 28 la preceptiva asistencia de la intervención a la recepción de los contratos de importe superior 50.000€. El apartado 1 del artículo 28 define esta función en los términos siguientes: *“La intervención de la comprobación material de la inversión es la facultad de la Intervención de verificar materialmente, antes del reconocimiento de la obligación, la efectiva realización de las obras, servicios y adquisiciones financiadas con fondos públicos y su adecuación al contenido del correspondiente contrato o encargo”*. Un representante designado por el Interventor General de la Administración del Estado realizará esa comprobación material. Exige el apartado 3 que el representante de la Intervención sea un *“funcionarios de la Intervención, asesorados, cuando sea necesaria la posesión de conocimientos técnicos para realizar la comprobación material, por funcionarios de los cuerpos del Estado de la especialidad a que corresponda la prestación o servicio”*. Esta tarea, al concluir con un acto que implica ejercicio de funciones públicas, de autoridad, ha de ser realizado por funcionario (art. 9 del TREBEP). Aunque no vemos obstáculo para que esa asistencia por un técnico especialista, que para garantizar la independencia de las actuaciones ha de ser distinto de los que han intervenido en la ejecución del contrato, sea externo, contratado, con cargo, por ejemplo, al porcentaje que se suele destinar en los contratos de obras (y nada impide que se haga en otros cuando se estime necesario, previéndolo en los pliegos administrativos). La importancia que tiene la efectiva comprobación material de los trabajos ejecutados la da el apartado 5 del artículo 28 que estamos comentando, al exigir en términos imperativos que se haga una efectiva comprobación física, y no la mera firma de un acta: *“La intervención de la comprobación material de la inversión se realizará, en todo caso, concurriendo el representante de la Intervención General y, en su caso, el asesor designado, al acto de comprobación de la inversión de que se trate”*. Este precepto habilita también al

Interventor para realizar actuaciones específicas de comprobación, para tratar de asegurarse de que no sólo lo que es comprobable a simple vista coincide con lo previsto en el proyecto o documento técnico y/o contrato: “6. *Cuando se aprecien circunstancias que lo aconsejen, el Interventor General podrá acordar la realización de comprobaciones materiales de la inversión durante la ejecución de la prestación o servicio a solicitud del Interventor Delegado a quien corresponda su fiscalización o intervención.*” Podrá el Interventor, por ejemplo, pedir que se realicen determinadas catas para comprobar la profundidad del firme, o determinados análisis de calidad; y hacer esto de manera aunque sea esporádica, llevará quienes dirigen obras o son responsables de cualquier otro tipo de contrato, a exigir también en la fase de ejecución el cumplimiento completo de lo contratado, sin confiar en que algunas unidades de obra u otros elementos no van a poder ser verificados en el acto de recepción.

El acto de repetición de documenta en un acta, a la que se refiere el artículo 28 del Real Decreto 109/2015, en términos similares a los de la normativa de contratos: el resultado de la comprobación material de la inversión se reflejará en acta que será suscrita por todos los que concurran al acto de comprobación de la inversión, en la que se hará constar, en su caso, las deficiencias apreciadas, las medidas a adoptar para subsanarlas y los hechos y circunstancias relevantes del acto de comprobación; en el acta o en informe ampliatorio podrán los concurrentes, de forma individual o colectiva, expresar las opiniones que estimen pertinentes.

Dado que la asistencia física a la recepción de todos los contratos parece materialmente imposible para la IGAE, se establece el carácter potestativo de esta para los contratos de importe inferior a 50.000€. En los casos en que la intervención de la comprobación material de la inversión no sea preceptiva, o no se acuerde por el Interventor General en uso de las facultades que al mismo se le reconocen, la comprobación de la inversión se justificará con el acta de conformidad firmada por quienes participaron en la misma o con una certificación expedida por el Jefe del centro directivo, dependencia u organismo a que corresponda recibir o aceptar la prestación o servicio, en la que se expresará, con el detalle necesario, la circunstancia de haberse ejecutado la prestación o servicio con arreglo a las condiciones generales y particulares que hubieran sido previamente establecidas. Consideramos recomendable que en estos casos se realice posteriormente una fiscalización aleatoria por muestreo, para que también en los contratos menores haya conciencia de que lo ejecutado puede ser efectivamente verificado en relación con lo contratado.

La importancia de la asistencia de la Intervención se traduce en que la omisión de su participación en la comprobación material de la inversión cuando esta intervención hubiera sido acordada por el Interventor General, impedirá que

pueda reconocerse la obligación, tramitarse el pago o intervenir favorablemente las actuaciones, hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos por el artículo 156 de la Ley General Presupuestaria.

La normativa autonómica se regula esta cuestión en términos similares a la estatal que se acaba de exponer. Por citar una norma reciente, puede verse la regulación que se contiene en los artículos 101 a 105 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad de Valencia.

Por lo que respecta a la Administración Local, el artículo 216 del TRLHL regula esta manifestación de la función interventora, la comprobación material de la inversión. En ejercicio de esta función, y sin que forme parte de la Comisión receptora, puesto que su actuación es de control, el representante de la Intervención de la entidad contratante comprobará la realidad de lo ejecutado se ajusta a lo contratado. Matiza P. ORTEGA JIMÉNEZ⁷²⁹ que el interventor o su representante no puede impedir que la recepción positiva se produzca, sólo manifestar su desacuerdo, que en ese momento no tendrá la consideración de reparo suspensivo que pueda detener el procedimiento iniciado por el órgano de contratación, que finalizará con la firma del acta correspondiente, en la que constarán sus discrepancias con la actuación realizada por la comisión receptora. Será cuando el gasto que suponga la liquidación deba ser sometido a fiscalización previa, cuando el Interventor pueda formular, a la vista del contenido del acta de recepción y de las manifestaciones allí contenidas, los oportunos reparos u observaciones.

El ALCSP ya no deja lugar a la hermenéutica sobre el carácter preceptivo o no de la asistencia de la intervención al acto material de recepción. Establecerá esta nueva Ley en su disposición adicional segunda, apartado 3, que *“la Intervención asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de la función de fiscalización material de las inversiones que exige el artículo 214.2.c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Podrá estar asistido en la recepción por un técnico especializado en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales asistirán a los pequeños Municipios a estos efectos y los demás previstos en la Ley”*⁷³⁰. Esta nueva redacción esperamos que deje fuera de toda duda que la Intervención, como órgano de control interno, y dentro de las facultades que le reconoce la legislación vigente ya

⁷²⁹ Libro *“Contratación del Sector Público Local”*, comentario al art. 221, cit. págs. 1246 y ss.

⁷³⁰ La redacción de esta cláusula fue propuesta por quien suscribe este trabajo, a petición de la comisión de redacción al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local.

citada, asistirá por sí o por medio de un representante a la recepción de todos los contratos no “menores”. En el acto de recepción el Interventor debe interesarse expresamente por la ejecución de las mejoras que, en su caso, hubiera ofertado el adjudicatario, pues aunque no estén el proyecto, son igualmente exigibles dado el carácter contractual de la oferta.

Y en esta misma línea incide el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local⁷³¹. Su artículo 19, bajo el epígrafe “Intervención de la comprobación material de la inversión”, atribuye al Interventor la obligación de verificar materialmente la efectiva realización de las obras, servicios o adquisiciones financiadas con fondos públicos y su adecuación al contenido del correspondiente contrato, antes de liquidar el gasto o reconocer la obligación. Su asistencia al acto de recepción es preceptiva en los contratos de importe inferior a 50.000€, o de cantidad menor que se establezca en las bases de ejecución del presupuesto. El apartado 5 de este artículo 19 dispone que la intervención de la comprobación material de la inversión se realizará, en todo caso, concurriendo el órgano interventor, o en quien delegue, al acto de recepción de la obra, servicio o adquisición de que se trate, pudiendo el órgano interventor acordarla realización de comprobaciones materiales de la inversión durante la ejecución de las obras, la prestación de servicios y fabricación de bienes adquiridos mediante contratos de suministros, cuando se aprecien circunstancias que lo aconsejen (catas, verificaciones técnicas, controles de calidad, etc.). Entendemos que la delegación que puede efectuar el Interventor solo puede hacerla en un funcionario, pues su actuación supone el ejercicio de una función reservada a funcionarios, una potestad pública (art. 85.2 *in fine* LBRL; art. 9 TREBEP; STSJCYL 947/2007, de 22 de mayo de 2007, rec. 291/2003; IJCAE 14/10, de 23 de julio de 2010).

Así, el responsable del contrato, el director de la obra o el contratista, se dirigirán al órgano de contratación indicando que la prestación está en condiciones de ser recibida, y proponiendo una fecha para ello. El órgano de contratación, notificará de manera fehaciente a la Intervención y el lugar y día señalado se levantará un acta en la que quedará constancia de lo actuado, acta que formará parte del expediente de contratación. En ese documento se hará constar tanto si la Administración declara que el contrato ha sido cumplido a su satisfacción, por coincidir lo entregado con lo pactado, como si la Administración manifiesta que la prestación no coincide con el objeto descrito en el PCAP, detallando en este caso las discrepancias y el modo en que ordena al contratista su subsanación, sin perjuicio de las penalizaciones que le pueda imponer en aplicación del pliego y la posible resolución del contrato (235.2 TRLCSP -242.2 ALCSP- para el contrato de obras, entendemos que por analogía para el resto), y de la retención del pago final

⁷³¹ Conocemos al elaborar este trabajo la versión de la IGAE de 11 de marzo de 2015.

en tanto no se ejecuta adecuadamente lo tenido por defectuoso.

Dado que el art. 222.2 no prevé excepción alguna a la necesidad de que la Administración declare formalmente que su conformidad con la prestación recibida, en los contratos menores, será en la propia factura, donde el responsable del contrato con su firma manifieste su conformidad con lo ejecutado, dando cuenta de ello a los responsables del área y poniendo de manifiesto si existe algo que oponer a la entrega, para que sea el órgano de contratación quien requiera que se subsanen los defectos observados. Ello no impide que la intervención solicite cualquier comprobación material de manera puntual más o menos esporádica, como se ha recomendado en referencia a la Administración estatal.

En conclusión, consideramos una pieza esencial la asistencia preceptiva y crítica de la Intervención, con el adecuado apoyo técnico ajeno a la ejecución del contrato, para garantizar la materialización del principio de transparencia y a la vez verificar la eficiencia en el gasto público. No hay que olvidar que el control de la eficacia es también una de las funciones de la Intervención (art. 221 del TRLHL⁷³²).

Y desde la óptica de la transparencia como fuente de datos para controlar la gestión pública, parafraseando de nuevo al ya citado J. A. PÉREZ PÉREZ, *“Las actuaciones de control interno son una fuente de información que contribuye de manera clara a aportar datos acerca de si los recursos se están utilizando de acuerdo con los principios de buena gestión financiera, permite verificar si se han cumplido los objetivos propuestos y detectar posibles deficiencias”*⁷³³.

C.8. Regulación precisa de las obligaciones en la fase de ejecución de los contratos, especialmente las actuaciones previas a la resolución de los contratos, la reversión, y las medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de lo contratado.

En la regulación de los contratos en los pliegos, se suele prestar en general más atención a la preparación y adjudicación que a la ejecución y extinción, algo que también sucede en la legislación (especialmente llamativo es el contrato de gestión de servicios público y sobre todo en el colaboración público privada, que afortunadamente desaparece como en el ALCSP⁷³⁴). Esa parquedad del legislador

⁷³² “Artículo 221. Control de eficacia. El control de eficacia tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.”

⁷³³ PÉREZ PÉREZ, José Alberto, “Implicaciones de la transparencia en el ámbito de la contabilidad pública y del control interno”, cit..

⁷³⁴ Había abogado por la desaparición de esta figura como tal en el trabajo “Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición”, MARTÍNEZ

exige precisamente una mayor atención en los pliegos a la regulación de las incidencias en la ejecución y las actuaciones previas a la terminación de los contratos, en muchos de cuyos aspectos el legislador se remite a los pliegos.

Es una recomendación reiterada por el Tribunal de Cuentas en sus informes más recientes “*extremar las medidas para que la ejecución de los contratos se ajuste a lo pactado*”⁷³⁵, pues solo de esa manera se garantiza la efectiva aplicación del principio de transparencia en todas las fases de los contratos. Esto exige en primer lugar precisar en los pliegos las condiciones de la ejecución y los derechos y obligaciones de las partes en esa fase esencial de la vida de los contratos, dotar al órgano de contratación de herramientas para tratar de compeler al adjudicatario al estricto cumplimiento de lo pactado y, en caso contrario, imponer de medidas de reacción eficientes.

Los pliegos tanto, técnicos como administrativos, deben realizar un esfuerzo por precisar las obligaciones del adjudicatario durante la ejecución del contrato y en el momento de la extinción del contrato, establecer también con claridad el régimen de penalizaciones en caso de incumplimiento, y las actuaciones que pueda realizar el órgano de contratación en caso de resolución anticipada del contrato. No está de

FERNÁNDEZ, José Manuel, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 8, quincena del 30 Abril al 14 Mayo, pág. 881, tomo 1, Editorial La Ley. Los argumentos por los que entendía que debía desaparecer este contrato como modalidad autónoma eran los siguientes: “*esta figura introducida en La Ley 30/2007 (sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico ni en el comunitario, ha tenido en escasísimo recorrido práctico. Las nuevas Directivas no contiene esta figura, y las instituciones comunitarias expresamente se han manifestado en contra de su regulación (Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2006; Dictamen 2011/C 51/12 del Consejo Económico y Social de 21 de octubre de 2010 y Dictamen 2011/c/15 05 de 10 de octubre de 2010 del Comité de las Regiones a la Comunicación de la comisión «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)»).* Su previsión en la legislación española de contratos sólo contribuye a generar discordancias en cuanto al sistema de reparto de riesgos y su alcance en cuanto a servicios que impliquen ejercicio de autoridad, además de generar inseguridad jurídica la absoluta falta de regulación de la ejecución del contrato. Y además de disponer en nuestro ordenamiento jurídico de varias figuras jurídicas contractuales que garantizan un marco adecuado para la colaboración público privada contractual e institucionalizada, con décadas incluso siglos de experiencia práctica contrastada, el concepto de colaboración público privada se ha vulgarizado de tal manera que incluso en diferentes regulaciones se apela a este término para hablar de instituciones que en nada tienen que ver con la figura contractual del TRLCSP.

COLÓN DE CARBAJAL FIBLA, Borja, firma el capítulo “El contrato de colaboración público privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada”, en la obra colectiva dirigida por GIMENO FELIU y coordinada por BERNAL BLAY “*Observatorio de los contratos Públicos 2013*”, Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, págs. 489 a 524.

⁷³⁵ Los tantas veces aludidos Informes del Tribunal de Cuentas Informe nº 1011, de 23 de diciembre de 2013, de Fiscalización de la contratación celebradas durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que, de acuerdo con La Ley de contratos del sector público, tienen la consideración de administraciones públicas; Informe 1022 de 20 de febrero de 2014 Fiscalización incidencia en la contratación 2012 ejecución de contratos EELL de CCAA sin órgano de control externo; Informe nº 1046, de 24 de julio de 2014, de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre.

más recordar que los pliegos han de recoger de manera clara y precisa “los derechos y obligaciones pactos y condiciones que asumen”⁷³⁶ y que su cumplimiento es obligatorio y vinculante para ambas partes. Y ha de recordarse también, tomando las palabras de VILLAR PALASÍ, que en la contratación el principio general de vinculación positiva de la Administración a ley se modula: “*quae nom permisa, prohibitur intelliguntur*” se transforma en el contrario “*quae non prohibita, permisa intelliguntur*”, lo que faculta para establecer en los pliegos mecanismos que permitan asegurar la necesaria «eficiencia» en la contratación pública que exige el artículo 22.2 del TRLCSP, eficiencia que exige una correcta ejecución de los contratos⁷³⁷. Aunque el artículo 67.2.n del RGLCAP establece que es en el PCAP donde han de regularse “los derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato”, y el artículo 68.3 del mismo Reglamento dispone que no deben figurar en el PPT declaraciones o cláusulas que deben figurar en el PPT, entiendo que en el pliego técnico deben establecerse las obligaciones de tipo material, las referentes a cuestiones concretas de la forma de realizar las prestaciones, incluso precisar cuando la importancia grave o menos grave del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, remitiéndose a él el PCAP, que debe completar la regulación con incumplimientos de tipo más ‘administrativo’, y establecer las penalizaciones y el procedimiento para su imposición.

⁷³⁶ Expresión tomada de la obra “Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, de SOSA WAGNER, Francisco, TOLIVAR ALAS, QUINTANA LÓPEZ, Tomás, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, y R. SÁNCHEZ MARÍN. Edit. Cedes. Barcelona, 1992. Página 69.

⁷³⁷ Sobre la evolución de los principios de vinculación positiva y negativa a La Ley, es obligada la cita de SANTAMÍA PASTOR, Juan Alfonso, “*Fundamentos del Derecho Administrativo*” Editorial Ceura, Madrid, 1988, reeditado actualizado por Iustel, Madrid 2015. El estado actual de la jurisprudencia se recoge en las STS 2338/2015 y 2339/2015, de 22 de mayo, en las que el Alto Tribunal cambia el criterio mantenido en el mismo asunto en su STS de sentencia de 24 de junio de 2008 (rec. de casación 4236/2005, que anuló una ordenanza municipal del Ayuntamiento de Pamplona ecoeficiencia y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones, mientras ahora valida una similar del Ayuntamiento de Zaragoza). El TS aplica aquí el principio de la vinculación negativa y estima que la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una específica habilitación legal en cada ámbito sectorial en el que, se dicta la ordenanza, siempre que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la correspondiente legislación, estatal o autonómica, que resulte de aplicación. Recuerda el TS que el de Instancia siguió una línea jurisprudencial ya abandonada por esta Sala Tercera, e incompatible con la Carta Europea de Autonomía Local, que reconoce, además de la autonomía local, el principio de subsidiariedad.

En esta línea MORENO MARROIG, Teresa, en el Blog EsPublico.es, 25 de febrero de 2013, en un trabajo titulado “¿Necesidades de cambio en la ciencia jurídico-administrativa?”, aboga por una mayor concesión del legislador al operador jurídico en los pliegos apelando a la eficiencia en los resultados, que la finalidad de todo el proceso de contratación no debe ser sólo el respeto de la legalidad sino el cumplimiento de lo que lama “«*las tres es*»: *eficiencia, eficacia y economía propia de un gerencialismo público renovado hacia donde parece orientarse el control del gasto público*”. Por ello plantea que tal vez la futura regulación que necesariamente habrá de salir de las Directivas comunitarias sobre contratación, debería adoptar una solución ecléctica que apunta GARRIDO FALLA, F. en su Tratado de Derecho Administrativo, cambiando la exigencia de que la Administración realice únicamente la actividad para la que cuenta con habilitación legal, pero a la vez se le otorgue cierta libertad de acción. Propugna en esta línea que la nueva regulación establezca un código de grandes principios y grandes reglas, pero no una regulación procelosa como la actual. Este criterio no parece haberse tenido en cuenta en el ALCSP.

Por ello, como se ha apuntado, es imprescindible dedicar el tiempo necesario en la preparación del contrato, y valorar adecuadamente las necesidades que se han de cubrir y las posibles incidencias que puedan surgir en la ejecución y extinción, a la vista de la experiencia práctica de contrataciones anteriores para el mismo o similares servicios, de la misma y de otras entidades. Recordamos de nuevo el Dictamen del Consejo de Estado Consejo de Estado de 21 de mayo de 1992, que señalaba que muchas de los problemas que surgen en la fase de ejecución de los contratos derivan de problemas en su preparación, y la insistencia del Tribunal de Cuentas de un mayor rigor y control en la fase de preparación de los contratos.

Esta precisión y claridad en los pliegos no sólo satisface la necesaria transparencia en los compromisos que se derivarán del contrato, sino que es también una exigencia de eficiencia, que permitirá a los licitadores valorar adecuadamente las exigencias del contrato y realizar una oferta ajustada, reducirá los conflictos y la necesidad de interpretación. Esto es especialmente importante en los contratos concesionales, y en menor medida, en los de servicios (mantenimiento de instalaciones, servicios de tipo social), si se han de hacer determinadas reposiciones de elementos, obtener certificados de calidad, formación del personal, aplicar la cláusula de progreso, exigir determinados trabajos para la reversión de las instalaciones en condiciones normales de uso, etc.; si no está previsto en los pliegos será muy complicado imponer alguna obligación nueva, muy especialmente en los últimos meses de vida del contrato, cuando ya no será posible amortizar de inversiones necesaria para cumplirla. Así lo expresan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ⁷³⁸, en referencia a una de las instituciones citadas, la reversión: *“las precisiones del clausulado concesional son insustituibles a estos efectos dada la inevitable generalidad de los preceptos legales aplicables”*.

La necesidad de precisión y claridad en los pliegos no puede ser suplida por la potestad de interpretación de los contratos (art. 201 TRLCSP, 188 ALCSP), pues esta potestad está sometida a estrictos límites que conviene tener presentes. Como ya se ha recogido, no se puede confiar la resolución de dudas o cualquier otra cuestión confusa a la potestad de interpretación de los contratos, legalmente atribuida a la Administración (art. 210 TRLCSP y 199 ALCSP). La doctrina legal y jurisprudencial se ha ido decantando por la aplicación de las reglas del Código Civil, cuyo artículo 1288 establece el principio de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que haya ocasionado la oscuridad: el TARC de Aragón, en sus Acuerdos 33/2012, de 9 de agosto de 2012 y 77/2014, de 15 de diciembre de 2014, analiza la evolución de la doctrina

⁷³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, en su libro *“Curso de Derecho Administrativo”*, 15ª Edición, 2011. Editorial Cívitas-Thomson Reuters, págs. 789 a 791.

jurisprudencial en relación a la potestad de interpretación de los contratos, señalando que *“la jurisprudencia actual, frente a decisiones jurisprudenciales anteriores que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación «auténtica», ha destacado que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad solo debe perjudicar a la Administración que las redactó”*. Y acredita esta afirmación con citas jurisprudenciales claras: *“Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración»*. En el mismo sentido, la STS de 5 de junio de 2001 (...) y las STS de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999”. El ATACP Madrid 77/2015, de 3 de junio de 2015 ha dejado también claro que resulta aplicable sin más la populariza regla de prevalencia del PCAP frente al PPT, señalando que *“cualquier discrepancia entre pliegos ha de ser resuelta conforme al principio de especialidad, no mediante la prevalencia de uno sobre otro, dado que no existe una relación jerárquica entre ambos”*. Otro límite evidente a la potestad de interpretación de los contratos es que no puede pretenderse por esas vía su reformulación, ni puede encubrir modificaciones (RTACRC 405/2014 o el Consejo Consultivo de Andalucía precisa en su informe 30/2015, de 21 de enero).

El ejercicio de la potestad de interpretación, como cualquier prerrogativa por parte de la Administración, debe tener como objetivo último la salvaguarda del interés general, por lo que no pueden utilizarse simplemente para tratar de solventar errores u omisiones de la entidad contratante al elaborar los pliegos u otros documentos contractuales. Como recuerda J. E. CANDELA TALAVERO, la prerrogativa administrativa de interpretación del contrato es una técnica de aseguramiento del interés público que no puede ser entendido de un modo absoluto que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada⁷³⁹; por

⁷³⁹ CANDELA TALAVERO, José Enrique, aprecia que aunque el ejercicio de la potestad de interpretación “está excluida de la revisión casacional” (STS de 2 de noviembre de 1999 y de 1 de octubre de 2012), esta exclusión cede en el caso de que “las interpretaciones resulten gravemente erróneas, arbitrarias e irrazonables” (STS de 19 de diciembre de 2012). Y recuerda que la forma que tiene la Administración de servir a los intereses públicos es cumpliendo La Ley, “sometiendo las facultades administrativas que le son reconocidas en el desarrollo y terminación del contrato público escrupulosamente el procedimientos y a los requisitos normativos”. *“La Posición de la Administración en la Contratación Pública”*. Monografía sobre las prerrogativas de la Administración en la contratación pública, editado por Grupo Fundación Asesores Locales, Málaga, 2015, págs. 175-176.

ello P. ORTEGA JIMÉNEZ estima que en el ejercicio de esta potestad “*debe respetarse la reciprocidad de intereses en todo caso*”⁷⁴⁰.

Por lo tanto, es imprescindible una precisa y completa regulación en los pliegos de las obligaciones contractuales y de las instituciones en las que la Ley remite a los pliegos o establece dispersiones genéricas como “*buen estado de conservación y uso*” (art. 272 TRLCSP, 281 ALCSP) “*estado de conservación y funcionamiento adecuados*” (art. 283 TRLCSP, 289 ALCSP). Evidentemente cada contrato requiere una regulación singulariza, por lo que no pueden darse aquí más que una idea genérica de esa necesidad de concreción en los pliegos.

Así, por ejemplo, en relación con la reversión de las instalaciones una vez terminada la concesión, resulta esencial precisar en el pliego las actuaciones expresas de conservación de cara a la reversión, como ya señalaba el certero RSCL en su artículo 131.1: “*El pliego de condiciones detallará la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse las obras y el material afectos a la concesión en el momento de reversión de la misma*”. La regulación de esta figura en el TRLCSP es muy genérica, y con una triple remisión al pliego, para señalar en qué momento la Administración adoptará medidas para que la entrega de los bienes se “*se verifique en las condiciones convenidas*” (art. 283.2 del TRLCSP, literalmente transcrito en el artículo 289.2 del ALCSP): el pliego ha de precisar las condiciones en que han de estar los bienes, qué disposiciones han de adoptarse para ello, y durante qué “*periodo prudencial anterior a la reversión*”. Como señalan E. GARCÍA de ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, los pliegos han de precisar “*sus concretos efectos, (...) los bienes que por estar afectos al servicio deben ser entregados gratuitamente a la Administración concedente (biens de retour), salvo en el caso de que no hayan podido ser totalmente amortizados, y aquellos otros que por su utilidad para el servicio puedan revertir a la Administración, previo pago de su precio al concesionario (biens de reprise)*”⁷⁴¹. F. SOSA WAGER, precisa incluso que el concesionario tiene el deber de conservación “*jurídica*” de los bienes que han de revertir, algo que se suele olvidar (STS de 24 de noviembre de 1976)⁷⁴².

La misma necesidad de presión en los contratos concesionales requiere la articulación de la denominada «cláusula de progreso», sus límites y su incidencia

⁷⁴⁰ ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar, en el comentario al artículo 210 del TRLCSP en el libro “*Contratación del Sector Público Local*”, 3ª edición, julio 2013, cit.; pág. 1154.

⁷⁴¹ Señalan GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, la reversión es “*un elemento accidental del negocio (...) esto es, procedente únicamente en caso de pacto expreso, como una pieza más, allí donde esté concebida de ese modo, de la fórmula económica en que toda concesión consiste*”. Por eso los pliegos han de precisar esos extremos. En “*Curso de Derecho Administrativo*”, cit., pág. 791 de la edición de 2011.

⁷⁴² En el libro “*Gestión de los servicios públicos locales*”, Séptima edición, 2008. Editorial Civitas-Thomson. Pág. 262

como modificación del contrato. El artículo 247.4 TRLCSP, y en los mismos términos el 257.4 del ALCSP, se limitan a señalar que “*el concesionario deberá mantener las obras de conformidad con lo que, encada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación*”. Las cuestiones a regular en el pliego son múltiples: ¿con qué alcance?, ¿hasta qué importe económico?. T. QUINTANA LÓPEZ analiza la diferencia entre la «cláusula de progreso», y la «cláusula técnica»: mientras la primera impone obligaciones de actualización solo cuando el ordenamiento jurídico incorpore nuevas exigencias técnicas, la cláusula técnica es más abierta, incluyendo cualquier avance del estado de la técnica en cada momento. La obligación legal solo cubre la primera, la otra ha de preverse expresamente en los pliegos de cada contrato. Precisa también el profesor QUINTANA que el deber del concesionario de la obra pública que impone la cláusula de progreso en lo que afecte al “mantenimiento” de la obra, como literalmente señala el precepto transcrito, formado parte del *aleas* que como empresario debe soportar⁷⁴³. Más allá de lo que imponga el deber indubitado de mantenimiento de la obra, que debe atender aplicando lo que a ello permitan los avances técnicos, otros costes derivados de la cláusula de progreso deberían serle compensados de una u otra forma al concesionario, pues esos costes pueden romper el equilibrio financiero alcanzado entre la partes⁷⁴⁴. La consideración de la cláusula de progreso, ya sea el normativo o el avance técnico sin reflejo normativo, en lo que supere el deber de mantenimiento, como un supuesto de restablecimiento del equilibrio económico, nos parece la adecuada, como también ha defendido F. J. VÁZQUEZ MATILLA⁷⁴⁵, pero sin olvidar que esta puede jugar también a favor de la Administración cuando se reducen los costes del concesionario (por ejemplo con la implantación de sistemas de pago automatizado en la autopistas de peaje denominado “vía T”), y atendiendo a los criterios que para la correcta aplicación de ese principio ya se han expuesto: carácter sustancial de la alteración del equilibrio, ajeno a la mala gestión del empresario y reparto equitativo entre ambas partes del montante del desequilibrio que pueda generar la medida de progreso a aplicar.

Y otra actuación importante de regularen los pliegos ante el silencio del legislador es precisar determinadas actuaciones en caso de resolución anticipada, cuando sea imprescindible continuar con la ejecución del servicio por razones objetivas de interés público, de seguridad, o exista riesgo de daño grave de lo

⁷⁴³ QUINTANA LÓPEZ, Tomás y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, en “*Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*”, cit. pág. 388.

⁷⁴⁴ QUINTANA LÓPEZ, Tomás en el artículo “*Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas*”, *Revista española de derecho administrativo*, N° 131, 2006, págs. 436.

⁷⁴⁵ VÁZQUEZ MATILA, Francisco Javier, en “*La modificación de los contratos públicos*”, cit. pág. 169.

ejecutado. Puede establecerse en los pliegos que el órgano de contratación pueda adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el interés público o evitar los riesgos detectados, y especificar qué medidas cómo realizar la comprobación y liquidación de los trabajos efectuados por el contratista, así como y como continuar con la prestación del servicio u ocupar con ese objetivo las obras o instalaciones antes de que concluya el procedimiento de resolución (especialmente si haya oposición del contratista y ha de solicitar informe al órgano consultivo correspondiente), sin perjuicio de las indemnizaciones que se determinen en favor la parte que corresponda. En el caso de los contratos concesionales, la regulación de el «secuestro o intervención» en caso de incumplimientos del concesionario, también debe concretarse en los pliegos, como establece el art. 131.1.j) del TRLCSP, el “régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión” (en idénticos términos se pronuncia el art.248.1.j del ALCSP; para la concesión de servicios públicos los arts. 285 TRLCSP, y291 ALCSP, que añade el términos “secuestro” que utiliza el RSCL -arts. 131.2.2ª a 136- y remite al régimen de penalidades de la concesión de obra pública).

Pero todas las obligaciones que los pliegos impongan al contratista pueden quedar en el papel si la entidad contratante no se dota de mecanismos de control (ya hemos analizado la función del responsable del contrato en el apartado C.1, y la recepción por la intervención, C.7), y establece penalizaciones en caso de incumplimiento. Estas penalizaciones o cualquier otra medida coercitiva o estimuladora del cumplimiento (como determinados pagos por objetivos) son a la vez mecanismos de salvaguarda del principio de transparencia, pues hemos reiteradas que éste requiere, para garantizar un trato igualitario a todos los licitadores, que lo pactado se cumpla estrictamente.

Por ello tiene especial importancia establecer en el PCAP un régimen de incumplimientos contractuales con su correlativo sistema de penalizaciones para compeler al contratista a su cumplimiento⁷⁴⁶. También en esta cuestión el legislador se remite a los pliegos de manera reiterada, remisión que ya se recogía en el aún vigente RSCL, cuyo artículo 132 del RSCL establece al respecto que “*si el concesionario cometiese alguna infracción de carácter leve, se le impondrán multas en la forma y cuantía previstas en el pliego de condiciones*”, y que la nueva LCSP en tramitación reproduce del TRLCSP (art. 212 del TRLCSP, art. 190 ALCSP, incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso). Se trata en buena medida de una remisión en blanco, pues el TRLCSP no precisa ni cuantías, ni procedimiento, ni cierra la forma de su exacción⁷⁴⁷. Todas estas cuestiones han de establecerse en

⁷⁴⁶ Puede verse al respecto “Ámbito, posibilidades, conveniencia y efectos de la cláusula penal en la contratación pública”, de Casimiro LÓPEZ GARCÍA. Revista Cunal nº 84 de junio de 2005.

⁷⁴⁷ Esa remisión al pliego en materia de penalizaciones al pliego puede verse en los artículos siguientes: 64.2 (para garantizar el cumplimiento del compromiso del adjudicatario de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello); 118.2 (penalizaciones por

el pliego de cláusulas administrativas (sin perjuicio de establecer en el PPT la tipificación de los incumplimientos materiales, como hemos defendido más arriba), además, de la tipificación concreta y las cantidades de las multas coercitivas adecuadas a las prestaciones de cada contrato y proporcionales a su importe. También se ha de concretar en el pliego de cláusulas administrativas particulares las consecuencias de los incumplimientos contractuales: no pago de la parte o prestación del contrato no ejecutado, imposición de las penalizaciones previstas en el pliego; indemnizaciones por daños y perjuicios en su caso hayan causado a la entidad contratante el incumplimiento del adjudicatario; e inicio del expediente de resolución si se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales consideradas esenciales en el pliego (223.f TRLCSP, 209.1.f).

Para el establecimiento en los pliegos de un sistema de penalizaciones válido, la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que se han de cumplir las siguientes condiciones (que reitera este órgano consultivo en su informe 6/04, de 9 de junio de 2004 y en términos equivalentes otras JCCA⁷⁴⁸):

- Que las penalizaciones se deriven del incumplimiento de obligaciones contractuales recogidas como tales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, ya que, como dispone el artículo 49 de la LCAP (212 TRLCSP, 190 ALCSP), éstos deben incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato.
- Que se encuentren recogidas expresamente en los citados pliegos las penalizaciones de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio.
- Que, por las especiales características del contrato, se consideren necesarias para la correcta ejecución del mismo.

Aunque en algún momento se ha planteado si la reserva a de Ley en materia sancionadora afectaba las sanciones que se podían imponer a un contratista por incumplimientos contractuales, la jurisprudencia ha declarado que se trata éste de un ámbito específico no salvaguardado por el principio de reserva de Ley, puesto

incumplimientos en las condiciones especiales de ejecución); 131.1.j (régimen de penalidades en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas); 136 (penalidades en las concesiones); 212 (penalidades por cumplimiento defectuoso del contrato).

⁷⁴⁸ IJCCA Baleares 8/2003; El IJCCA de Cataluña 5/2002 concluye que las cláusulas penitenciales incorporadas en un contrato administrativo a) responden al principio de la libertad de pactos que tradicionalmente ha reconocido la normativa reguladora de la contratación administrativa, b) no constituyen ejercicio de derecho sancionador sino que se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones y c) deben establecerse de forma expresa y manifiesta de manera que no caben presunciones sobre su establecimiento.

que no son sanciones en sentido jurídico, sino multas coercitivas pactadas entre las partes para compeler al cumplimiento de lo pactado (STS de 21 de noviembre de 1988 -RJ 1988, 8942-; STS de 30 de octubre de 1995 -RJ 1995/7885; STS de 6 de marzo de 1997,-RJ 1997/663-; STS de 18 de mayo de 2005, rec. 2404/2003). La STS de 6 de marzo de 1997 precisa esta afirmación en los términos siguientes: “(...) multa o penalidad que, en el seno de la contratación administrativa, permite a la Administración Pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato (...) La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante” (FJ 2). La STS de 18 de mayo de 2005 equipara estas penalidades con la «cláusula penal» que para los contratos privados prevé el artículo 1152 del CC. Las penalidades deben comprender el periodo que media entre la fecha en que se haya producido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso y la fecha en que se corrija la ejecución defectuosa del contrato (STSJ Asturias, de fecha 22 de diciembre de 2014). Esta doctrina consolidada sobre la naturaleza y régimen de las penalizaciones por incumplimientos contractuales también se refleja en los informes de otros órganos consultivos y de los órganos fiscalizadores⁷⁴⁹. En la STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2009 (rec. 153/2007) se recoge la doctrina jurisprudencial sobre las penalizaciones de los contratos⁷⁵⁰. Este mismo Tribunal nos da un importante criterio adicional en su sentencia 637/2013, de 15 de abril: en estas penalizaciones no se aplica el principio de presunción de inocencia. Considera el TSJCyL que las penalidades de la legislación contractual pública son una suerte de “sanción” al contratista, pero es una sanción civil, no proveniente del *ius punendi* de la administración, sino de las facultades de dirección de los contratos públicos por ella suscritos, siendo evidente que en esta materia no rige el principio de presunción de inocencia, pues es dentro de la materia penal y de derecho administrativo sancionador donde tiene su razón de ser, sin que quepa, con carácter general (STC 52/1989, de 22 de febrero), en materia contractual, donde son otros principios, el de responsabilidad objetiva, por

⁷⁴⁹ Por ejemplo, la Intervención General de la CCAA de Madrid, en su informe de 7 de febrero de 2003: «De forma unánime doctrina y jurisprudencia consideran que la penalidad administrativa participa de la naturaleza de la pena convencional regulada en el art. 1152 del Código Civil definida como una convención principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido (STS 17 de octubre de 1957) (...) sobre el concepto de penalidad administrativa ha profundizado el TS en su S de 26 de diciembre de 1991 estableciendo que la cláusula penal en un contrato civil o administrativo generalmente no ha de suponer necesariamente, salvo previsión de esa exigencia, la existencia de culpa.», Citado por ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar, en el comentario al artículo 212 del TRLCSP en el libro “Contratación del Sector Público Local”, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013, tomo II, pág. 1179.

⁷⁵⁰ Esta doctrina se sigue sin excepciones en todos los Juzgados y Tribunales, como puede verse en la St. del Juzgado de lo contencioso nº 1 de Valladolid de 8 de marzo de 2012, rec. 75/2011, en la que apela a las STS de 30 de octubre de 1995, 6 de marzo de 1997 (Magistrado J. MOZO AMO.)

culpa, la carga de la prueba, etc., los que deben ponerse en aplicación.

El PCAP debe fijar también la cuantía de las penalizaciones, que han de ser proporcionadas a la importancia del incumplimiento y al importe del contrato. (STS de 18 de mayo de 2005). Como se ha señalado, en esta cuestión también remite a los pliegos el legislador en el artículo 212 del TRLCSP, al igual que el precepto equivalente del ALCSP, artículo 190, precepto éste más lo referente a la cuantía de las penalidades en el caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso: *“1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimientos especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 200. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por cien del precio del contrato, IVA excluido”*. Sin embargo, el artículo 191 ALCSP mantiene incomprensiblemente la misma cuantía como penalización por demora en la ejecución que el artículo 212 del TRLCSP, en defecto de previsión diferente en el pliego: *“penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido”*. La cuantía es claramente insuficiente: imaginemos que un contrato de obras de 300.000€, con un plazo de ejecución de dos meses, un retraso de quince días, una cuarta parte del plazo inicial, solo supone una multa de 900€, cantidad que no va a compeler al contratista a cumplir el plazo si ello le supone contratar más trabajadores, por ejemplo. Esa cantidad debería claramente actualizarse, aunque prevea el precepto que el pliego de cláusulas administrativas particulares puede establecer otra cuantía *“atendiendo a las especiales características del contrato”*⁷⁵¹.

Y el pliego debe también regular el procedimiento para imponer estas sanciones, que no tiene por qué ser el general establecido en la LRJPAC. Como han admitido los Tribunales, puede pactarse en los pliegos un procedimiento específico, más ágil, en el que eso sí, se garantice el derecho de audiencia del contratista. La citada STS de 18 de mayo de 2005 (rec.2404/2003), que indica expresamente que no se trata de un procedimiento sancionador y por lo tanto no le es aplicable el directamente el procedimiento que establece el Reglamento 1398/1993, aunque si en el pliego no se establece un procedimiento específico, se ha de acudir al de la LRJPAC (STSJ del País Vasco 88/2010, de 15 de febrero). Esta doctrina ha sido asumida por el legislador: el artículo 25.4 de la Ley40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, señala que las disposiciones sobre el ejercicio de la potestad sancionadora no serán de aplicación al ejercicio

⁷⁵¹ Ya critiqué lo nimio y por lo tanto inútil de esta cuantía que el TRLCSP se limitó a elevar de 0,18 a 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato la cantidad prevista en la LCSP, en el comentario al artículo 115 del TRLCSP, en el Libro “Contratación del Sector Público Local”, precepto comentado por MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, editorial El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013, tomo I, pág. 814.

por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos (art. 25.4). Por ello se debe prever en el PCAP que para la imposición de estas penalizaciones e indemnizaciones por incumplimientos contractuales se seguirá un expediente contradictorio sumario, en el que se concederá al contratista un plazo de alegaciones (por ejemplo de 5 días naturales) tras formularse la denuncia. Dichas alegaciones y el expediente de penalización será resuelto, previo informe del responsable del contrato e informe jurídico, por el órgano unipersonal en quien delegue el de contratación, resolución que pondrá fin a la vía administrativa.

Las penalizaciones que se impongan al adjudicatario son independientes de la obligación del contratista de indemnizar por los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasione al órgano de contratación o a terceros con derecho a repetir, como reconoce también la meritada STS de 18 de mayo de 2005. La Ley no precisa esta cuestión, por lo que es importante recoger en el pliego el alcance mínimo de las indemnizaciones en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales. Así debe preverse que las indemnizaciones alcancen al menos el importe de posibles sanciones que puedan imponerse al órgano de contratación como promotor o responsable subsidiario del contratista en casos de incumplimientos por parte de éste de obligaciones impuestas en diferentes normas sectoriales: sanciones medioambientales, indemnizaciones por ocupación de terrenos particulares; pago de salarios, cotizaciones sociales o tributarias adeudados por el contratista; indemnización por el sobre coste que, en el caso de que por resolución judicial se determine el derecho a la subrogación del personal afecto al contrato en un nuevo adjudicatario en aplicación del artículo 44 del TRET, haya de soportar directa o indirectamente la entidad contratante como consecuencia de la negociación por parte del contratista de incrementos retributivos a este personal por encima del convenio nacional de sector; incluso por la diferencia entre la oferta del adjudicatario y el siguiente contratista cuando aquél incumpliese aspectos de su oferta que hubieran sido determinantes de la adjudicación. Más complicado es prever indemnizaciones en caso de incumplimiento de plazos de ejecución, especialmente si los perjudicados, a parte de la entidad contratante, son una pluralidad indeterminada de personas (usuarios o vecinos en general). Establecer en el PCAP para todos los contratos un régimen de indemnizaciones objetivadas por tramos, quizá podría para evitar conflictos posteriores a la hora de cuantificar esas indemnizaciones; algo así hace el artículo 311 TRLCSP (313 ALCSP) en relación con errores o deficiencias en los proyectos estableciendo un baremo cuantitativo de las indemnizaciones que se pueden reclamar al redactor.

Igualmente debe recogerse en el PCAP el procedimiento para la exacción de las multas coercitivas y de la indemnización, de lo que tampoco dice nada la normativa

de contratos. Resulta útil y clarificador prever que las penalidades e indemnizaciones impuestas serán inmediatamente ejecutivas y se harán efectivas mediante deducción de los pagos correspondientes que tenga pendientes de percibir el contratista. Si ya no existiesen cantidades pendientes de pago, se podrán hacer efectivas contra la garantía definitiva y si ésta no alcanzase el montante de la penalización, se podrá reclamar por la vía administrativa de apremio como ingreso de derecho público.

En cuanto a las condiciones esenciales del contrato cuyo incumplimiento puede ser causa de resolución (art. 223.f TRLCSP, 209.1.f ALCSP, “obligación principal”), es conveniente señalar en el pliego cuales condiciones tendrán esa consideración, si bien, como recomienda el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su Dictamen 24/2015, de 28 de diciembre de 2014, esto no debe interpretarse en el sentido de que, de no hacerse así, resulte imposible resolver un contrato, puesto que lo realmente determinante es su carácter⁷⁵².

En conclusión, es necesario y muy clarificador que los pliegos regulen con precisión las condiciones de ejecución del contrato y establezca las obligaciones concretas del adjudicatario en esa fase, especialmente las más relacionadas con las actuaciones previas a la extinción normal o anormal del contrato. Y para garantizar el cumplimiento de lo establecido en los pliegos y de lo ofertado por el adjudicatario, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe fijar un régimen proporcionado de penalizaciones e indemnizaciones por incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, y el procedimiento para su imposición y exacción.

C.9. Publicidad de la actividad contractual.

Las obligaciones de publicación de datos de los contratos que celebre el sector público que exige la normativa sobre contratación pública, se han visto aumentadas con las leyes estatal y autonómicas sobre transparencia. Resulta ineludible publicar toda la información relevante sobre la actividad contractual de cada ente público tanto en el «perfil de contratante» como en el «portal de transparencia», que en esta materia deberán funcionar mediante un enlace para evitar duplicar el trabajo y la información. Esta publicación debería hacerse con el criterio más amplio posible y ofreciendo todos los datos relevantes para que la actividad contractual de la entidad de que se trate sea totalmente conocida.

⁷⁵² Este mismo órgano consultivo había mantenido un criterio distinto en su Dictamen 448/2014, de 11 de diciembre, que señalaba que sólo podrá llegarse a la resolución del contrato cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, que además, ha de encontrarse prevista expresamente en los pliegos o en el contrato suscrito.

Transparencia y publicidad son dos conceptos entrelazados en la contratación pública, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, de manera que el principio de transparencia exige la publicación de información para poder concurrir a los procedimientos de contratación y conocer la actividad contractual de los entes públicos. La publicidad tiene como objetivo facilitar la concurrencia y garantizar la igualdad de trato en esos procedimientos, y permitir a los ciudadanos tener información sobre la actividad contractual de los entes públicos. La STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07, por ejemplo, recuerda que la obligación de publicidad va unida a los principios de igualdad de trato y transparencia; la Directiva de contratación permite la prestación de servicios sociales sin contrato público, pero *“siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”* (considerando 114 *in fine*).

La Ley de contratos establece en numerosos preceptos obligaciones concretas de publicidad. El TRLCSP y el ALCSP exigen la publicación de los anuncios de licitación y de los actos de adjudicación y formalización de los contratos, si bien la nueva ley prescinde ya de los boletines autonómicos y provinciales, manteniendo solo la publicidad obligatoria en el perfil de contratante, en el BOE para la Administración estatal, y en el DOUE para los contratos sometidos a regulación armonizada (y en los demás cuando lo estime conveniente el órgano de contratación): anuncio de información previa (artículos 141 TRLCSP, 134 ALCSP); convocatoria de licitaciones (arts. 142 TRLCSP, ALCSP 135); publicación de la adjudicación en el perfil de contratante y de la formalización además en el BOE y DOUE (arts. 151, 154 TRLCSP); anuncio de licitación en el procedimiento negociado (art. 177, 167 ALCSP); anuncio de licitación en el diálogo competitivo (arts. 181 TRLCSP y 172 ALCSP); anuncio de licitación en los sistemas dinámicos de contratación (200.2 TRLCSP, 222.5.a del ALCSP –para este procedimiento el anteproyecto remite, por imperativo del art. 34.2 de la Directiva 2014/24, a las normas del procedimiento restringido, frente al abierto al que remitía el TRLCSP-). Ya hemos abordado en el epígrafe B.1 que los procedimientos con publicidad limitada, dado que suponen una restricción de la concurrencia y por lo tanto de la transparencia, han de ser utilizados de manera muy limitada, e interpretando restrictivamente los supuestos en los que el legislador permite su utilización, sin que la eliminación de toda concurrencia sea posible más que en los casos taxativamente previstos en la ley. Todos estos anuncios de publicidad previa y posterior a la adjudicación viene impuestos en las Directivas comunitarias: en la Directiva de concesiones, artículos 31, 32 y 33; en la Directiva de contratos, artículos 34.2.a, 48, 49, 50, 51, 52.

De la nueva regulación de la publicidad que realiza el Anteproyecto de la nueva LCSP, llama la atención, además de la ya citada desaparición de anuncios en los BOP y BOCA, la obligatoriedad de publicar la formalización de los contratos de

importe superior a 5.000€ en el artículo 151.1 (que además establece un plazo de 48 días como máximo para publicar este anuncio), publicación que dificulta la no exigencia de formalización (el art. 118 del ALCSP reproduce el 111 del TRLCSP, basta la factura y la aprobación del gasto - ya criticamos la hablar de los contratos menores la insuficiencia de estos requisitos para articular adecuadamente un contrato menor-). El artículo 205.3 del ALCSP impone también, como hace la ley 19/2013 de transparencia, publicar en el perfil un anuncio de las modificaciones de los contratos, en el plazo de 5 días desde su aprobación. El anteproyecto recoge un extenso anexo III con los modelos de anuncios de licitación, formalización, modificación, diferenciando por tipos de contratos, que ofrecen una detallada y completa información sobre la licitación, adjudicación y, en parte, ejecución de los contratos (modificación), que denota un esfuerzo del legislador por ampliar el ámbito de la información contractual publicada.

Es esencial en todas estas publicaciones, que la información se realice de forma completa, clara y precisa, primero para los potenciales licitadores, que han de conocer con precisión el objeto y condiciones del contrato y los requisitos de participación y valoración de las ofertas; luego para que los participantes y cualquier otro interesado tenga conocimiento exacto de los datos de cada contratación. Esa información se remite generalmente a los pliegos, y de ellos es igualmente exigible esos requisitos de claridad y complitud (STJUE de 31 de enero de 2013, ATACP 5/2011). La importancia de la información publicada se constata con la sanción de nulidad en caso de discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, al impedir conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato (Acuerdo 10/2011 del TACP de Aragón).

La tantas veces citada Recomendación 1/2014 de la JCCA de Aragón considera conveniente también publicar la normativa interna sobre contratación que específicamente elabore cada poder adjudicador, afirmando que "*la publicación de la normativa vigente en materia de contratación es la primera garantía de transparencia*". Se debe por ello publicar los pliegos tipo o modelo (art. 115.4 TRLCSP y 122.5 del TRLCSP, en ninguno de los cuales se exige su publicación); las instrucciones de contratación de las que se pueda dotar el órgano de contratación; además de las normas internas de contratación de los entes que no son administraciones públicas (cuya publicación si exige el artículo 191.1 del TRLCSP, y que parece que desaparecerán con la nueva LCSP, en cuyo anteproyecto no figuran). Propone además este órgano consultivo, acompañar esa información de una guía o manual para los potenciales licitadores, lo que permitirá lograr una mayor eficacia en los procedimientos de licitación, evitando situaciones de exclusión y minorando los supuestos de exigencia de subsanación de defectos, lo que favorece especialmente a las pequeñas y medianas empresas, que necesitan de más ayuda y claridad por tener estructuras administrativas reducidas.

Toda esta publicación que exige la normativa de contratación, se ha de complementar y enlazar con la que exige la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y las Leyes autonómicas correspondientes. Sobre su contenido ya hemos hablado en el epígrafe II, por lo que solo es necesario traer aquí una breve referencia a los datos que estas normas exigen publicar de la actividad contractual. El artículo 8.1.a de esta ley demanda, en relación a los contratos, la publicación, en todos los contratos, *“el 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. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.”*

A esta información que exige la normativa estatal ha de añadirse, sí que quiere apostar por la máxima transparencia posible en este aspecto, por la que requiera cualquier normativa autonómica y no escudarse en ésta cuando contenga normas más restrictivas⁷⁵³. Así, de otras normas autonómicas puede destacarse la exigencia de pública información sobre los subcontratistas (Murcia), o las resoluciones de los recursos contractuales (Cataluña). Entendemos que puede resultar también información útil la referente a las novaciones subjetivas del contratista, o los acuerdos sobre mantenimiento del equilibrio económico de los contratos concesionales, o las encomiendas de gestión.

Toda la información que se publique ha de analizarse de acuerdo con las limitaciones que impone la normativa sobre protección de datos personales y la de propiedad intelectual e industrial. Para ello son de gran ayuda los criterios del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia de Protección de Datos, que dictan y publican «criterios interpretativos» y los que se pueden formular consultas específicas. Así, por ejemplo, el criterio interpretativo 4/2015 señala que para identificar al adjudicatario en la publicación de los contratos que exige el artículo 8 de la Ley 19/2013, no es necesario hacer constar su DNI ni su firma, recomendando suprimir las firmas manuscritas⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Como el art. 28.1.c la ya criticada Ley canaria 12/2014, de 26 de diciembre, que no prevé la publicación de los datos de los adjudicatarios de los contratos menores.

⁷⁵⁴ Criterio interpretativo 4/2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia de Protección de Datos, en relación con la publicación del nº del DNI y la firma del adjudicatario: El art. 8 de la Ley 19/2013, de transparencia, prevé la obligación de las Administraciones (y demás entes públicos) de publicar todos los contratos que celebren... "con la identidad del adjudicatario". En relación con esta cuestión, se plantea si el DNI y la firma manuscrita del adjudicatario también han de ser objeto de

Otra cuestión que ha articularse en los pliegos es la información que ha de facilitar el contratista al órgano de contratación para cumplir su política de datos abiertos. Muchos de servicios públicos, especialmente municipales, están externalizados total o parcialmente, bien mediante un contrato de gestión de servicios públicos (transportes, abastecimiento y depuración de aguas, recogida de residuos sólidos urbanos, residencias,...), o bien mediante un contrato de servicios para realizar trabajos concretos para una actividad que se gestiona directamente (programas informáticos, mantenimiento de instalaciones, control de accesos...). En todos estos casos, las empresas contratadas disponen de una información que la entidad contratante puede necesitar para su tratamiento y difusión. Es necesario haber previsto adecuadamente en los pliegos que el adjudicatario ha de facilitar esa información al órgano de contratación o servicio responsable del contrato, con qué periodicidad y en qué formato, y por supuesto, como en toda obligación que se imponga, establecer el adecuado régimen penalizador para el caso de que el contratista no cumpla esa obligación. Ello además de las cautelas que se han señalado anteriormente al analizar el manejo de datos de carácter personal, en su caso.

Así, por citar solo algunos ejemplos que habrán de adaptarse a cada contrato, puede ser útil requerir a los contratistas que faciliten, en el soporte informático que se precise, datos estadísticos de utilización y consumos del servicio o actividad; perfiles de usuarios y demanda no atendida; reclamaciones de los usuarios; incidencias producidas durante la ejecución; afecciones con otros servicios; avisos previos de incidencia planificadas para los usuarios u otros servicios; consecución de objetivos; incidencia social etc. Si la exigencia de esa información no se recoge en los pliegos, el contratista podrá reclamar al órgano de contratación un pago adicional por el trabajo que ello le suponga.

En definitiva, a la obligada publicidad de cada contratación para que los interesados puedan concurrir en condiciones de igualdad, se añade la información sobre los resultados de cada contratación y una visión estadística de la actividad contractual de cada ente público. Resulta oportuno en el actual escenario que apuesta por una política de datos abiertos, ser generoso en la información post contractual que se ofrece, incluyendo la que puedan generar o disponer los adjudicatarios de contratos de servicios que se considere útil ofrecer al público

publicación o, por el contrario, no pueden difundirse al estar sometidos a la normativa de protección de datos de carácter personal:

- tanto el DNI como la firma manuscrita son datos de carácter personal y, por tanto, resulta de aplicación el art. 15 de la Ley 19/2015, y “su publicidad debe ponderarse en atención al interés público que hubiera en su divulgación y a los derechos de los titulares de los datos”;
- basta con identificar al adjudicatario sin necesidad de hacer constar su DNI o firma;
- y es conveniente suprimir las firmas manuscritas de los documentos, siempre que figure en ellos la indicación de que han sido firmados.

(como determinados datos estadísticos de utilización, reclamaciones, etc.). Para facilitar la publicación de la información se deben enlazar el «perfil de contratante» y en el «portal de transparencia» para que el segundo tome directamente datos del primero. Y es necesario analizar previamente que los datos que se publican no vulneran la legislación sobre protección de datos.

Como colofón a esta relación de medidas para tratar de mejorar la transparencia en la contratación pública, reiteramos que su adecuada aplicación haciendo efectivos los principios de igualdad y objetividad en todas las fase del procedimiento contractual, es imprescindible para asegurar la eficiencia en el gasto público que se invierte en el aprovisionamiento de bienes y servicios por el sector público, y es a la vez el mejor antídoto para evitar la corrupción en este ámbito de la actividad pública. Así, el «portal de transparencia» podrá publicar unos datos fruto de un procedimiento pulcro, para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos de información y analizar si la gestión de la contratación pública se ajusta a los parámetros de una buena administración. Como se ha reiterado, la normativa vigente, aunque susceptible de mejora como propondremos en el capítulo siguiente, dispone de muchas herramientas jurídicas que, adecuadamente utilizadas con la precisión que de las mismas ha realizado la doctrina y la jurisprudencia, harán más difícil utilizar la contratación pública en beneficio de intereses privados, salvaguardando así la integridad de este importante capítulo del gasto público.

IV. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En este último capítulo abordamos cuatro grupos de propuestas para combatir la corrupción. En la parte central de este trabajo se ha tratado de profundizar en la correcta aplicación de la regulación vigente y en proyecto en cada una de las fases del procedimiento de contratación y en cada una de las ‘instituciones’ específicas de ese *iter* procedimental, extremando el rigor en la materialización del principio de transparencia a la luz de la doctrina legal, jurisprudencial y de mi propia experiencia como aplicador de la normativa de contratación a lo largo de más de dos décadas como secretario y responsable de la contratación en varios Ayuntamientos. Las medidas que se proponen a continuación plantean una reforma de la regulación de la contratación pública para reforzar y hacer más imperativamente explícitas las planteadas en el capítulo anterior, y se abordan propuestas en otros órdenes, ya que la lucha contra la corrupción pasa por

medidas más amplias que las que corresponden a la normativa de contratación y que son aplicables a todos los campos de la vida pública (y privada).

De las propuestas doctrinales y de diferentes instituciones públicas y privadas para combatir la corrupción en el sensible terreno de la contratación pública que se han recogido, muchas de ellas van más allá de este ámbito y ofrecen medidas para abordar una más amplia y necesaria «política anticorrupción», que lo primero que requiere es, insistimos, voluntad política. A modo de ejemplo ilustrativo, recogemos algunos planteamientos formulados más recientemente.

Centradas en el ámbito procesal, las “Conclusiones de la XXIV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España” (3 de diciembre de 2014), proponen actuaciones para potenciar el papel y la independencia de los controles externos, tanto jurisdiccionales, como de los OCEX, así como medidas para mejorar la investigación judicial internacional y combatir los paraísos fiscales⁷⁵⁵.

B. GARZÓN REAL, ex magistrado de la Audiencia Nacional, propone veintidós medidas para combatir la corrupción en todos los ámbitos de la vida pública, la mayoría dirigidas a mejorar la Administración de Justicia: la despolitización de la Administración; establecer duros mecanismos de control y técnicas de evaluación y gestión privadas en la Administración para acabar con la opacidad de la burocracia; códigos de ética de los empleados públicos; la regulación de los lobbies (ante su improbable erradicación); la mejora de la eficacia de las normas jurídico-penales para facilitar las investigaciones; la prohibición de los paraísos fiscales⁷⁵⁶; la transparencia en todos los ámbitos, especialmente en la Administración de

⁷⁵⁵ XXIV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, Valencia, 1 al 3 de diciembre de 2014.

K. OTRAS MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN DIFERENTES ÁMBITOS

54) Promoción de instrumentos eficaces de cooperación judicial internacional. Las comisiones rogatorias retrasan notablemente los procesos especialmente cuando se trata de países que quedan fuera de la UE, por lo que es muy conveniente remover convenios para el auxilio judicial internacional y el intercambio de información directa entre jueces y fiscales.

55) Promoción de la utilización de los servicios de EUROJUST y REJUE.

56) Potenciación del control en vía contencioso administrativa de la actividad de la Administración, e incluso la imposición costas a los responsables de actos administrativos irregulares que generan recursos y multitud de litigios debido a su negligencia, y no a la propia Administración.

57) Introducción de profundos cambios en el sistema de selección y nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas, del Consejo General del Poder Judicial e incluso del Tribunal Constitucional, hoy excesivamente dependiente de los partidos políticos. Eliminación de la posibilidad del nombramiento de magistrados a propuesta de los parlamentos autonómicos.

58) Promoción de acciones eficaces para combatir los paraísos fiscales (acción decidida de la OCDE).

⁷⁵⁶ Intermon OXFAN lanzó una campaña a través de las redes sociales para exigir en la Cumbre Mundial de Financiación del Desarrollo que se celebrará en Addis Abeba (Etiopía) del 13 al 16 de julio que se regulen internacionalmente los paraísos fiscales.

Justicia; la garantía de una total independencia del Poder Judicial; exigir responsabilidades judiciales; garantizar la imparcialidad de la Justicia; la coordinación internacional para combatir el crimen organizado; reforzar el sistema de incompatibilidades; un Ministerio Fiscal verdaderamente autónomo e independiente del Gobierno; una fiscalía especial anticorrupción; la creación de una Oficina Pro Derechos Humanos y Anticorrupción; una adecuada protección del denunciante, los testigos y el arrepentido; la eliminación de los aforamientos y la regulación precisa de los indultos; la fiscalización de las cuentas de los partidos políticos y de los sindicatos; la imparcialidad informativa de los medios de comunicación y la transparencia de sus fuentes de financiación y control⁷⁵⁷.

El magistrado J. R. CHAVES GARCÍA ha realizado diferentes propuestas para combatir la corrupción política, coincidentes con las propuestas por GARZÓN en lo referente al Poder Judicial (independencia de la fiscalía y del Consejo General del Poder judicial), haciendo especial hincapié en la independencia de los funcionarios para asegurar la de sus informes (reducir el personal eventual y delimitar los puestos que puede desempeñar el personal laboral; fortalecer las funciones e independencia de los Secretarios e Interventores locales); también en la exigencia de responsabilidades de los políticos incluso por sus “errores relevantes”⁷⁵⁸.

El profesor E. JIMÉNEZ FRANCO, ha propuesto un «Pacto de Estado de lucha contra la corrupción», con diez medidas, algunas de cuales ya han sido adoptadas, como la legislación de transparencia y datos abiertos; otras inciden en la independencia del Poder judicial y los empleados públicos; la protección del denunciante; tipificar como delito el despilfarro de los fondos públicos. Recoge también una propuesta más general: promover una pedagogía de la cultura de la

⁷⁵⁷ GARZÓN REAL, Baltasar, *“El Fango, cuarenta años de corrupción en España”*, cit. capítulo 14, págs. 452 a 497.

⁷⁵⁸ CHAVES GARCÍA, José Ramón, entrada de su blog contencioso.es, “La fórmula de la corrupción y su antídoto”, <http://contencioso.es/2011/02/05/la-formula-de-la-corrupcion-y-su-antidoto/>
“Los consultores jurídicos externos de la Administración: modelo para desarmar”
<http://contencioso.es/?s=informes+externos>
“Una solución efectiva contra la corrupción: carné por puntos para los políticos”
<http://contencioso.es/2013/04/01/una-solucion-efectiva-contr-la-corrupcion-carne-por-puntos-para-los-politicos/>

En este aspecto de la independencia de los empleados públicos, en un tipo concreto de contratos, GIMERÁNS RUBIO, Juan Manuel, considera esencial la independencia o “neutralidad del examinador” para evaluar los proyectos de colaboración público-privada, “para evitar que se conviertan en regalos envenenados”. En el artículo “La colaboración público-privada como estrategia para la sostenibilidad de las funciones y servicios locales”, publicado en la Revista Internacional de Administración Pública X, 2012, pág. 90. Editada por el Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Méjico.

legalidad y de la integridad a todos los niveles educativos, incluidos los superiores, difundiendo los valores éticos y de lucha contra la corrupción⁷⁵⁹.

En la demanda de una revalorización de los valores éticos el profesor A. NIETO GARCÍA ha afirmado que *“se han abandonado los códigos éticos tradicionales que- y aquí empieza lo más grave- no han sido sustituidos por otros”*⁷⁶⁰. En esa línea el académico A. MUÑOZ MOLINA, reclama *“un vuelco al mismo tiempo administrativo y moral, un fortalecimiento de la función pública y un cambio de actitudes culturales muy arraigadas y muy dañinas, que empapan por igual casi todos los ámbitos de nuestra vida colectiva”*⁷⁶¹.

La Fundación ¿Hay Derecho? y el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local presentaron el 29 de abril de 2015 sus «Propuestas para la Regeneración Municipal», agrupadas en tres bloques:

- a. Medidas para garantizar la independencia y eficacia de los controles que ejercen los funcionarios de la Administración Local, en particular los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Ayuntamiento.
- b. Medidas para garantizar que la contratación pública sea neutral, transparente, profesional y que sirva a los intereses municipales.
- c. Medidas sobre rendición de cuentas, protección de denunciantes y transparencia. Se propone facilitar la denuncia y establecer una protección para quien denuncie casos de corrupción; fomentar la evaluación de la adecuación de las obras y servicios a los presupuestos y objetivos iniciales, mediante la información al público y la rendición de cuentas.

⁷⁵⁹ JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *lege ferenda* para una nueva cultura de integridad”, publicado en la revista Actualidad Administrativa, N° 5, quincena del 1 al 15 Mar. 2012, pág. 538, tomo 1, Editorial LA LEY. En referencia a la educación en valores de defensa de la legalidad y la integridad, cita como ejemplos la citada Academia Internacional Anticorrupción (International Anti-CorruptionAcademy, IACA), o la Escuela de Postgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, dirigida por el Prof. Rodríguez García.

⁷⁶⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, incide en que *“las antiguas fuentes de eticidad (el Estado, la Iglesia), han perdido su crédito; sólo se admite ya –en lo privado- el hedonismo competitivo y –en los público- la democracia; pero los códigos éticos de ésta han demostrado ser puro verbalismo retóricos que no practican ni sus propios sacerdotes”*. “Corrupción en la España democrática”, cit., págs. 65 y 66.

⁷⁶¹ MUÑOZ MOLINA, Antonio, artículo «La corrupción y el mérito». Diario El País, 9 de noviembre de 2014.

El propio Gobierno de España en su Programa Nacional de Reformas 2015⁷⁶² elaborado en cumplimiento de los compromisos con la Comisión Europea incide en que las medidas legislativas que se proponen adoptar a lo largo del año tienen como objetivo lograr un adecuado nivel de confianza de los ciudadanos en las instituciones, garantizando su transparencia y el buen funcionamiento de los mecanismos de control. Afirma el Gobierno que desde el inicio de la legislatura se ha puesto en marcha un programa amplio de regeneración democrática, fortalecimiento de las instituciones y lucha contra la corrupción, que incluye medidas preventivas, que eviten conductas y espacios incompatibles con la legalidad y ética asociadas al servicio público, e iniciativas que cierren espacios a la impunidad. Así se han aprobado muchas de las Leyes que cita el Programa, como la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, como ya hemos anticipado, no se aprobará en esta legislatura, ni casi con toda probabilidad antes de que concluya el 18 de abril el plazo para la transposición de las Directivas de Contratación de 2014, la nueva Ley de Contratos del Sector Público, a cuyo anteproyecto hemos hecho constantes referencias a lo largo de este trabajo. En tanto se aprueba la nueva Ley, se han de tener en consideración las disposiciones de las Directivas de aplicación directa⁷⁶³, y se ha de interpretar el TRLCSP a la vista de éstas y de la jurisprudencia comunitaria, como hemos tratado de hacer con las medidas propuestas en el capítulo III de este trabajo.

Para finalizar con esta enumeración indicativa de diferentes propuestas para tratar de combatir la corrupción, analizamos someramente las últimas propuestas de Transparencia Internacional España. El proyecto de desarrollar «Pactos de Integridad» entre todos los intervinientes en los procedimiento de contratación

⁷⁶² Puede verse en

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/SP%20PNR%20%202015%20FINAL.PDF>

⁷⁶³ Sobre la aplicación directa de las Directivas puede verse el artículo “Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición”, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, El Consultor, N° 8, Sección Actualidad, quincena del 30 abril al 14 mayo 2014, pág. 881, tomo 1, Editorial La Ley.

pública⁷⁶⁴, cuyo cumplimiento verificaría un “monitor independiente”, designado por esa organización, nos ofrece, como allí desarrollamos, serias deudas de funcionalidad y legalidad. Por un lado, incorporar estos pactos en los procedimientos de contratación es muy complicado, además de ampliar los plazos para contratar y poder ser un obstáculo a la concurrencia. Por otro, la figura del monitor independiente genera muchas incertidumbres, desde su selección, independencia y retribución, a su relación con los órganos de control ya existentes, su “potestad” para imponer sanciones, a quien correspondería el importe de éstas, etc.

En cuanto a las «**Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción**», (octubre de 2015), relaciona 45 medidas en el ámbito de los contratos públicos y 15 en el campo de las ayudas públicas. Muchas de las medidas que proponen van directamente dirigidas a reformar la materialización del principio de transparencia, mientras que otras inciden en cuestiones propias de una política de integridad y buena gobernanza de más amplio espectro. Compartimos las que suponen una aplicación práctica de actuaciones para reforzar el principio de transparencia en los procedimientos de contratación, muchas de ellas ya recogidas en las últimas reformas legislativas o en el ALCSP como hemos analizado. Sin embargo, no nos sumamos a las medidas que plantean incorporar nuevas entidades o intervinientes externos (agencias, oficinas, monitores, auditores), pues consideramos que nuestro ordenamiento jurídico dispone ya de mecanismos suficientes, que adecuadamente dotados e implementadas, permitirían controlar desde el inicio al final la gestación de los contratos públicos, como propondremos seguidamente.

Desarrollamos a continuación nuestras propuestas, tributarias de todo lo analizado y vivido, para minimizar la corrupción de la contratación pública y revertir en lo posible sus efectos cuando no haya podido evitarse, medidas que agrupamos en cuatro campos de actuación -tres de ellas extrapolables a cualquier otro ámbito de la actividad pública- :

1. Transparencia. Potenciar la exigencia imperativa de la aplicación de los principios comunitarios de transparencia e igualdad de trato en las diferentes

⁷⁶⁴ Elementos para un exitoso pacto de integridad. Llamamiento a la colaboración de Transparencia Internacional - España. Convocantes: Manuel Villoria Mendieta y Esteban Arribas Reyes (TI-España). Observatorio de la Contratación Pública, 6 de julio de 2015
<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.809/relcategoria.118/relmenu.2/chk.cd217e3c8d42f3c14bb51322463f30e8>

instrucciones y trámites de la contratación pública. Propuestas de *lege ferenda* para la nueva Ley de contratos que permitirían reforzar la obligatoriedad de las medidas planteadas y justificadas en el capítulo anterior, y algunas otras sin cobertura legal expresa en la normativa vigente.

- 2. Profesionalización.** Garantizar la independencia y formación ética y jurídica del personal que intervine en las diferentes fases del procedimiento de contratación.
- 3. Controles internos y externos.** Reforzar los controles existentes y dar efectos materiales directos a los informes de los órganos de control.
- 4. Depuración de responsabilidades.** Detectar a los responsables de la manipulación de los procedimientos y asegurar su sanción, que ha de incluir la indemnización por el quebranto causado.

1. TRANSPARENCIA

En la parte central de este trabajo hemos apostado por la transparencia como el remedio natural contra las patologías de la corrupción. La transparencia en el doble sentido, material o interna, como principio básico de la contratación pública que se materializa en los de publicidad, igualdad de trato y objetividad, para asegurar la máxima concurrencia en condiciones de igualdad; y una transparencia formal o externa, un mecanismo de acceso a la información de los procedimientos contractuales mediante la publicación de todos los datos de los contratos, para permitir a los ciudadanos un mejor control y evaluación de la gestión de los fondos públicos que se invierten mediante contratos.

La transparencia ha de presidir todas las actuaciones en cada fase del *iter* procedimental de cada contrato, que han de ser interpretadas a la luz de ese principio. Como se ha analizado, nuestro ordenamiento jurídico ofrece herramientas que, adecuadamente utilizadas, permiten minimizar cualquier posible intervención torticera en un contrato y evitar cualquier atisbo de contagio de conflicto de intereses o manipulación directa. No obstante, apuntaremos a continuación algunas propuestas de reforma normativa que permitan apuntalar los mecanismos ya existentes recogiendo en preceptos legales imperativos las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales del alcance del principio de transparencia.

Reforzar la transparencia y la lucha contra la corrupción son objetivos esenciales de la modificación de la Ley de Contratos impuesta por la transposición

de las Directivas 23 y 24/2014. Sin embargo, el texto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público ahora en tramitación, debería ser más contundente en la regulación de algunas figuras y actuaciones que permiten vulnerar la aplicación del principio de transparencia, como en los contratos menores, en la ‘valoración de los criterios de valoración’ de las ofertas o en la modificación de los contratos.

Esta es también la opinión del Consejo Económico y Social de España, en su informe de 25 de julio de 2015 al ALCSP, en el que, tras recordar que la contratación pública es una de las áreas de la gestión pública más propensas a la proliferación de prácticas corruptas, afirma que la reforma de la contratación pública "*no aborda el grave problema de la corrupción con la suficiente ambición y profundidad*". A juicio del CES, con esta Ley el Gobierno desaprovecha la ocasión para introducir de manera transversal las disposiciones, los procedimientos y las cautelas necesarias para prevenir eficazmente, desde el derecho administrativo, las prácticas fraudulentas desviadas del interés general que "*falsean la competencia, alteran los mercados y provocan un aumento injustificado del coste de provisión de los bienes y servicios públicos*". Reclama el CES medidas eficaces para garantizar que los procesos contractuales "*se desarrollen con las máximas garantías de transparencia e igualdad de trato a todos los licitadores para evitar el fraude y el favoritismo*"⁷⁶⁵.

Ley debería, además, hacer un esfuerzo simplificador. Un texto que en conjunto supera los 400 preceptos no es manejable para la mayoría de los operadores jurídicos que no pueden especializarse exclusivamente en la contratación pública, y con tal cantidad de hojarasca no se ven con claridad el tronco y las ramas principales del árbol que ha de cobijar el aprovisionamiento del sector público. Abogamos por una ley más programática, que defina con mucha precisión los principios básicos y su aplicación en cada una de las fases de la contratación pública, dejando el resto para el desarrollo reglamentario, que ha de ser simultáneo e integrador de los textos vigentes.

⁷⁶⁵Otra de las críticas del CES al ALCSP es el "*desacertado tratamiento*" que, a su juicio, ha dado el Anteproyecto "*a la manera de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales*", y no se puede olvidar que la contratación estratégica es uno de los objetivos de las Directivas en ejecución de la Estrategia Europa 2020. Una sencilla referencia al tema de la contratación pública estratégica a la que alude el informe del CES puede verse en los artículos publicados en el ObCP, <http://www.obcp.es/>, “Medidas de fomento del acceso a PYMES a la Contratación Pública”, y “Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, entradas del 5 de mayo de 2015 y del 22 de junio de 2015 respectivamente.

La simplificación normativa es uno de los objetivos de la regulación comunitaria, ya esbozado en el Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y en la Resolución de 25 de octubre de 2011 del Parlamento Europeo, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI), donde se señala que uno de los retos en el objetivo de la lucha contra la corrupción y el favoritismo es precisamente “*racionalizar y simplificar las normas*”⁷⁶⁶. “Reducir la dispersión normativa” ha sido también demandado por la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia en su informe de 5 de febrero de 2015 «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia». Y en el campo doctrinal el profesor GIMENO FELIU, ha demandado reiteradamente una simplificación y unificación normativa, pues considera que “*no hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación*”⁷⁶⁷; con ese objetivo ha propuesto por ejemplo aplicar el mismo un régimen jurídico tanto en función del umbral económico como de los diferentes tipos de entes del sector público, medida que sin duda ayudaría mucho a aligerar la ley y a reducir vías de escape a la misma⁷⁶⁸.

La actual complejidad, extensión y dispersión de la normativa estatal sobre contratación pública se completa con las disposiciones adoptadas por muchas Comunidades Autónomas, Instrucciones de las Entidades Locales o Normas internas de contratación de la pléyade de entes del sector público instrumental, y

⁷⁶⁶ La necesidad en general de una regulación más precisa y gramaticalmente más correcta, ha sido muy enfática y literariamente demanda por el catedrático SOSA WAGNER, Francisco: “*Esta orgía de palabrería que vemos en los Boletines oficiales, de palabras estrambóticas, fruto de mentes vacuamente tecnocráticas se ha hecho ya desesperante Hoy, leer las exposiciones de motivos de las leyes o de los decretos produce a quien aún conserva un mínimo de gusto por la palabra escrita un desasosiego cierto. ¿Para cuándo el paso de estos textos tan desafortunados por el control de un filólogo que conozca reglas elementales de la gramática y esté familiarizado con el Diccionario de la Real Academia?*”. En el artículo “Ciudades inteligentes y palabrería tecnocrática” Blog EsPúblico.es.-Posted: 06 Apr 2015 11:47 PM PDT, al hilo del Plan Nacional de Ciudades del Ministerio de Industria, Energía y Turismo Inteligentes.

⁷⁶⁷ GIMENO FELIU, José María, “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”. Artículo publicado en el ObCP el 12/05/2014. También en el libro “*El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*”. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Menor (Pamplona) 2014, pág. 36.

⁷⁶⁸ No logró que este criterio fuera sumido por el equipo redactor del ALCSP del que formó parte. Esta propuesta la ha mantenido en varios trabajo: “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, GIMENO FELIU, José María, Reda, REDA 147, 2010, pág. 534. En el citado “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, ObCP 12/11/2014), propone también por someter a todo el sector público prácticamente al mismo régimen de contratación (medida 3).

en el último eslabón, los diferentes pliegos de cláusulas. A esta vorágine normativa se suma una no menor dispersión interpretativa de la misma, curiosamente en una materia en la que sólo la Comunidad Autónoma de Navarra tiene competencias legislativas propias: más de una decena de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Consejos Consultivos y Órganos de Fiscalización Externos, a los que han de añadirse los diferentes órdenes judiciales que culminan en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ante esta dispersión la RJCCA de Aragón 1/2014 propone la “elaboración de guías a disposición de los licitadores”, que incluyan las interpretaciones de esos órganos, para facilitar a los potenciales licitadores la posibilidad de conocer mínimamente y en lo esencial las normas a las que atenerse para preparar sus ofertas.

Sin embargo, el ALCSP no responde a esta demanda de simplificación regulatoria, y conserva la estructura y filosofía del TRLCSP, lo que lo hace igual de extenso y farragoso, y dificulta enormemente su aplicación por los operadores jurídicos ordinarios. Una simplificación de la nueva Ley que reduciría considerablemente la extensión, complejidad y discordancias del texto, se conseguiría siguiendo los siguientes criterios:

- a. Aplicar el mismo régimen jurídico a todo el sector público, lo que limitaría además la creación de entes instrumentales para acudir a ellos mediante encomienda de gestión, con el objetivo principal de utilizar un régimen de contratación más laxo⁷⁶⁹.
- b. Eliminar las diferencias de régimen en los contratos sometidos a regulación armonizada con respecto a los contratos de importe inferior a los umbrales, manteniendo sólo las diferencias de la publicación en el DOUE. Esta medida tiene su amparo en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02) (como recuerda, citándola, la Recomendación 1/2014 de la IJCCA de Aragón).

⁷⁶⁹ Un contundente ejemplo del sistemático incumplimiento de la normativa de contratación por el sector público instrumental puede verse en el Informe del Consejo de Cuentas de la Comunidad de Madrid, de 17 de septiembre de 2015 «Informe de fiscalización de la contratación incluida en el ámbito de aplicación de La Ley de contratos del sector público celebrada por los entes, organismos y entidades del sector público madrileño. Ejercicio 2013». También el Consejo de Cuentas de Castilla y León ha constatado todo tipo de irregularidades en el Informe de Fiscalización de la gestión del ente público de derecho privado Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACYL), ejercicio 2011(publicado el 5 de septiembre de 2014).

- c. Unificar la regulación de las concesiones de obra pública y de servicio público. Además de simplificar la ley, evitaría discordancias injustificadas de régimen jurídico, especialmente en la preparación y ejecución de estos contratos. Esta medida es más congruente con la Directiva 2014/23, que regula bajo el mismo régimen ambas concesiones, y responde a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico, rota con la Ley de concesión de obra pública del año 2003, pero que aún se mantiene en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (el estatal, art. 114.2, y los autonómicos)⁷⁷⁰.

Además de la propuesta de reducir la extensión y complejidad de la nueva Ley de contratos, se exponen a continuación una serie de propuestas para reforzar las medidas propuestas en el capítulo anterior de este trabajo y corregir algunas deficiencias y carencias de la regulación vigente. La transposición de las nuevas Directivas es una ocasión para garantizar con mandatos precisos la aplicación del principio de transparencia en todas las fases del procedimiento contractual reduciendo los resquicios por los que puede quebrar la integridad:

A. Mejoras de la transparencia en la fase de preparación de los contratos⁷⁷¹:

1. Exigir una supervisión efectiva de los documentos que definan el objeto de los contratos y el alcance de las prestaciones que lo integran, y no sólo de determinados proyectos de obras (art. 125 TRLCSP, 233 ALCSP). Esta supervisión debe alcanzar la correcta elección del tipo de contrato y procedimiento elegido para seleccionar al adjudicatario. Para facilitar el control en este aspecto, debe regularse de manera clara la diferencia entre contratos de servicios y de concesión en función de la transferencia o no del riesgo de demanda al contratista; especificar el carácter excepcional del contrato administrativo especial y su carácter subsidiario respecto del personal del que la entidad dispone para poder prestar los servicios que se pretenden contratar⁷⁷²; y proscribirse los macro-contratos mixtos⁷⁷³. Descartar

⁷⁷⁰ En el grupo de trabajo de redacción del ALCSP realicé estas propuestas sin que fueran asumidas y el ALCSP reproduce el esquema del TARLCSP.

⁷⁷¹ En el art. 265.4 del LCSP se ha incorporado en la versión publicada en marzo de 2015 la posibilidad de pagar al concesionario en función de la “disponibilidad”, referencia que no figuraba en la propuesta del grupo de trabajo publicada en enero.

⁷⁷² La necesidad de tener que acreditar la ausencia de medio personales y la inconveniencia de su ampliación se exigía en el artículo 202 del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, y su desaparición en la LCSP 30/2007 fue criticado, como hemos recogido por TOLIVAR ALAS y MENÉNDEZ SEBASTIÁN en el

(de nuevo y como impone la Directiva 2014/23) que trasladar el “riesgo de disponibilidad” pueda ser suficiente para configurar una concesión.

2. Remarcar como regla general que la definición del objeto de los contratos y el establecimiento de prescripciones técnicas se realice en términos que garanticen la competencia efectiva. Para reforzar el cuidado en el cumplimiento de este mandato, se ha de exigir un informe de los redactores de los documentos técnicos (proyectos, memorias, pliegos de prescripciones técnicas) que asevere que han sido redactados de acuerdo con las exigencias del art. 117 del TRLCSP (123 ALCSP)⁷⁷⁴ y que no contienen ninguna estipulación que falsee o restrinja injustificadamente la competencia. Se debería imponer, como recordatorio a cualquier potencial licitador, que en todos los pliegos figure la referencia que ninguna oferta será rechazada si el proponente puede acreditar ante la Mesa que su oferta reúne las mismas exigencias de calidad y funcionalidad previstas en los pliegos.
3. Restablecer una fase de exposición pública a efectos de alegaciones de los proyectos y pliegos, integrando el trámite dentro del plazo de presentar las ofertas, lo que permitirá corregir errores u otras posibles desviaciones, sin alargar el procedimiento.
4. Enfatizar la obligatoriedad de publicar los anuncios de todas las licitaciones a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público como perfil de contratante de todos los poderes adjudicadores, e imponer la obligatoriedad de su sistema de licitación electrónica para contratar en este formato, u otro cuya interoperatividad con el mismo esté acreditada mediante un certificado que deba expedir la propia PCSP.
5. Explicitar el carácter obligatorio de publicar, con tiempo suficiente, de manera simultánea y al alcance de los licitadores, toda la información necesaria para participar en las contrataciones públicas de manera precisa, amplia y clara
6. Regular el modo concreto de realizar las consultas previas al mercado de forma transparente para determinar el objeto de los contratos, de manera que se garantice la igualdad de trato en el acceso a la información.

artículo “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, publicado en la Revista de Administración Pública, núm. 176, Madrid, mayo-agosto (2008), págs. 65.

⁷⁷³ Como ya recogimos, los TARC (RTACRC 346/2013; 133/2014; 262/2014) han rechazado estos contratos porque restringen injustificadamente la competencia no producen el supuesto ahorro que supuestamente los fundamentan.

⁷⁷⁴ Las exigencias de este artículo se mantienen en la nueva Ley dado que se recogen en términos similares a los de la Directiva 2004/18 en las nuevas Directivas 2014/23 (art. 36) y 2014/24 (art. 42).

7. Los criterios de solvencia deben ser iguales para empresas españolas y extranjeras, por lo que disponer de clasificación deber ser potestativo en todo tipo de contrato y cuantía. Ha de cerrarse una relación *numerus clausus* de medios para acreditar la solvencia económica financiera y técnica, que sean sencillos de acreditar por las empresas y a la vez fáciles de analizar por las mesas de contratación. Se ha de remarcar que los criterios han de servir realmente para verificar la capacidad de trabajo de la empresa; ser adecuados y vinculados al objeto del contrato, y estar cuantificados en los pliegos en proporción al importe del contrato (y en caso de lotes, a la cuantía y características de éstos). Debe exigirse que se establezcan en los pliegos los requisitos de solvencia mínima que ha reunir cada licitador integrante de una unidad temporal de empresas o de la que ha de disponer un licitador en caso de completar la suya con medios externos. Entre los requisitos de solvencia de las empresas se deberían incorporar aspectos como certificaciones de responsabilidad social corporativa y códigos de conducta ética de sus trabajadores, y en los contratos específicos de compra pública de innovación, la disponibilidad de los licitadores de centros específicos de I+D⁷⁷⁵.
8. Señalar de manera unificada las causas de exclusión de las ofertas por defectos que se consideren insubsanables, para evitar interpretaciones en aspectos tan recurrentes como defectos formales, firma, errores materiales o aritméticos, tanto en la documentación administrativa como en las ofertas técnicas y económicas.
9. Para la prevención de conflictos de intereses, y a efectos de posibilitar su recusación, se ha de exigir, sin dejar margen a la interpretación, la obligación de publicar nominalmente los integrantes de las mesas; exigir a los redactores de los pliegos, proyectos y demás documentos preparatorios de los contratos, así como a los informantes y supervisores de estos documentos, firmar los documentos y recoger en una antefirma sus nombres y apellidos, además de su cargo. Con el mismo objetivo se deben exigir declaraciones de intereses de este personal. Se ha de establecer con carácter imperativo la obligación de exigir responsabilidades a quien no se abstiene de intervenir en un procedimiento en el que pueda tener intereses personales.

B. Medidas para incrementar la transparencia en la fase de adjudicación. La experiencia ha puesto de manifiesto que la actual regulación deja en manos de los pliegos demasiados aspectos esenciales del procedimiento de adjudicación,

⁷⁷⁵ No todas estas cuestiones han sido adecuadamente resueltas en el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del RGLCAP.

que mal regulados en éstos, permiten predeterminar las adjudicaciones. Así, se considera necesario:

1. Regular con mayor precisión el carácter excepcional y los requisitos de los procedimientos sin publicidad:

- Limitar el recurso a los contratos menores tanto en su cuantía individual como en la que se puede adjudicar a una misma empresa a lo largo de un ejercicio, así como precisar que sólo pueden utilizarse para atender necesidades urgentes y esporádicas. A partir de cierta cuantía se debe establecer una publicidad mínima, como invitar a presentar ofertas a un número determinado de empresarios con capacidad y solvencia suficiente para ejecutar el contrato. Se debe mejorar la regulación del procedimiento simplificado para que efectivamente pueda ser un sustituto útil del contrato menor.
- Limitar y precisar mejor los supuestos en los que cabe utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, su carácter excepcional y regular cómo se ha de hacer la negociación⁷⁷⁶. En el mismo sentido, una regulación más precisa del procedimiento restringido y del diálogo competitivo puede contribuir a su mayor utilización.
- Encomienda de gestión: excluir la posibilidad de ceder los medios propios de una entidad a otra. Debería también incorporar a la ley de contratos, para evitar dudas, las previsiones que se han incluido en el artículo 86 de la LRJ 40/2015: exigir una justificación precisa de la mayor eficiencia de esta forma de realizar los trabajos necesarios frente a otras; recoger de manera imperativa que para poder realizar una encomienda, la entidad encomendada ha de disponer de recursos materiales y humanos necesarios para ejecutar directamente las prestaciones que se le encarguen y que no es posible la subcontratación.

2. Reforzar el criterio de que los plazos para presentar ofertas han de ser los razonablemente necesarios en función de la complejidad del contrato (art. 143 TRLCSP y 136 ALCSP); y elevar los plazos mínimos, especialmente en los contratos de compra pública de innovación y de concesiones, sin perjuicio de su reducción si se hacen anuncios previos, para facilitar la concurrencia y

⁷⁷⁶ Es muy habitual que esta fase de negociación no se lleve a cabo, convirtiéndose el procedimiento en un concurso con concurrencia restringida, como han puesto de manifiesto reiteradamente los Tribunales y Consejos de Cuentas (ej. Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía de 6 de marzo de 2013). La negociación es esencial en este procedimiento por lo que su ausencia determina la nulidad del procedimiento (RTACRC 050/2011, de 24 de febrero; Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del TAC de Navarra).

poder disponer de un plazo dentro de este para formular alegaciones a los documentos contractuales.

3. Regular con precisión y claridad tanto los criterios de adjudicación de las ofertas como el procedimiento para su valoración: establecer el sistema de proporcionalidad directa y lineal, con reparto de todos los puntos en los criterios de valoración matemática; exigir precisar en los pliegos de «qué» aspectos se van a valorar y «cómo», con qué parámetros, van a ser puntuados cada uno de los criterios de apreciación técnica. Señalar expresamente la inadmisión de establecer umbrales de saciamiento o topes para las ofertas. Igualmente se ha de incidir en que los informes de valoración de las ofertas técnicas han de justificar de manera precisa la atribución de los puntos a cada oferta en cada criterio de acuerdo con lo establecido en los pliegos.
4. Establecer en los pliegos las mejoras y variantes que se admiten, y su forma de valoración:
 - En relación a las «mejoras» se deberá remarcar que el pliego de cláusulas administrativas ha de establecer qué mejoras concretas serán admisibles, qué puntuación se atribuye a cada una, y cómo van a ser valoradas. Las mejoras no podrán alterar el objeto del contrato y no pueden ser de tal valor económico que distorsione el valor estimado del contrato. La presentación de mejoras no previstas en el pliego tendrá como consecuencia su no valoración, pero no se excluirá la oferta (aunque en caso de resultar adjudicataria, se deberá no obstante exigir su cumplimiento o su compensación, pues su valor fue tenido en cuenta por el contratista al calcular la oferta).
 - En cuanto a las «variantes», se debería enfatizar que sólo será posible preverlas en aquellos contratos en los que la necesidad que se trata de satisfacer puede ser atendida por soluciones diferentes, pero vinculadas al objeto del contrato, que resulten más eficientes que la definida en los documentos técnicos del contrato. Se debe exigir en la ley con claridad que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea las soluciones variantes que puedan proponer los licitadores, y deberán concretarse los requisitos y características de las mismas, así como la forma de valorar la solución base y cada una de las variantes que se admitan. Se ha de especificar que en el caso de presentarse variantes sin estar permitidas o presentar alguna no prevista en el pliego, la oferta será rechazada en conjunto, salvo que la variante formulada lo sea en un aspecto secundario y de poco peso en el conjunto de elementos de las ofertas a valorar, en cuyo caso únicamente se dejará de valorar el criterio afectado.

5. La regulación de las ofertas anormales o desproporcionadas debe mejorarse: para los criterios de valoración matemática se ha de establecer en la Ley una regla que determine el carácter “temerario” de un oferta, aplicable en caso de que los pliegos no lo regulen de manera expresa, partiendo de la regulación del artículo 85 del RGLCAP, y deben darse pautas para fijar en los pliegos la forma de apreciar el carácter desproporcionado de las ofertas para los criterios no matemáticos. Debería ser más clara la referencia al incumplimiento de obligaciones medioambientales y sociales que prevé el párrafo final del artículo 147.4 del ALCSP, pues los TACP y las JCCA no han considerado que deban tenerse en cuenta al respecto los salarios pactados en los convenios colectivos. Debe también remarcarse la obligatoriedad de dar audiencia a los licitadores cuya oferta está inicialmente incurso en presunción de temeridad, y precisar que el informe técnico que analice tales justificaciones debe admitirlas o rechazarlas de forma justificada, en función de que resulte acreditado o no que la oferta efectivamente puede ser cumplida en los términos ofertados, desmontando en su caso con datos precisos los argumentos del empresario, sin perjuicio de admitir bajas sin beneficio o a “pérdidas” siempre que no supongan una vulneración de la legislación de defensa de la competencia.
6. Establecer la composición exclusivamente técnica de las mesas de contratación; el carácter público de sus sesiones; y la obligatoriedad de publicar sus actas e informes de valoración en los que basen sus propuestas. En la regulación de las mesas, se debe recordar la obligatoriedad de admitir subsanaciones de errores materiales y aclaraciones de las ofertas que se deduzcan de la propia documentación; y la obligación de las mesas de permitir a los licitadores poder demostrar que los productos que ofertan cumplen de manera equivalente las exigencias técnicas del objeto de los contratos, en caso de presentar ofertas que no cumplan de manera mimética las especificaciones técnicas. También debe preverse un trámite de alegaciones a las decisiones de la mesa, que permita a esta también subsanar errores o reforzar sus decisiones.
7. Es necesario precisar unos criterios básicos para poder coordinar el principio de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso a los expedientes de contratación, con la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, precisando cuándo y en qué condiciones se podrá acceder incluso a las partes de las ofertas declaradas confidenciales por el adjudicatario o que puedan suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional o la propiedad intelectual e industrial de los contratistas, o que

puedan afectar a datos personales o a la seguridad de las personas y/o servicios.

8. Extender el recurso especial en todos los contratos y abrir totalmente la legitimación mediante una «acción pública». Ampliar el objeto material del recurso a las actuaciones en la fase de ejecución con repercusión sobre el principio de igualdad de trato en la adjudicación: modificaciones de todo tipo (objeto, sujeto, precio, plazo), subcontratación, resolución por mutuo acuerdo o incumplimiento de cualquiera de las partes.

C. En las fases de ejecución y resolución de los contratos resulta imprescindible aumentar el control para asegurar la efectiva materialización de lo contratado en plazo, calidad y coste. Las nuevas Directivas por primera vez regulan esta fase de la contratación, y para garantizar un mayor rigor en su control se propone incorporar en la nueva Ley de contratos las disposiciones siguientes:

1. Imponer la existencia en todos los contratos de un “responsable del contrato”, y establecer obligaciones concretas en relación con el control de la ejecución, como emitir informes periódicos y al finalizar ésta o para cancelar las garantías, además de regular la posibilidad de encargar controles de calidad externos a empresas especializadas, etc.
2. Establecer una mayor limitación a la posibilidad de modificar los contratos, menos abierta que lo que permiten las Directivas de 2014 y más acorde con las limitaciones que la doctrina consolidada el TJUE ha precisado en interpretación de las libertades consagradas en los Tratados, doctrina que puede contravenir la nueva regulación comunitaria. En todo caso, debe enfatizarse la imperativa exigencia de que cualquier modificación contractual ha de tener como objetivo esencial la satisfacción de un interés público preciso y concreto, que se ha de ver mejor satisfecho con la modificación que con el mantenimiento del contrato en sus términos originales, o que con la propia resolución del contrato y la celebración de uno nuevo. En los contratos concesionales, la formulación de la denominada “cláusula de progreso” normativo y técnico debe concretarse y relacionarse con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.
3. La regulación del principio de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos ha de contemplar con precisión qué circunstancias ajenas a la buena gestión empresarial pueden motivar en favor de cualquiera de las partes, una ruptura del equilibrio concesional, incluyendo y definiendo el supuesto de “riesgo imprevisible”; cuándo la ruptura de la economía del

contrato se considera “sustancial”; y qué porcentaje del desequilibrio padecido ha de asumir como mínimo el concesionario para que efectivamente se mantenga la coexistencia en estos casos de un riesgo y ventura que en todo caso ha de asumir el contratista.

4. Las derivaciones de responsabilidades de derecho laboral hacia las entidades públicas por los trabajadores de las empresas con las que contratan, exigen articular cautelas específicas en cuestiones tales como: sucesión de empresa con «subrogación laboral»; «cesión ilegal de trabajadores»; ficción de contrato laboral; y responsabilidad subsidiaria por el incumplimiento de las obligaciones sociales, tributarias y de seguridad y salud laboral de los adjudicatarios en relación con los trabajadores que ejecuten los contratos.
5. Es necesario hacer alguna indicación concreta de cautelas mínimas a exigir a los contratistas que en ejecución de sus contratos puedan tener acceso o generar datos de carácter personal, de acuerdo con la legislación de protección de datos, y la obligación de ‘anonimizar’ esos datos para su manejo en la política de «datos abiertos».
6. La proliferación de entidades de arbitraje recomienda precisar de manera clara los supuestos en los que se permite acudir al arbitraje, sobre qué cuestiones, con qué alcance y ante qué organismos, se podrán resolver, en su caso, arbitrariamente controversias surgidas en la fase de ejecución de los contratos.
7. Exigir con carácter preceptivo un informe jurídico del mismo órgano independiente que debe informar el expediente de contratación para los supuestos de prórroga, modificación, cesión, resolución y extinción de los contratos (para las EELL se atribuye al Secretario en la DA 2ª.8 del ALCSP). Con ello se trata de tener un mayor control de las incidencias en la fase de ejecución con repercusión en la igualdad de trato en la adjudicación.
8. Es necesaria una más precisa regulación de las penalizaciones por incumplimiento de los contratos, actualizando la pírrica cantidad prevista en caso de demora y estableciendo un régimen supletorio de penalizaciones en función de la cuantía de los contratos para los casos en los que los pliegos no lo contemplen, así como el procedimiento para su imposición y exacción.
9. En la resolución, es preciso regular las posibilidades de actuación del órgano de contratación en tanto se sustancia el expediente de resolución, para garantizar la prestación de los servicios contratados, la seguridad o evitar el deterioro de lo ejecutado. Las actuaciones previas a la reversión o las que haya de realizar el adjudicatario cuando la reversión no se estime oportuna, han de regularse con más de precisión.

10. Imponer con claridad la preceptiva asistencia del Interventor a la recepción de los contratos, con la asistencia técnica independiente precisa para tratar de garantizar mejor el cumplimiento exacto de los contratos (se prevé ya en la DA 2^a.3 del ALCSP).
11. Aumentar la capacidad de control de los OCEX, para cerrar el círculo del controles no judiciales de los contratos, mediante una mayor inmediatez y periodicidad de su supervisión *ex post*, la obligatoriedad de atender a sus recomendaciones y un seguimiento expreso de su aplicación, con la atribución clara de responsabilidades en caso contrario (cuestión esta de la que nos ocupamos con más detalle más adelante).

2. PROFESIONALIZACIÓN y CÓDIGOS ÉTICOS DE CONDUCTA.

La contratación es un ámbito de la actividad del sector público en el que confluyen enormes intereses económicos que han de gestionarse con unas fuentes normativas complejas y dispersas. Ello exige una especialización y una formación de equipos de funcionarios independientes y multidisciplinarios, capaces de abordar con garantías no sólo las medidas para asegurar la integridad de los procedimientos, sino para hacer efectivo el mandato básico de satisfacer de la manera más eficiente posible las necesidades que ha de cubrir cada entidad pública.

El estudio «Integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la “A” a la “Z”», la OCDE propone como medidas para lograr la integridad del proceso, la *“transparencia, responsabilidad y profesionalidad”* y dedica un capítulo específico al *“aumento de la profesionalidad”*, incidiendo en la especialización y formación permanente de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento de la contratación. Analiza el estudio proyectos concretos en este aspecto desarrollados en países tan dispares como Nueva Zelanda, Turquía o Francia. La formación se ha orientado en todos los casos a dotar a los responsables de la contratación de los conocimientos adecuados, experiencia y cualificación para evitar riesgos para la integridad en la contratación pública y a adquirir *“no sólo conocimientos especializados relativos a la contratación pública, sino también con respecto a la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos”*, puesto que se exige a los responsables de la contratación que desempeñen también la función de «gestor contractual». Este informe alude también a la demanda de desarrollar un código de conducta modelo para los responsables de contratación que defina restricciones y

prohibiciones claras, además de ofrecer recomendaciones sobre cómo gestionar su interacción con los sectores privados.

Una de las causas del aumento de la corrupción en España ha sido precisamente la política de colocar en las Administraciones personal sin cualificación. Como señala J. GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁷⁷, a la hora de reclutar el personal el objetivo principal era colocar a los parientes y amigos, y sobre todo “*aquellos de los que cabrá esperar una lealtad más férrea*”. Y no solo con personal eventual sino también colocando funcionarios de carrera, prostituyendo los procedimientos basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, superando el decimonónico «sistema de botín», al evitar la figura del cesante al cambiar los gobiernos (L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁷⁷⁸); la estructura funcional tradicional ha sido “*sistemáticamente desmantelada*” (A. NIETO GARCÍA⁷⁷⁹). F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, al analizar los problemas de corrupción en las Entidades locales, considera que uno de los motivos por los que entiende que los problemas de corrupción son mucho más frecuentes en los niveles locales y regionales de gobierno que en el nacional, es precisamente el menor grado de profesionalización y menores oportunidades de formación. Como consecuencia, las administraciones públicas territoriales suelen tener un grado mayor de politización y las barreras para protegerse de corruptores potenciales son más débiles⁷⁸⁰. Algo que ha constatado el estudio de la Fundación ¿Hay Derecho? En relación con las funciones de fiscalización en el citado estudio “Corrupción institucional y controles administrativos preventivos”. El fenómeno no es nuevo, puede leerse, aunque referido a los Alcaldes, en el Entremés de CERVANTES, “La elección de los alcaldes de Dazango”⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*”, cit. págs. 114-115.

⁷⁷⁸ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. “*Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 38 y ss.

⁷⁷⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*El desgobierno de los público*”, cit., pag. 394.

⁷⁸⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, en el artículo “Las elecciones del 24 de Mayo y la lucha contra la corrupción en los ayuntamientos”, publicado en el blog Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Murcia el 5 de mayo de 2015 del en <http://www.idluam.org/blog/?p=278>

⁷⁸¹ Miguel de CERVANTES SAAVEDRA relata esta conversación en el entremés “La elección de los alcaldes de Dazango”:

... el bachiller pregunta al labrador Humillos: “-¿sabéis leer Humillos?” -y él contestó: “-no, por cierto, ni tal se probará que en mi linaje., que haya persona de tampoco asiento que se ponga a creer esas quimeras que llevaron a los hombres al rasero, y a las mujeres a la casa llana. Leer no sé, más otras cosas tales, que llevan al leer ventajas muchas”. Al preguntarle el bachiller esas ventajas superiores al saber leer, Humillos contesta:

La demanda de una función pública profesional y meritocrática ya fue reclamada en el siglo XIX por el filósofo alemán Max WEBER, que ya constataba el aumento de quienes se sumaban a un partido políticos con el principal objetivo de “*procurarse un cargo*”. Frente ello Weber abogaba por lo que denominaba «funcionario moderno», “*un conjunto de trabajadores intelectuales altamente especializados mediante una larga preparación y con un honor estamental muy desarrollado, cuyo valor supremo es la integridad*”; sin este funcionario, afirmó “*se cernería sobre nosotros el riesgo de una terrible corrupción y una incompetencia generalizada*”⁷⁸². Ya en este siglo, el autor de la quizá más citada «fórmula de la corrupción», R. KLITGAARD, ha propuesto como una de las medidas para combatirla “*seleccionar funcionarios públicos basándose en su competencia y honestidad*”⁷⁸³.

En nuestro país, J. GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁸⁴ o B. GARZÓN REAL⁷⁸⁵, entre otros, proponen entre sus medidas para combatir la corrupción la despolitización de la Administración y la adopción de códigos de ética de los empleados públicos. En esa línea de despolitizar la gestión de la contratación J. R. CHAVES GARCÍA pone también el ojo en la imparcialidad exigida constitucionalmente a los funcionarios, que con su independencia dan valor a sus informes frente a los externos, práctica que tilda de “*reprochable e incongruente con criterios de eficacia, imparcialidad y legalidad*”⁷⁸⁶, y el tiempo parece que le ha dado la razón. El mismo reproche que

“-sé de memoria todas cuatro oraciones y las rezo cada semana cuatro y cinco veces”.

Preguntado por si considera eso suficiente para ser alcalde, responde:

“- con esto, y con ser yo cristiano viejo, me atrevo a ser Senador romano”-.

⁷⁸² WEBER, Max, “*La Política como Vocación*” 1919, donde analiza ejercicio del poder político, marcando ya la diferencia entre diferencia entre “vivir de la política” o “para la política”, y repasa los grandes problemas prácticos y éticos que tiene la afiliación partidista. Analiza las diferencias entre “funcionarios profesionales”, de una parte, y “funcionarios políticos” de la otra, concluyendo que sin lo que denomina «funcionario moderno».

⁷⁸³ KLITGAARD, Robert, en el artículo titulado “contra la corrupción Finanzas & Desarrollo / Junio de 2000, pág. 3 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2000/06/pdf/klitgaar.pdf>

⁷⁸⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “*Corrupción, Ética..*”, cit., pág. 87.

⁷⁸⁵ Baltasar GARZÓN REAL, “*El Fango....*” cit., págs. 452 a 497.

⁷⁸⁶ CHAVES GARCÍA, José Ramón, entrada del día 13/05/2009 “los consultores jurídicos externos de la administración” modelo para desarmar”. <http://contencioso.es/2009/05/13/los-consultores-juridicos-externos-de-la-administracion-un-vicio-efimero-costoso-e-insano/>

La preferencia de los informes de los funcionarios frente a otros asesores se ha utilizado como argumento por la RTARCCYL 44/2015, de 28 de mayo, que estimó que en caso de discrepancia entre informes técnicos de diferente procedencia, gozan de preferencia los informes emitidos por los Servicios Técnicos Municipales y, en su caso, por los peritos procesales.

merecen los comités de expertos externos o los organismos técnicos especializados que pueden valorar las ofertas técnicas (artículo 150.2 del TRLCSP y 145.6.a del ALCSP) o los auditores externos. A. MUÑOZ MOLINA, atribuye a la desaparición de sistemas imparciales y meritocráticos de acceso a los puestos de trabajo, buena parte de la responsabilidad de la crisis económica y moral que se ha asentado en nuestro país en los últimos años⁷⁸⁷. M. FUERTES LÓPEZ considera también esencial una función pública independiente y muy profesionalizada, que a la vez pueda denunciar responsabilidades y a los que se exija en las que incurran cuando falten a sus deberes y cedan también ante los brillos áureos de la corrupción⁷⁸⁸.

En el ámbito específico de la contratación pública, J. M. CARBONERO GALLARDO, apunta la necesidad de un departamento de contratación especializado que centralice y gestione la contratación de una entidad como garantía de eficiencia en la gestión de la contratación pública⁷⁸⁹. M. A. SANMARTIN MORA, aboga por promover una nueva “cultura” de la contratación pública, con profesionales especializados capaces de hacer de la misma un instrumento de políticas públicas activas y eficientes, alejado de prácticas clientelares o de la validación de proyectos claramente insostenibles desde una perspectiva financiera y desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad⁷⁹⁰.

La STS de 11 de octubre de 2013, rec. 11/2013, condenó al Alcalde de Torrevieja (Alicante) a 3 años de prisión, 7 de inhabilitación y a devolver al Ayuntamiento 12.000 del contrato por el que se encargó un informe externo para valorar las ofertas del contrato de recogida de basuras.

⁷⁸⁷ MUÑOZ MOLINA, Antonio, entrevista publica en la Revista de Estudios Locales CUNAL nº 179/2015, pág. 9. En el ensayo “*Todo lo que era sólido*” págs. 21 y 22, lo expone con la siguiente crudeza: “*Las únicas carreras administrativas que se han hecho en España a lo largo de los últimos treinta años son las de los mediocres arrimados a los partidos que han llegado a ocupar los puestos más altos sin poseer ningún mérito, sin saber nada, sin adquirir a lo largo del tiempo otra habilidad que la de simular que hacen algo o que han aprendido algo. No hay lugar de la administración cultural o de la política o la vida económica que no hayan escalado. Nadie puede calcular el número o el costo total de los puestos que se fueron creando no para cubrir ninguna necesidad racional prevista de antemano sino para dar colocación a parientes más o menos cercanos o pagar favores políticos. Ahora mismo nos hundimos bajo el peso muerto y combinado de su innumerable incompetencia (...) Dirigir un teatro o un polideportivo o un auditorio de música o una empresa municipal no requería demostrar cualificaciones específicas ni atestiguar experiencia ni competir en igualdad de condiciones con otros candidatos: el único mérito decisivo era la confianza política (...)*”.

⁷⁸⁸ FUERTES LÓPEZ, Mercedes: “Momento para depurar responsabilidades”. Artículo publicado en el Diario Expansión el 30 de mayo de 2013 y en el ObCP el 3 de junio.
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.106/releategoria.208/relemenu.3/chk.b79dcc48dc84d1371902e9cbd204ce79>

⁷⁸⁹ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, trabajo “Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación”, publicado en la Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 152, septiembre 2012, pág. 154

⁷⁹⁰ SAN MARTIN MORA, María Asunción, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, pp. 407-434.

J. M. GIMENO FELIU, recoge en su «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos»⁷⁹¹, como séptima medida “Profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación”. Considera que la profesionalización es uno de los factores claves para promover la integridad, para lo que es necesaria una política de formación específica que permita un mayor conocimiento y criterio⁷⁹². De manera más específica demanda garantizar la profesionalidad de quien valora las ofertas, excluyendo la presencia de personal de designación política en los órganos de valoración. Demanda por ello orientar la legislación hacia una “cultura ética de la contratación pública que garantice y promueva la integridad”⁷⁹³.

En relación con esta cultura ética se han promovido Códigos éticos en diferentes ámbitos. Así, el Parlamento Europeo aprobó por Resolución de 6 de septiembre de 2001 el «Código de Buena Conducta Administrativa». Se trata de un sencillo y claro código de principios generales (consta de 27 artículos relativamente breves) que deben ser respetados por las instituciones y órganos de la Unión Europea y sus funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos: no discriminación, proporcionalidad, ausencia de abuso de poder, imparcialidad, independencia y objetividad; también regula los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las instituciones comunitarias, de acceso a los expedientes, recursos y reclamaciones al Defensor del Pueblo⁷⁹⁴. En relación con el abuso de poder, el

⁷⁹¹ GIMENO FELIU, José María, ObCP, entrada del 12/11/2014.

www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/chk.1abf4f72eec6428bf4c7677c7ce41717

Este artículo en parte resume el elaborado para el V Seminario de contratación pública, Formigal, septiembre de 2014, “Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”. Texto ponencia V Seminario de contratación pública. La preocupación de este catedrático por estas cuestiones ya se esbozaba en el libro “El control de la contratación pública. (Las normas comunitarias y su adaptación en España)”, Civitas, Madrid, 1995.

También aborda GIMENO FELIU estas cuestiones en el trabajo “Transparencia activa y acceso a la información en la contratación pública: posibilidades y límites actuales”, conferencia impartida en la Jornadas sobre transparencia en la contratación pública organizada por la Oficina antifraude de Cataluña, en Barcelona el 13 de octubre de 2013.

⁷⁹² Medida 7 de su «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos», cit. ObCP, entrada del 12/11/2014.

⁷⁹³ GIMENO FELIU, José María, La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, nº 147, 2010, págs. 529 y 534.

⁷⁹⁴ El proyecto del «Código de Buena Conducta Administrativa», cuyo proyecto fue redactado por el Defensor del Pueblo Europeo, Sr. Roy PERRY.

artículo 7 dispone que los funcionarios deben evitar la utilización de los poderes públicos para objetivos que no estén motivados por un interés público.

En nuestro país, el del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, aprobó un código ético para sus colegiados en 2005; la FEMP, recogido bajo el epígrafe “Compromisos en materia de conflictos de intereses” en el «Código de Buen Gobierno Local», aprobado por su Junta de Gobierno el 24 de marzo de 2015; el «Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado», aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005. La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de Cataluña, 18 de diciembre de 2014, impone a las Entidades Locales aprobar códigos de conducta para sus altos cargos. El Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León aprobó mediante el Acuerdo 132/2015, de 15 de octubre «la renovación y ampliación del Código Ético y de Austeridad de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de sus entes adscritos». Este código se asienta sobre cuatro valores (art. 3), prácticamente los mismos que los que recoge la citada Ley estatal 3/2015: la objetividad, la transparencia, la ejemplaridad y la austeridad. Establece pautas o cánones de actuación de los altos cargos que se orientan a la consecución de esos cuatro valores: La objetividad, sirviendo al interés general sin incurrir en conflictos con intereses particulares; la transparencia, adoptando sus decisiones conforme a criterios que sean conocidos por los ciudadanos; la ejemplaridad, evitando cualquier acción u omisión que vaya en detrimento del prestigio de la Administración; y la austeridad, gestionando los recursos públicos de manera eficiente y racionalizando el gasto público.

Doctrinalmente estos códigos tienen defensores y detractores. Entre los segundos, A. NIETO GARCÍA se muestra escéptico sobre la utilidad práctica en nuestro país de esta técnica anglosajona, pues “*no se peca aquí por ignorancia, sino con plena conciencia*”, todo el mundo sabe lo que no hay que hacer, existen leyes bastante claras, pero se incumplen, por lo que con este tipo de “innovaciones” quizá se tranquilice la conciencia de los gobernantes, pero no dejen de incumplirse las leyes⁷⁹⁵. En similar sentido se ha pronunciado F. SAINZ MORENO, quien recuerda que el régimen disciplinario de los funcionarios públicos desempeña ya

⁷⁹⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*Corrupción...*”, cit. págs.. 235-236.

en parte esa función⁷⁹⁶. Por el contrario, J. RODRÍGUEZ ARANA⁷⁹⁷ o J. GONZÁLEZ PÉREZ, se han manifestado claramente a favor de la virtualidad de estos códigos. Este segundo considera que los códigos éticos de conducta pueden desempeñar un importante papel como alternativa a la incapacidad del ordenamiento jurídico y la lentitud de la justicia ante una realidad económica (y social, añadimos) en permanente (y acelerada) transformación⁷⁹⁸. Recoge este profesor las recomendaciones del conocido como “Informe Lord Nolan” de 1995, Normas de Conducta en la Vida Pública del Reino Unido, que incluye un “Código de Conducta de la Función Pública”⁷⁹⁹. R. JIMÉNEZ ASENSIO, critica que, aunque se han aprobado códigos éticos en nuestro país, como los de algunos partidos políticos o la FEMP, no se aprecia una internalización de valores y una asunción plena de normas de conducta (“*suscrito el código alguno no tienen empacho en nombrar cargos y asesores a sus propios familiares y amigos*”, denuncia), por lo que propone ir más allá de un mero código ético: se han de adoptar «Sistemas de Integridad Institucional», como los que se han ido implantando en la mayoría de los países de la OCDE, que incluyen sistemas de seguimiento y sanción en caso de quebrantar los principios del código⁸⁰⁰.

La exigencia de una conducta ética y las medidas para tratar de evitar las interferencias de los conflictos de intereses se han incorporado en gran medida a las leyes, de ahí que al menos en la Administración del Estado parezca que se descarten los Códigos de conducta, y así, el citado Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, ha sido expresamente derogado por la Ley 3/2015, de 30 de marzo,

⁷⁹⁶ SAINZ MORENO, Fernando, “*Principios éticos y ejercicio de la función pública*”, Universidad Complutense de Madrid, 1998, pág. 38.

⁷⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Ética Institucional. Mercado "Versus" Funcion Pública*”, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, págs. 265-268.

⁷⁹⁸ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ “*Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*”, cit., págs. 49 y 50. Se hace eco este autor del cuestionamiento de la efectividad real de estos códigos, por autores como Alejandro Nieto García o Fernando Sainz Moreno.

⁷⁹⁹ Puede verse en *Normas de conducta para la Vida Pública (Informe Nolan)*, Documentos INAP, Madrid, 1996. Este informe extracta “siete principios de la vida pública”: Capacidad de asumir el interés público; integridad; objetividad; responsabilidad; transparencia; honestidad; y capacidad de decisión. Entre las medidas que propone destacamos las siguientes: establecimiento en todo organismo público de códigos de conductas, claras y precisas, que hay que cumplir; reforzar la formación ética de los funcionarios; implantar órganos de control externo para verificar el cumplimiento.

⁸⁰⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “Códigos de conducta e integridad institucional. Un eje central de la política futura”, entrada del 28 de julio de 2015 en su blog “<http://www.estudiconsultoria.com/>

reguladora del ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado. Ya el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) dispone en su artículo 52 que los principios que recoge inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos, configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes (53 y 54 respectivamente). Los principios que relaciona el citado artículo son los siguientes: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Ley 3/2015, eleva también a rango de ley los principios rectores de la actividad de alto cargo (art. 3⁸⁰¹), y las medidas para prevenir y combatir los conflictos de intereses (a las que se dedica la mayor parte de la Ley, arts. 11 a 28).

El problema no parece por lo tanto que sea de falta de normas ni de la previsión en ellas de sanciones por su incumplimiento: desde el artículo 25 de la ley 3/2015, al clásico 28.5 de la LRJPAC (23.5 LRJ 40/2015), o a la DA 29^a del TRLCSP, hasta los delitos penales. El problema es realmente de conciencia moral, y eso no lo dan las leyes, sino la educación en valores. No se debe olvidar que la apelación a la ‘moralidad pública o administrativa’ es un principio al que no en pocas ocasiones aduce la jurisprudencia para fundamentar sus fallos, como un valor social que debe ser protegido: “...*Un principio de derecho natural debe completar esa exigencia imponiendo a las autoridades y agentes un comportamiento ejemplar que evite situaciones comprometidas y sospechosas, lo que ha dado lugar a la construcción de una moralidad administrativa...*” (STS de 25 de junio de 1991; STS de 31 de mayo de 2004: esta sentencia justifica el régimen de incompatibilidades en “razones de moralidad pública”).

No obstante, he reconocido (medica A.10, del capítulo III de este trabajo) cierto campo de actuación a determinados Código éticos en el ámbito público con dos

⁸⁰¹ Ley 3/2015, artículo 3. Ejercicio del alto cargo.

1. El ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios:

a) *Interés general*: servirán con objetividad a los intereses generales.

b) *Integridad*: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.

c) *Objetividad*: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.

d) *Transparencia y responsabilidad*: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.

e) *Austeridad*: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

requisitos: que regulen aspectos o compromisos que no vengan ya impuestos por normas de superior rango, y que procedan de los propios funcionarios o cargos públicos implicados, que se auto impongan deberes adicionales, como por ejemplo declaraciones de bienes u otras medidas para prevenir y declarar conflictos de intereses de los intervinientes en los procedimientos de contratación.

También nos parecen muy útiles las políticas complementarias de estímulo a los funcionarios para incentivar una cultura ética de buena administración, como los certificados de calidad o las cartas de servicios voluntariamente alcanzados por unidades o servicios administrativos. En esta línea F. J. VÁZQUEZ MATILLA aboga por los *“sellos o premios para las instituciones de contratación pública de buena calidad”*, acreditativos de que sus procesos sean transparentes, equitativos y respetuosos de las obligaciones públicas⁸⁰².

Esa profesionalización de los intervinientes en la contratación se precisa igualmente para los que lo hacen desde el ámbito empresarial, de donde sale el dinero para pagar los sobornos (que luego tratan de recuperar a base de modificaciones o incumplimientos contractuales, como ya se expuso). Para poder analizar con rigor los documentos contractuales y preparar adecuadamente sus ofertas, las empresas precisan igualmente personal especializado, no solo con conocimientos técnicos específicos en la materia objeto del contrato, sino en la normativa sobre contratación pública, también para poder intervenir certeramente en defensa de sus intereses cuando sientan que son vulnerados por una aplicación inadecuada de las normas. Igualmente se demandan también al sector privado políticas activas de ética profesional contra la corrupción. *“La integridad y su prevención no debe abordarse de manera unidireccional”*, sólo por parte del sector público, sino que *“el sector empresarial ha de dar un paso al frente”*, estableciendo reglas éticas internas anti-corrupción, señala J. M GIMENO FELIU en su decálogo de reglas para prevenir la corrupción. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ plantea que esta política empresarial puede ser rentabilizada en el marco de la

⁸⁰² El Departamento de Contratación de la Diputación Provincial de Soria, dirigido por el varias veces citado YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo, obtuvo el premio a las Mejores prácticas en las Administraciones de Castilla y León 2004 (Orden PAT / 1 8 4 7 / 2 0 0 4, de 9 de diciembre, por la que se publica el fallo de los Jurados de los Premios a la Calidad y Modernización de los Servicios Públicos en la Comunidad de Castilla y León del año 2004).

VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier., en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, YUKINS C. y RACCA G (Dtores), Bruylant (bruxelles), 2004, págs. 275 - 306. considera que *“Este tipo de distinción alienta una cultura de buen reclutamiento y tiende a eliminar la creencia de que los problemas se resuelven mediante normas o más reglas que crean burocracia”*.

responsabilidad social corporativa y la valorización social de la ética empresarial en la lucha contra la corrupción⁸⁰³.

Y aunque es generalizada la crítica a los ‘políticos profesionales’, un mínimo de formación en la gestión pública es también necesaria en los gobernantes, al menos para poder entender a quién les asesora honestamente. Acudiendo una vez más a las palabras de F. SOSA WAGNER, *“un país gobernado por políticos superficiales auxiliados por juristas cortesanos se convierte en el territorio donde anidan y se concentran los mayores estropicios”*⁸⁰⁴.

En definitiva, han de adoptarse medidas para mejorar la profesionalización de todos los intervinientes en el proceso de la contratación pública, profesionalización que ha de ir dirigida, por un lado, a asegurar la despolitización e independencia de los órganos gestores, asesores y fiscalizadores de todos los poderes adjudicadores; y, por otro, a fomentar una permanente formación en la normativa, gestión de la contratación y en los valores éticos, tanto de los empleados públicos y cargos electos, como de los gestores de las empresas privadas.

3. REFORZAR LOS CONTROLES INTERNOS Y EXTERNOS

Para garantizar la eficiencia en la contratación pública es necesario establecer un sistema de controles internos y externos consecutivos e independientes entre sí y del poder a controlar⁸⁰⁵. Los mecanismos de control debe abarcar todas las fases de la contratación, desde la supervisión de los documentos técnicos que definen el objeto del contrato, al procedimiento de adjudicación, para terminar en una estricta vigilancia de que lo ejecutado se corresponde con lo contratado. Se trata de supervisar el cumplimiento de la normativa durante todo el procedimiento de la contratación (control interno) y corregir con agilidad las irregularidades y depurar las responsabilidades correspondientes (controles externos). Un sistema de controles con el que todos los intervinientes en cada contrato perciban que una

⁸⁰³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, en el trabajo “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública: a propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8423, 2014.

⁸⁰⁴ SOSA WAGNER, Francisco, en *“Memorias europeas. Mi traición a UPyD”*, Editorial Funambulista, Madrid 2015, pág 44.

⁸⁰⁵ “Es necesario introducir mecanismos de control en el sector público, independientes de los agentes políticos”, mantiene ESCRIBUELA MORALES, Francisco Javier, en el artículo “La contratación del sector público y la corrupción”. Contratación Administrativa Práctica, N° 135, Sección Estudios, Enero 2015, Editorial La Ley.

práctica ilícita es muy posible que sea descubierta y sancionada. Para ello es necesario reforzar la independencia, medios y funciones de todos los órganos de control.

3.1. Controles internos

Para la efectividad de estos los controles es necesario reforzar la independencia y profesionalidad de los responsables del control interno y que trabajen en equipo con los gestores de los contratos.

Estos controles han de integrarse con naturalidad en el procedimiento de gestión de los contratos, con el objetivo de que entre todos los implicados en el mismo hagan sus aportaciones para mejorar la calidad técnica de los propios documentos contractuales; asegurar la adjudicación a la oferta económica y socialmente más ventajosa mediante la correcta aplicación de los criterios de selección cualitativa y de valoración de las ofertas; y verificar el cumplimiento de lo contratado en las condiciones de calidad, plazo y precio ofertadas.

La legislación de contratos establece sucesivos controles para que se cumplan esos objetivos. Con más detalle puede apreciarse en el contrato de obras: redacción del proyecto, replanteo y supervisión del mismo; informe jurídico y fiscalización del expediente de contratación; designación del director de obra y, si se estima necesario, un responsable del contrato (dualidad que desaparece en el ALCSP, art. 62); comprobación del replanteo con el adjudicatario; conformación de certificaciones y facturas y fiscalización de éstas; recepción de la obra a la que asiste el Interventor con el apoyo de otro técnico diferente a quien las dirigió; informe del estado de la obra antes de cancelar la garantía definitiva.

Ese esquema puede aplicarse a todos los contratos. Ya hemos apostado en el capítulo anterior de este trabajo por la supervisión efectiva de todos los documentos pre-contractuales, y no solo de los proyectos de obras. Se ha de comenzar exigiendo motivar expresamente la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, así como la indisponibilidad efectiva de medios adecuados en la organización para ejecutar directamente los trabajos precisos, y analizar tales motivaciones en los informes jurídicos y de intervención (arts. 22.1 y 109 del TRLCSP; 28.2 y 116 del ALCSP). Es imperativo también analizar la sostenibilidad financiera de las repercusiones de la inversión

proyectada en la estabilidad presupuestaria de la entidad contratante, que también ha de revisar la Intervención (art. 7.3 de la LOEPSF, DA.2ª.3 del ALCSP). Debe imponerse la existencia de un responsable en todos los contratos que inspeccione y compruebe que la ejecución se desarrolla de acuerdo con lo que establece el contrato. Se han de recibir materialmente todos los contratos a su terminación, verificando su efectivo cumplimiento, recepción a la que ha de asistir imperativamente el Interventor con la asistencia técnica que en su caso precise (214.2.d TRLHL; DA.2ª.3 ALCSP). Y finalmente se han de realizar las comprobaciones y en su caso correcciones oportunas, tras la terminación del plazo de garantía y antes de la devolución de la garantía definitiva.

Esa concatenación de actuaciones de diferentes funcionarios ha de organizarse de manera que se conciba todo el procedimiento como un trabajo en equipo para lograr un resultado óptimo y económicamente sostenible en el tiempo de las inversiones o gastos corrientes realizados mediante contratos, debiendo esforzarse todos los intervinientes para que sus sucesivas actuaciones no sean vistas por los que han participado en las fases anteriores como una revisión crítica a su trabajo, sino como un apoyo a éste para asegurar una mayor calidad. Como puntualiza F. CASTRO ABELLA, ese departamento no ha de intervenir como tribunal juzgador de los gestores de los servicios, si no que ha de adoptar el *“rol de colaborador”* con el órgano impulsor de la contratación⁸⁰⁶.

La necesidad de reforzar los controles internos en la contratación pública ha sido puesto de manifiesto en el «Informe de la Oficina Europea de Lucha Antifraude sobre la corrupción en la contratación pública que afecta a los fondos de la UE», que destaca entre otros factores de riesgo detectados a nivel regional y local *“la falta de controles ex ante eficaces e independientes”*. Sus conclusiones fueron asumidas en el «Informe sobre corrupción en la UE» de la Comisión Europea (Bruselas, 3.2.2014 OM (2014) 38 final)⁸⁰⁷.

Sobre el control interno funcional, A. BETANCOR RODRÍGUEZ incide en la necesaria independencia de los informantes y reforzar el valor de estos informes: *“reforzar los controles internos en manos de funcionarios igualmente resguardados”*

⁸⁰⁶ CASTRO ABELLA, Fernando, “Departamento de contratación”. Entrada de 01/06/2015 en el blog de espublico.<http://administracionpublica.com/departamento-de-contratacion/#more-11304>

⁸⁰⁷ Puede consultarse en la siguiente dirección web: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf

*de presiones para que sus informes, si son negativos, constituyan un indicio fuerte de las irregularidades provocando el inicio de las investigaciones pertinentes*⁸⁰⁸.

Y en esta labor de controles internos se ha de destacar, por su especial posición legal en el procedimiento, la actuación de los Secretarios e Interventores de Administración Local, ‘catalizadores de la transparencia’, en palabras de J. COLÁS TENAS⁸⁰⁹. La labor de los Funcionarios de Habilitación Estatal para garantizar la legalidad en las entidades locales se elevó a rango constitucional en las Cortes de Cádiz de 1812 (art. 320), pero las dificultades para desarrollar su trabajo con independencia del poder político al que han de controlar y tienen tan cerca, ha sido tan histórica como actual⁸¹⁰. Desde los años noventa del siglo pasado se ha ido produciendo un progresivo deterioro de la independencia de estos funcionarios, con el establecimiento de un sistema de provisión de puestos de trabajo que permitió a las Entidades Locales interferir mediante la aprobación de baremos de méritos específicos (casi siempre *ad personam*, y, lamentablemente, la mayor de las veces instados por los propios funcionarios interesados) y libres designaciones, y posteriormente su selección por las Comunidades Autónomas. F. SOSA WAGNER lamenta esta evolución y pone en énfasis en el objetivo que se persigue con estos cambios, con estas palabras: *“Porque éste es el riesgo (el caciquismo en las EELL), no lo olvidemos, presente -como el eterno retorno- en toda la andadura histórica de estos funcionarios. Se comprenderá que, al tener atribuidas las funciones del asesoramiento legal preceptivo y el control y fiscalización de presupuestos y cuentas, resulta muy goloso para el político contar con personas sumisas que asperjen sobre sus ocurrencias las palabras litúrgicas de la ley o apliquen con astucia el bálsamo de la cobertura presupuestaria*⁸¹¹.

⁸⁰⁸ En el artículo “Corrupción y contratación pública”, entrada en su blog del día 3/11/2014: http://andresbetancor.blogspot.com.es/2014_11_01_archive.html. Otros dos artículos interesantes sobre el tema publicados por este autor en su blog son “Mecánica de la Corrupción” y “Diez tesis sobre corrupción”.

⁸⁰⁹ COLÁS TENA, Jesús, en el artículo “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días”, publicado en el Diario de Derecho Municipal Iustel el 18 de febrero de 2013.

⁸¹⁰ En la novela de Ramón PÉREZ DE AYALA, “*Luz de domingo*”, inspirada en un hecho real llevada al cine por José Luis GARCÍ, se retraban esas presiones en el siglo XIX.

⁸¹¹ SOSA WAGNER, Francisco, “Nuevo desalojo del Estado: secretarios e interventores”, artículo publicado en el diario El Mundo el 30 abril, 2007; <http://www.elmundo.es/papel/2007/04/30/indice.html> comentado en <http://www.administracionpublica.com/secretarios-de-ayuntamiento-y-poder-politico-acerca-de-un-articulo-del-profesor-sosa-wagner/>

Como precisa en relación con el sistema de libre designación V. MERINO ESTRADA, “mal asunto si el que debe realizar la fiscalización interna y el control de legalidad es designado en ‘función’ de la confianza que ofrece al responsable de las acciones controladas”⁸¹². La crítica a la provisión de puestos de funcionarios por libre designación, práctica muy extendida en todas las Administraciones Públicas, es antigua y generalizada⁸¹³, a quien también pueden libremente cesar. En tanto se modifica la Ley, MERINO ESTRADA propone adoptar algunas medidas paliativas de sus más perversas consecuencias, compatibles con la regulación actual: exigencia de motivación adecuada en las Relaciones de Puestos de Trabajo de aquellos puestos para los que se prevea su provisión por libre designación; una motivación comparativa de los méritos de los diferentes candidatos que opten a una convocatoria de un puesto a cubrirse por este sistema; en caso de cese, exigir igualmente motivación real y precisa, más allá de la mera cita de la competencia o la “pérdida de confianza”⁸¹⁴; mantener en caso de cese las garantías de reserva de puesto y retribuciones al menos como antes de la reforma del artículo 92 bis de la LBRL; y extender las garantías de tutela que se han establecido para el cese de Interventores y Tesoreros también para Secretarios (informe del órgano de tutela, la Comunidad Autónoma o el Estado)⁸¹⁵.

Aunque en los últimos años, con la presión de la crisis económica y de la corrupción, ha podido parecer que se apreciaba la importancia de estos

⁸¹² MERINO ESTRADA, Valentín, en “*Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local*”, cit., pág. 519.

⁸¹³ Un ejemplo bien ilustrativo del abuso de las libres designaciones: en el BOE del día 15 de julio de 2015, todas las convocatorias de puesto de funcionarios del estado que se publicaron, excepto un concurso y lógicamente las de Magistrados, preveían ser cubiertas por libre designación, un total de 26 puestos de trabajo.

MOREL OCAÑA, Luis, opinó que “*la libre designación y cese supone, ni más ni menos, que el ejercicio de las funciones inherentes al cargo se realiza, por el designado, como una prolongación de la voluntad del designante*”, en el “*El sistema de la confianza política en la Administración Pública*”, Madrid, 1994.

El Magistrado GARCÍA MANZANO en su voto particular en la STS 235/2000, de 5 de octubre.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, en el artículo titulado “*Los procedimientos de provisión de puestos de trabajo: profesionalidad y objetividad versus clientelismo y corrupción*”, publicado en *Actualidad Administrativa*, Nº 7-8, de 1 de Julio a 31 de Agosto, editorial La Ley.

⁸¹⁴ La jurisprudencia es exigente en la necesidad de motivación para el nombramiento de estos funcionarios por libre designación: STS de 24 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2006, 28 de mayo de 2008; STSJ de Valencia Nº 599/2014, de 30 de septiembre. No obstante alguna sentencia ha admitido para justificar el cese la validez de la mera competencia del órgano para adoptar el acuerdo y la pérdida de confianza, como la STSJ de Asturias 103/2014, de 20 de octubre de 2014 (rec. de apelación 147/2014)

⁸¹⁵ MERINO ESTRADA, Valentín, “*Los nombramientos de Habilitados Nacionales: ¿mérito, discrecionalidad o arbitrariedad?*”, artículo publicado en la *Revista de Estudios Locales*, CUNAL, nº 181, de junio 2015, págs. 22 a 35

funcionarios en el control del gasto y de la legalidad⁸¹⁶, es sin embargo más una imagen de cara a la galería. Los Interventores se han convertido en recopiladores de datos para el Ministerio de Hacienda con el único objetivo de controlar el gasto público⁸¹⁷, pero la independencia en el ejercicio de sus funciones reservadas, al igual que en el resto de funcionarios con habilitación estatal, pese a la recuperación de la competencia para su selección por parte del Estado, se ha visto de nuevo mermada con la modificación del artículo 92.bis de la LBRL por la LRSAL 27/2013. Como a hurtadillas, el Gobierno ha dado la puntilla al sistema de libre designación de estos funcionarios: el cese sin garantía de un puesto con funciones reservadas y similares retribuciones, disposición escondida en el último párrafo de un extenso apartado 6, en un también muy largo artículo⁸¹⁸.

En relación con la necesaria independencia de los funcionarios con habilitación estatal en la lucha contra la corrupción, J. R. CHAVES GARCÍA recoge entre sus diez medidas para combatirla, las dos siguientes⁸¹⁹:

“2. Robustecer la figura de los interventores de fondos públicos y retomar el sistema de intervención previa, esto es, el control del gasto antes de ejecutarse las decisiones políticas, y no a toro pasado.

3. Recuperar la plena funcionalidad e imparcialidad del cuerpo de secretarios locales, potenciando el valor de sus informes jurídicos y adjudicándoles destino por concurso de méritos, y no por libres designaciones”.

El papel de Secretarios e Interventores en los procedimientos de contratación es especialmente relevante, por lo que su independencia es imprescindible (amén de

⁸¹⁶ Como podría deducirse de la preocupación del Tribunal de Cuentas en el informe nº 1032, fechado el 24 de abril de 2014, “Informe de fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la Intervención de las Entidades locales”.

⁸¹⁷ El relevante papel de los Interventores en la fiscalización formal y material del gasto público ese ha hecho hasta de conocimiento general en los últimos tiempos, donde cada reforma legislativa sobre el control del gasto encomienda a estos funcionarios alguna nueva tarea.

⁸¹⁸ El artículo 92.6 *in fine* de la LBRL en la redacción que le dio la LRSAL, 27/2013, dispone: “*En caso de cese de un puesto de libre designación, la Corporación local deberá asignar al funcionario cesado un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación*”. Esta norma supone de facto que uno de estos funcionarios cesado puede ser privados de hasta un tercio de sus retribuciones anteriores, y ser destinado a cualquier tipo de función de funcionario del grupo A. La normativa anterior garantizaba a estos funcionarios su destino en puesto de colaboración ejerciendo las funciones reservadas a los Funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, y con unas retribuciones no inferiores en “más de dos niveles” a las que percibían en el puesto en el que fueran cesados (art. 29.1 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, en la redacción que le dio el RD 834/2003, de 27 de junio).

⁸¹⁹ CHAVES GARCÍA, José Ramón, en el blog contencioso.es, 5 de febrero de 2011.

su formación específica). Al Secretario corresponde la emisión de todos los informes que el TRLCSP atribuye a la asesoría jurídica, y al Interventor la fiscalización del expediente, de la adjudicación, del pago y la fiscalización material de la inversión con la asistencia preceptiva en el ámbito local, a la recepción de lo ejecutado; ambos funcionarios son vocales natos en las Mesas de contratación. Estas funciones se refuerzan en el ALCSP (DA 2ª. 3 y 8), exigiendo el informe jurídico siempre del Secretario (y no ya de la asesoría jurídica en los municipios acogidos al régimen de gran población) en la aprobación de los expedientes de contratación, modificación, revisión de precios, prórroga, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos, justificación de la urgencia en el procedimiento negociado por ese motivo y en la tramitación de urgencia de los expedientes (en este caso también el interventor ha de verificar la concurrencia de la urgencia, cuya fiscalización en el resto de casos deriva directamente del art. 214 del TRLHL)⁸²⁰. La función de la Intervención en el procedimiento de contratación se verá también reforzada por el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local⁸²¹.

Pese a la relevancia de estas funciones, el sistema de libre designación o de concursos “adaptados”, o simplemente no cubrir las plazas vacantes, impide que esta función de control interno pueda ser realizada con rigor e independencia. En el ya aludido estudio de la Fundación ¿Hay Derecho?, “Corrupción institucional y controles administrativos preventivos”, de 14 junio 2015, que analiza 330 sentencias de casos de corrupción de 2011 a 2014, con 544 condenados, se hace especial mención a que, a nivel local, especialmente en municipios de gran tamaño, prima la designación a dedo y el nombramiento de personal de confianza en lugar de convocar concursos para cubrir las vacantes de los puestos de control; igualmente cuestiona que en las Comunidades autónomas no exista un Cuerpo Superior de Interventores y Auditores como en la Administración General del Estado. A. ARIAS RODRÍGUEZ recuerda el reforzamiento de las medidas de control interno en la Administración local por parte de los interventores en la últimas

⁸²⁰ La redacción de esta cláusula correspondió MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, por encargo del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local para el grupo de trabajo que redactó el ALCSP.

⁸²¹ Versión 11 -03-2015-IGAE, que se puede consultar en http://www.cosital.es/attachments/866_RD%20Control%20Interno.pdf

reformas legislativas (LRSAL), y el valor que se ha dado a sus informes y reparos de la intervención frente a las propuestas de auditorías externas⁸²².

Por ello, en relación con estos órganos de control interno, proponemos que todas las plazas sean cubiertas por funcionarios de carrera mediante un sistema escrupuloso de méritos; que se precise la exigencia de su intervención en los asuntos y actuaciones procedimentales más relevantes; y que sea preceptiva la existencia de un determinado número de puestos en función del tamaño de cada entidad, para que dichas funciones pueden ser atendidas con el rigor y tiempo precisos.

3.2. Controles externos

Existen en nuestro sistema diferentes controles externos para corregir anomalías y reprimir quebrantos legales: la revisión de los actos y acuerdos de la Entidades locales por la Administración del Estado y de las Comunidades autónomas para lo que preceptivamente se les remiten copias de las actas y acuerdos adoptados por los órganos de las EELL; la fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas y órganos equivalentes de las Comunidades autónomas; el sistema de recursos, administrativos, especial en materia de contratación y los judiciales.

Las Entidades Locales tienen el deber de remitir copia o extracto de los actos y acuerdos que adopten a la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 56 LBRL), y estas Administraciones pueden impugnarlos cuando infrinjan el ordenamiento jurídico (arts. 64 a 68 de la LBRL). Pero a esta tarea se dedican escasísimos recursos humanos, por lo que su función de supervisión del cumplimiento del ordenamiento jurídico en los acuerdos y actos de las autoridades locales es muy limitado, y reducido a cuestiones puntuales dictadas desde los respectivos gobiernos (en los últimos años, casi exclusivamente el control de los incrementos salariales y la oferta de empleo público).

En cuanto a la labor de “ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN EXTERNA”, Tribunal de Cuentas y órgano autonómico equivalente, OCEX, la considero de especial importancia en la contratación pública por lo acertado de sus recomendaciones,

⁸²² ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio, en su blog [fiscalización.es](http://fiscalizacion.es), entrada del 21 de octubre de 2015. <http://fiscalizacion.es/2015/10/21/reforzando-el-control-interno-de-la-administracion-local/>

casi siempre tan precisas y acertadas como ignoradas por los afectados. Su función es muy amplia, como recuerda J. A. ÁLVAREZ MARTÍN: “*el objeto del control debe ser establecer la veracidad, complitud, exactitud, legalidad, legitimidad, regularidad, buena gestión y justificación adecuada y oportuna de la gestión económico financiera, de sus registros y cuentas*”⁸²³. A muchas de las recomendaciones de los informes de fiscalización de la actividad contractual del sector público me he remitido para fundamentar las propuestas de mejora de la transparencia analizadas en el capítulo anterior de este trabajo.

Pese a las críticas de politización y nepotismo en la cobertura de los puestos de muchos de estos órganos, especialmente del Tribunal de Cuentas⁸²⁴, sus informes de fiscalización suelen ser rigurosos, y sus recomendaciones, asumidas por la Comisión Mixta de las Cortes para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, un decálogo de buenas prácticas para mejorar la eficiencia e integridad en la contratación de todo el sector público español. Por ello de manera tan reiterada como desoída, esta Comisión insta a los órganos de contratación a “*seguir las recomendaciones del Tribunal de Cuentas en relación con la contratación administrativa y en todos aquellos aspectos que contribuyan a mejorar la transparencia del sector público (...) y la eficacia en el uso de los recursos públicos*”⁸²⁵.

La Comisión Europea reconoce y avala la labor de los OCEX. Ya hemos aludido al estudio encargado por la OLAF sobre la corrupción en la contratación pública que afecta a los fondos de la UE, que confirmó las conclusiones del Tribunal de Cuentas. A la vista de ese estudio, la Comisión en el «Informe sobre corrupción en la UE de la Comisión Europea», de 3 de febrero de 2014⁸²⁶, donde señala que los informes del Tribunal de Cuentas central y regionales, ofrecen una visión general de los

⁸²³ ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio, en el Libro “*El control de los recursos públicos condición inevitable de la democracia real (visión sistemática y analítica)*”, (pág. 238) donde hace un estudio comparado e estos órganos en varios países y una propuesta concreta de mejora del sistema de control externo. Libro editado por la Fundación de Asesores locales, Málaga, 2012.

⁸²⁴ Puede verse el artículo en el periódico El País de 24 de junio de 2014: “Familias en el órgano fiscalizador del Estado. Los lazos de parentesco en el Tribunal de Cuentas alcanzan a 100 empleados”. http://politica.elpais.com/politica/2014/06/23/actualidad/1403548994_107851.html

⁸²⁵ Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2012. (BOE de 9 de marzo de 2015).

⁸²⁶ Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf

principales sectores de riesgo en la contratación pública a nivel regional y local⁸²⁷. Y por ello concluye en el anexo para España, con la siguiente recomendación, que volvemos a reproducir: *“Tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de Cuentas central y organismos similares a nivel regional en lo que respecta a las irregularidades en los procedimientos de contratación pública a nivel regional y local (...). Difundir buenas prácticas normalizadas sobre contratación pública a nivel regional y local. Aumentar la capacidad del Tribunal de Cuentas central y de organismos similares a nivel regional para llevar a cabo controles sistemáticos y oportunos de los contratos públicos a nivel regional y local”*.

Determinadas reformas legislativas en relación con el Tribunal de Cuentas parece que están en mente del Gobierno desde al menos el año 2013, sin que lleguen a materializarse ni enfocarse en el sentido aquí propuesto. En el citado informe sobre la corrupción de la CE se aludía que a principios de 2013, el Gobierno había anunciado enmiendas legislativas destinadas a reforzar aún más las competencias de supervisión del Tribunal de Cuentas⁸²⁸.

La Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2012, también apunta esta necesidad de *“3. Analizar la conveniencia de promover las reformas legales oportunas para que la rendición de cuentas fuera considerada requisito indispensable para el acceso por las Entidades Locales y sus entes dependientes a los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones públicas, y a la percepción de*

⁸²⁷De los informes de los OCEX autonómicos, por poner un muy elocuente ejemplo a modo de galería de los horrores en la gestión contractual, el “Informe de fiscalización de la gestión del ente público de derecho privado Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACYL), ejercicio 2011”, realizado por el Consejo de Cuentas de esta CCAA y publicado el 5 de septiembre de 2014. O el ya citado informe del Consejo de Cuentas de la comunidad de Madrid de 17 de septiembre de 2015.

El Tribunal de Cuentas Informe 1096, de Fiscalización del Sector Público Local del ejercicio 2013, de 28 de mayo de 2015 recoge la siguiente recomendación sobre la contratación administrativa: “11. Habilitación de mecanismos que garanticen el envío regular al Tribunal de Cuentas de la información relativa a su actividad contractual”. Destaca de este informe el síndico de la Sindicatura de Cuentas de Asturias, Antonio ARIAS RODRÍGUEZ, el dato de que el porcentaje de rendición de las cuentas de 2013 de las entidades locales españolas, a 31 de diciembre de 2014, fue del 81% lo que supone una importante mejora en relación con ejercicios anteriores, ya que en 2012, a esa fecha, el nivel de rendición alcanzado era del 70% y en 2011 del 53%. Alude también la ejemplaridad en la gestión de las Entidades locales menores, y los pequeños Ayuntamiento, más saneados y mejores pagadores y rendidores de cuentas que los grandes, que el Gobierno quiso hacer desaparecer con la LRSAL, para cumplir su compromiso con la UE de reducir el número de administraciones públicas en nuestro país. Considera este síndico que “los pequeñas entidades no son el problema, sino un ejemplo de generosidad y colaboración”. <http://fiscalizacion.es/2015/07/01/ayuntamientos-sostenibles/>

⁸²⁸ Pág. 8 de este informe

su participación en los tributos de otras Administraciones, e instar al Gobierno para ello". En esta misma Resolución se destaca la necesidad de perfeccionar el cumplimiento de la norma de contratación administrativa en beneficio de la transparencia, y se insta, como en otros anteriores, a las Entidades Locales a seguir las recomendaciones del Tribunal de Cuentas para mejorar la transparencia del sector público local y la eficacia en el uso de los recursos públicos.

La Comunidad Autónoma de Galicia ha dado un importante paso adelante para reforzar las funciones e independencia de su Consejo de Cuentas, con la Ley 8/2015, de 7 de agosto, que modifica la regulación de ese órgano (Ley 6/1985, de 24 de junio). La reforma atribuye a además este OCEX una nueva competencia la **«prevención de la corrupción»** (art. 1.1) con una completa batería de actuaciones al respecto (art. 5 bis): elaborar propuestas de códigos de conducta y manuales internos de gestión de riesgos que permitan garantizar el comportamiento ético de los gestores públicos; analizar los sistemas de prevención de la corrupción y políticas de integridad de las administraciones y proponer mejoras que garanticen la transparencia y reduzcan las oportunidades de fraude; asesorar al Parlamento, la Administración autonómica y las administraciones sujetas a su ámbito de actuación sobre los instrumentos normativos o internos de prevención y represión de la corrupción; fomentar la conciencia y participación ciudadana a favor de la transparencia y el comportamiento ético en el sector público e impulsar dentro del sector privado el establecimiento de mecanismos de autorregulación a fin de evitar prácticas irregulares, en particular en las empresas licitadoras y adjudicatarias de contratos, concesionarias de servicios públicos y beneficiarias de subvenciones y ayudas públicas. Estas tareas se atribuyen a una nueva sección del Consejo, la "Sección de Prevención de la Corrupción" (art. 10.2 bis). Además de esta trascendental función preventiva de la corrupción, el Consejo de Cuentas asume la competencia de fiscalizar y controlar la actividad económico-financiera de las formaciones políticas que perciban subvenciones de la Comunidad Autónoma (art. 2.2.b), y la evolución de los bienes patrimoniales de las personas que ocupen altos cargos en el sector público autonómico (art. 4.j y 24 ter). Se establece un nuevo mecanismo de inicio de los procedimientos de fiscalización a través de denuncias remitidas por la ciudadanía o asociaciones con personalidad jurídica ("comunicaciones" en el nuevo texto del art. 24.3), a fin de fomentar la participación ciudadana en la prevención y represión de la corrupción. Y también puede contribuir a corregir actuaciones irregulares la posibilidad que se le reconoce de emitir informes facultativos que unifiquen los criterios que permiten levantar los reparos que en el ámbito de la Administración local y en materia

económico-financiera (art. 4.i). Y no menos importante es el paso dado por el legislador gallego para tratar de evitar la ‘contaminación’ política u otro tipo de conflicto de intereses con las nuevas limitaciones e incompatibilidades de las personas que pueden ser designados consejeros o consejeras del Consejo de Cuentas (arts. 12 y 13). Esta norma será sin duda referente en la evolución regulatoria del resto de OCEX de España, y las aportaciones de los órganos de fiscalización externa serán aún más relevantes en la lucha contra la corrupción, ahora también desde el campo de la prevención.

La independencia de los órganos de control externo (además de los internos, como se ha enfatizado) es esencial para asegurar una labor objetiva y eficaz. Esa imprescindible independencia se demanda en el artículo 5.1 de la «Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización» de 1998: *«Las Entidades Fiscalizadoras Superiores sólo pueden cumplir eficazmente sus funciones si son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra influencias exteriores»*⁸²⁹. Como ha señalado J. MEDINA GUIJARRO *“lo realmente importante no es tanto su estructura, su composición o su ubicación, como el status de independencia orgánica y funcional del órgano llamado a ejercer la función del control. La independencia orgánica se consigue separándolo del poder ejecutivo y la funcional, delimitando sus competencias sobre la base de la especialización técnica; ello además de no recibir orden, instrucción ni recomendación alguna procedente de ningún órgano o autoridad externa al mismo. De esta manera se dará sentido a la previsión de independencia de los miembros de Tribunal de Cuentas que proclama Constitución Española, en su art. 136, que les atribuye el mismo estatuto que otorga a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, es decir, independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento único al imperio de la Ley*⁸³⁰.

⁸²⁹ Las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) son emitidas por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Para más información puede verse la página de esta organización www.issai.org
El texto de la denominada Declaración de Lima está disponible en español en la web http://es.issai.org/media/14482/issai_1s.pdf

⁸³⁰ MEDINA GUIJARRO, Javier, Consejero del Tribunal de Cuentas y presidente de la sección de fiscalización, en su ponencia el día 6 de julio de 2015 en el “Curso sobre el Tribunal de Cuentas: funciones de fiscalización y enjuiciamiento” organizado por la Universidad de Salamanca.
Intervención recogida por ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio, en su blog [fiscalización.es](http://fiscalizacion.es)
<http://fiscalizacion.es/2015/07/06/consideraciones-sobre-el-modelo-de-control-externo-del-gasto-publico-en-espana/>

En nuestra opinión, es aún necesario dar un paso más en la reforma de este órgano, para sacar aún más partido a su inestimable trabajo. Aunque, como reclama A. MINGUILLÓN ROY, los OCEX sean *“implacables en la lucha contra el fraude”*⁸³¹, es necesario que sus informes tengan un mayor efecto imperativo e inmediato. En este sentido, conviene recordar lo que señala al respecto la citada «Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización» de 1998 en su artículo 1: *«el control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten la repetición de tales infracciones en el futuro»*.

De este análisis y de nuestra propia experiencia, desde la que he agradecer al Tribunal de Cuentas y al Consejo de Cuentas de Castilla y León la ayuda que el respaldo de sus informes ha supuesto para mejorar en la gestión de actividad contractual en mi trabajo diario, se realizan cuatro propuestas concretas para favorecer el trabajo de los OCEX y que el mismo tenga un reflejo directo en la mejora de la actividad contractual de las diferentes entidades del sector público⁸³²:

- 1ª. Asegurar la independencia de los OCEX y la elección imparcial de sus miembros.
- 2ª. Reforzar los medios humanos y materiales de los OCEX, para que puedan revisar un mayor número de expedientes y de entidades, y con una mayor frecuencia. El citado informe de la Comisión Europea constató que *“dado el gran número de contratos públicos y el amplio catálogo de tareas encomendadas al Tribunal de Cuentas, este no puede controlar en su debido momento los contratos públicos más recientes”* (pág. 13), y recomienda por ello, como se ha transcrito, *“aumentar su capacidad”* (pág. 16).

⁸³¹ MINGUILLÓN ROY, Antonio, obtuvo el primer premio en el XVII Premio de la revista Auditoría pública, editada por los Órganos de Control Externo (OCEX) de España, con el trabajo con ese título *“las ICEX deben ser implacables en la lucha contra el fraude”*
<http://auditoriapublica.com/auditoria.php?articulo=920&id=&seccion=#ArticuloActual>

⁸³² GIMENO FELIU, José María, en su decálogo de reglas para prevenir la corrupción, cit. propone como medida 6, redefinir las competencias de los OCEX, con facultades ejecutivas coercitivas y con potestad para imponer sanciones

3ª. Establecer la obligatoriedad de adoptar las medidas recomendadas por los OCEX en sus informes de fiscalización. Se sugiere al respecto que se imponga legislativamente a los organismos auditados la obligación de presentar un informe en un plazo prudencial de tiempo (unos seis meses, por ejemplo) en el que expongan las medidas que van a adoptar para dar cumplimiento a las recomendaciones, fiscalizando los contratos que realice la entidad en el siguiente ejercicio para verificar que efectivamente se han cumplido las medidas propuestas y superado las anomalías detectadas. Se debería exigir la designación de un técnico y un político, ambos del más alto nivel en la organización de que se trate, responsables concretos de la emisión del primer informe y de la adopción de las medidas comprometidas en el mismo, quienes habrán de responder en caso de incumplimiento de las mismas o de no alcanzarse con ellas los objetivos de integridad demandados.

4º.- Dotar a los OCEX de funciones expresas en materia de «prevención de la corrupción» y de «agencias antifraude».

El RECURSO ESPECIAL en materia de contratación, se ha desvelado como un mecanismo de control externo tremendamente eficaz para corregir irregularidades en las adjudicaciones de los contratos, recurso que fue introducido en el TRLCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en trasposición de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre⁸³³. Como pusiera de manifiesto J. M. GIMENO FELIÚ⁸³⁴ en referencia este recurso, la normativa sobre contratación pública, para ser realmente eficaz, debe estar apoyada por mecanismos de control fiables, ya que una auténtica apertura a la competencia exige la existencia de recursos rápidos y eficaces para solventar posibles deficiencias.

Y este objetivo parece satisfactoriamente cumplido con la creación de los diferentes Tribunales Administrativos de Contratación Pública, en sus diferentes denominaciones, para resolver el recurso especial en materia de contratación, un *“modelo administrativo con garantías judiciales”*, en las palabras ya citadas de S.

⁸³³ Un estudio de este recurso puede verse en “El recurso especial en materia de contratación regulado en La Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente incluida en La Ley 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)”, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel y Amaya FERNÁNDEZ GARCÍA, REALA, cit. pp. 143-178.

⁸³⁴ GIMENO FELIU, José María, *La nueva contratación pública europea y su influencia en la legislación española*, Edit. Civitas, 2006, pág. 251.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ⁸³⁵. La STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorcio Sanitari del Maresme, C-203/14, avala la virtualidad de estos Tribunales para dar cumplimiento a la Directiva de recursos (Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre). El TJUE reconoce que los órganos de recursos contractuales de España tienen el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE: carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción.

Como ha señalado E. HERNÁEZ SALGUERO, este recurso, con entorno de un 60% de demandas estimadas, está contribuyendo muy positivamente a corregir anomalías en los pliegos y adjudicación de los contratos⁸³⁶. La contribución de estos Tribunales a la mejora de la contratación pública se constata en que algunas Comunidades Autónomas que había optado por no crear sus propios Tribunales, en un escenario de recorte del gasto, han acabado creándolos en 2015⁸³⁷.

La constatación de los efectos positivos del recurso especial en la mejora del sistema de contratación pública ha llevado a muchos autores a proponer la ampliación de su ámbito de actuación. L. A.BALLESTEROS MOFFA, abogó desde un principio por esta ampliación del ámbito objetivo del recurso especial⁸³⁸; M. A. BERNAL BLAY propone esta medida en cuanto beneficia a los pequeños y medianos contratistas y salvaguarda mejor los principios comunitarios de igualdad y extensión de los mismos a todos los contratos públicos⁸³⁹. Este profesor ha

⁸³⁵ Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “*El Derecho Administrativo Europeo*”, cit., pág. 163.

⁸³⁶ HERNÁEZ SALGUERO, Elena, “Un año de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, publicado en el ObCP el 02/07/2012
[http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.61/re/menu.3/chk.b6ede3f26e16e9bf1fe64fe43d52604b](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.61/recategoria.121/re/menu.3/chk.b6ede3f26e16e9bf1fe64fe43d52604b)

La Memoria del TACRC 2014 ofrece los siguientes datos: en el año 2014, se presentaron 1.117 recursos, casi un 5% más que en 2013, que finalizó con 1.067 recursos presentados. Casi la mitad de los recursos (553) impugnan el acuerdo de adjudicación y más del 20% se presentan contra acuerdos de exclusión previos (234 recursos). El número de resoluciones en 2014 triplica el de 2012 (312 resoluciones), mientras que el plazo de resolución se ha incrementado en apenas 10 días naturales.

⁸³⁷ Galicia, por La Ley 1/2015, de 1 de abril de 2015, de garantía de calidad de servicios públicos y de buena administración. Extremadura, por La Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

⁸³⁸ BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, en “Comentario a La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de La Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa”, Revista Justicia Administrativa, núm. 50, 2011, pág. 48, y en La adjudicación de contratos en el sector público, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, págs. 235 y ss.

⁸³⁹ BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “*Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas*”, publicado en «Cuadernos de Derecho Local» (QDL), de la Fundación Democracia y Gobierno Local, junio, 2011, págs. 14 y 15.

analizado el balance del recurso especial y realizado una serie de propuestas para mejorar su eficiencia, muchas de ellas incorporadas al ALCSP⁸⁴⁰: imponer carácter obligatorio del recurso especial, para evitar el problema que generan los recursos administrativos en cuanto pueden interponerse una vez ya formalizado el contrato, garantizándose así que eventuales infracciones puedan ser corregidas antes de la celebración del contrato; extender el recurso a los contratos de todas las entidades del sector público y ampliar los tipos de contratos y cuantías frente a los que se puede interponer el recurso especial⁸⁴¹; proyectar el control del recurso especial sobre la fase de ejecución de los contratos, en concreto sobre las modificaciones de estos; reforzar la independencia de los órganos de recurso, vigilando especialmente la intervención de ‘colaboradores’ en la resolución de los recursos que puedan cuestionar esa independencia.

Algunas CCAA ya han legislado en este sentido. Navarra y Baleares han extendido el ámbito objetivo de este recurso especial a todos los contratos; Aragón amplió la competencia de su TACP a los recursos especiales de los contratos de obras de importe superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios de más de 100.000 euros, al considerar que estos contratos tienen trascendencia comunitaria, así como a la modificación de los contratos⁸⁴².

Los efectos de una posible saturación de los TACP por la ampliación objetiva y subjetiva del ámbito del recurso especial, que limitaría una eficacia avalada por la prontitud resolutoria actual, ha sido analizado en el «Informe sobre la Justicia Administrativa 2015» dirigido por S. DÍEZ SASTRE⁸⁴³. Tras constatar que se ha ido

⁸⁴⁰ BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”; Revista Española de Derecho Administrativo 160. Octubre – Diciembre 2013 Civitas. Págs. 189 - 213

⁸⁴¹ Cita BERNAL BLAY en este sentido las consideraciones críticas sobre la configuración del recurso especial en materia de contratación que realizan GIMENO FELIU, Las reformas legales de La Ley 30/2007, de contratos del sector público, Civitas, 2011, p. 93-101; MORENO MOLINA, “La reforma de La Ley de contratos del sector público en materia de recursos”. Análisis de La Ley 34/2010, de 5 de agosto, La Ley, Madrid, 2010, p. 173-182; y RAZQUÍN LIZARRA, “La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, Revista de Administración Pública 186/ 2011, p. 59.

⁸⁴² La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, modifica el artículo 17 de La Ley 3/2011, y concreta el ámbito objetivo de actuación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón con la ampliación de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación, acuerdos cuya publicación se exige.

⁸⁴³ Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial. DÍEZ SASTRE, Silvia, (dir.) Edición: Marzo de 2015. Edita: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM)

produciendo una “expansión progresiva” por la interpretación de algunos de los tribunales de los criterios de legitimación activa y de los tipos contractuales susceptibles de recurso, destaca la inexistencia de un incremento exponencial de nuevos asuntos en el TACP Aragón a lo largo de los años en términos comparativos con el resto de Tribunales por la ampliación del objeto del recurso por la Ley 3/2012, de 8 de marzo. Aduce también que el Derecho comparado ya demostraba que no tenía por qué darse esa correlación entre la extensión del recurso y el buen funcionamiento de los tribunales –cita el caso de Austria–. Aunque reconoce el informe que un único caso puede no ser representativo de la tendencia que podría producirse a nivel nacional, sí pone de manifiesto la “*inexistencia de una correlación indefectible entre la extensión del recurso y el incremento del número de nuevos asuntos*”.

En este sentido, entre las aludidas «Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción» de Transparencia (octubre de 2015), recoge expresamente como medida III.4 “*ampliar la legitimación activa –incluso siendo acción pública- para imponer el recurso especial en materia contractual*”⁸⁴⁴. Podemos recordar como en la normativa urbanística existe una acción pública, de la que no tenemos constancia de abusos.

Con todo ello, abogamos por una modificación en profundidad del sistema de recurso especial en una triple dirección, en parte ya abordada por el ALCSP:

- 1º. Abrir totalmente la legitimación, estableciendo una «acción pública en materia de contratación». Al fin y al cabo, el objetivo de los contratos es satisfacer necesidades públicas invirtiendo de manera eficiente los fondos públicos, por lo que es del interés de todos los ciudadanos asegurar que las necesidades que pretenden cubrir realmente existen, que el contrato es la mejor forma de darles cobertura y que los recursos de todos se gastan de manera eficiente mediante la selección objetiva de la oferta económica y socialmente más ventajosa. El artículo 48 del ALCSP, aunque amplía la legitimación al admitir que se puede actuar en defensa de derecho o intereses legítimos no sólo

⁸⁴⁴ GIMENO FELIU, José María, se muestra partidario de una legitimación amplia para favorecer la función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, pero sin llegar a plantear una acción pública: “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, punto 5. ObCP 12/11/2014).

individuales sino también colectivos, no llega a dar el carácter de acción pública al recurso especial⁸⁴⁵.

2º. Extender el recurso especial a todos los contratos del sector público, a los contratos de todo tipo y cuantía sometidos a la legislación de contratos, y a actuaciones en la fase de ejecución que puedan haber afectado a la adjudicación. No deben quedar al margen de este sistema de depuración de irregularidades los contratos de las entidades del sector público que no son administraciones públicas ni poderes adjudicadores, ni tampoco los contratos de cuantías inferiores a las establecidas en el TRLCSP. Si se tienen en cuenta los datos de la contratación menor y del procedimiento negociado por razón de la cuantía, y lo elevado de la cuantía de los contratos de obras sometidos a regulación armonizada, se puede constatar que la mayoría de la contratación, especialmente de las Entidades Locales, queda al margen del recurso especial, lo que supone un perjuicio para la pequeña y mediana empresa, pues son a los contratos que habitualmente podrán optar y cuyos conflictos han de solventar en la vía jurisdiccional, más lenta y costosa.

El artículo 44.1 del ALCSP sigue dejando fuera del recurso especial los contratos celebrados por las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores ni Administraciones públicas. Sí que amplía el ámbito objeto del recurso a todos los contratos sometidos a la Ley, sin limitar cuantías. En cuanto a la ampliación del objeto del recurso a actuaciones en fase de ejecución, incluye las modificaciones los contratos y los encargos a medios propios cuando no se cumplan los requisitos legales. Quedan no obstante fuera otras actuaciones en esa fase que pueden afectar a la adjudicación, como la concesión de prórrogas, subcontrataciones, cesiones, revisiones de precios o

⁸⁴⁵ Abrir el recurso especial a cualquier persona en defensa de los intereses generales nos parece muy útil. Un ejemplo que puede ilustrar el valor de una acción pública en defensa de la integridad en el procedimiento de contratación: el 5 de mayo de 2015 una Asociación de vecinos de Valladolid interpuso un recurso de reposición contra una contratación para la redacción de un proyecto de obras que afectaba a su barrio. El motivo del recurso no era sólo si la obra cubría una necesidad real de barrio o no, sino que alegan que se ha utilizado un procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, sin otra motivación adicional, cuando, efectivamente, por la misma cuantía el procedimiento de adjudicación podía ser abierto. La Asociación apela al carácter excepcional de procedimiento negociado ex artículo 138.2 del TRLCSP, y recuerda que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de abril de 1993, señaló que *"la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene por objeto principalmente proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones"*. Por su parte el Tribunal de Cuentas dice al respecto que: *"...ocurre que en no pocas ocasiones los órganos de contratación no justifican ni motivan adecuadamente la razón por la que acuden al procedimiento negociado..."*

acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico, por ejemplo, cuando no sean procedentes, pues pueden suponer una alteración de las condiciones de la adjudicación⁸⁴⁶.

3º. Dotar de carácter imperativo el recurso especial, excluyendo por lo tanto los recursos administrativos. El apartado 5 del artículo 44 del ALCSP excluye expresamente *“la interposición de recursos administrativos ordinarios”* contra las actuaciones frente a las que cabe el recurso especial, y en apartado 6 que *“la previa interposición del recurso especial será requisito imprescindible para interponer el recurso contencioso administrativo”*.

Aunque esta ampliación del campo de actuación del recurso especial va a exigir mayores medios a los TACP, el esfuerzo presupuestario que suponga se verá compensado por la mejora en la eficiencia de la contratación pública. Una adecuada utilización del régimen de indemnizaciones y multas que introdujo la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española en el artículo 47.4 del TRLCSP y amplía el 58 del ALCSP⁸⁴⁷, servirá para alejar a los recurrentes de mala fe, sin que se necesario el establecimiento de tasas por la interposición del recurso como se han establecido en alguna Comunidad y ha criticado M. A. BERBAL BLAY⁸⁴⁸, aunque la legalidad de las mismas ha sido avalada por la STJUE de 6 de octubre de 2015, C- 61/14, Orizzonte Salute⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ GIMENO FELIU, José María, aboga por *“articular un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato en una nueva dimensión de los que se entiende por el derecho a una buena administración”*, si bien se centra en el recurso de los modificados de los contratos, en *“Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”*, punto 4, ObCP 12/11/2014.

⁸⁴⁷ El Consejo Económico y Social, en su dictamen al ALCSP, de 25 de junio de 2015, critica la elevación de las multas de 15.000 a 30.000 euros pues esta medida *“puede obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso al recurso a los interesados”*.

⁸⁴⁸ Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público de Madrid, prevé en su art. 2 la posibilidad de implantar una tasa por los servicios del TARC de esa Comunidad. Aboga por la gratuidad del sistema Miguel Ángel BERNAL BLAY *“El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”*. Revista Española de Derecho Administrativo 160. Octubre – Diciembre 2013 Civitas. Pág. 212. Cita esta autor como antecedente de la reforma operada por La Ley de desindexación en este régimen, las indemnizaciones a recurrentes de mala fe impuestas por TACP de Aragón (Acuerdo núm. 20/2011) y TACRC (Resolución 321/2011). También GIMENO FELIU, José María, con cita a Miguel Ángel BERNAL, considera que no debería exigirse una tasa a los recurrentes: *“Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”*, punto 5, ObCP 12/11/2014.

⁸⁴⁹ El TJUE considera que las tasas no son contrarias al Derecho europeo y que, además, *“contribuye, en principio, al buen funcionamiento del sistema jurisdiccional, en la medida en que constituye una fuente de financiación de la actividad judicial de los Estados miembros y disuade de la presentación de demandas que sean manifiestamente infundadas o tengan como único fin retrasar el procedimiento”* (apartado 73).

Finalmente en el ámbito del control externo de la actividad contractual, resta por analizar el que realizan Jueces y Tribunales.

Para que el CONTROL JUDICIAL resulte realmente efectivo, es necesario que este sea ágil, independiente, y contundente en la imposición de responsabilidades y en el control del cumplimiento de las sentencias (incluidas las prohibiciones para contratar, generalmente burladas como ha denunciado T. MEDINA ARNAIZ⁸⁵⁰). Eso exige mayores medios materiales y sobre todo humanos⁸⁵¹; una independencia total de las actuaciones de fiscales e instructores; y juzgadores igualmente independientes y especializados. Como se ha señalado en el informe «Indicadores de la justicia en la UE para 2014: hacia unos sistemas de administración de justicia más eficaces en la UE», *“un país sin justicia independiente, irremediablemente es un país sin valores y por ende está abocado al desastre social y democrático, entronizándose la impunidad en los más diversos sectores”*⁸⁵². La demanda de reformas profundas en nuestro poder judicial, para garantizar una mayor independencia y eficacia, ha sido una demanda constante, doctrinal y social. Amén de los autores citados que la han reclamado en el marco de las medidas anticorrupción, el profesor A. NIETO GARCÍA había incidido con dureza y precisión en demostrar que el Judicial no es un verdadero Poder constitucional, pues está subordinado al Poder político; y sus miembros no son independientes ni

⁸⁵⁰ MEDINA ARNAIZ, Teresa, “Instrumentos Jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en el libro *“La contratación pública a debate: presente y futuro”*, dirigido por Fernández Acevedo, Rafael y Valcárcel Fernández, Patricia, Editorial Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, pág. 333.

⁸⁵¹ Jueces para la Democracia ha reclamado en 2015 al Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas con transferencia en materia de justicia, que "con la mayor urgencia" creen 1.000 juzgados, cifra que, según calculan, debería haberse cubierto en los últimos cinco años, *"con el fin de que la sociedad pueda seguir confiando a sus tribunales la tutela, sin las actuales dilaciones, de sus derechos fundamentales y libertades públicas"*. La Asociación progresista de jueces ha denunciado que a partir de la llegada al Ministerio de Justicia de Alberto Ruiz Gallardón, en el año 2011, se congeló la planta judicial, se eliminaron 1500 jueces sustitutos y dejaron de constituirse juzgados y tribunales. Diario de Derecho Municipal IUSTEL, entrada del día 16/06/2015 <http://www.iustel.com/>.

⁸⁵² Citado por B. GARZÓN en el libro citado, pág. 479.

responsables, pese a que lo proclame así la Constitución⁸⁵³; y considera que falta por abordar “*el modelo judicial que quieren los jueces y necesitan los españoles*”⁸⁵⁴.

La nueva la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, del Poder Judicial, comienza su exposición de motivos con ese ambicioso objetivo: “*La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial, pues no puede olvidarse que una Justicia eficaz, además de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos y de facilitar con ello la paz social, es un elemento estratégico para la actividad económica de un país y contribuye de forma directa a un reforzamiento de la seguridad jurídica y, en paralelo, a la reducción de la litigiosidad*”. También ha sido modificada la legislación de enjuiciamiento civil (Ley 42/2015, de 5 de octubre) y criminal (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales). Estas leyes imponen a los jueces plazos para concluir la instrucción (seis meses de instrucción en causas sencillas y de 18 en complejas, con la posibilidad de prorrogarlo hasta los 36 meses) y modifican el término judicial 'imputado', que pasará a denominarse 'investigado' en una primera fase y 'encausado' si se mantiene la acusación a medida que avanza la investigación.

La reforma ha suscitado considerable polémica por quienes consideran que no aciertan en la adopción de medidas para agilizar y mejorar los procedimientos. Las asociaciones Jueces para la Democracia y Foro Judicial Independient, y la organización defensora de los derechos y libertades civiles, Rights International Spain, denunciaron el 29 de julio de 2015 ante la «Relatoría Especial sobre la independencia de magistrados y abogados de la ONU» lo que consideran ataques a la independencia judicial por parte del Gobierno de España: irregularidades en el nombramiento del Presidente de la Sala Tercera del Supremo, y las reformas de la

⁸⁵³ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*El desgobierno judicial*”, Ed. Trotta, Madrid (2005).

En la misma línea que el profesor Nieto, MUÑOZ MOLINA ha denunciado que “*La falta de medios de la justicia es un ejemplo más del deterioro de la función pública, y hasta de su desguace, muy propiciados por los políticos profesionales y por los grupos de presión económica. La mayor prueba de que sin una administración competente, imparcial y bien dotada no hay Estado de derecho la tenemos en el sistema judicial*”. Entrevista publica en la Revista de Estudios Locales CUNAL nº 179/2015, pág. 9.

⁸⁵⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro, “*El malestar de los jueces y el modelo judicial*”, Ed. Trotta, Madrid, 2010, escrito a raíz de las “huelgas” en la Administración de Justicia en el año 2009 que llevaron a la dimisión del Ministro de Justicia Mariano Fernández Bermejo.

Ley del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (entonces proyecto de Ley), a las que han tildado de parciales e insuficientes, y que impiden, con la limitación del periodo máximo de instrucción, la investigación de los casos más graves de corrupción política. El portavoz de Jueces para la Democracia, afirmó que "*las presiones del poder político para controlar la judicatura han llegado a niveles que no tienen equivalentes en toda la etapa democrática*". A estas críticas se han sumado la Unión Progresista de Fiscales y el Sindicato de Secretarios Judiciales.

Ya hemos recogido como la independencia del poder judicial es reclamada por tanto por profesionales del ámbito doctrinal como judicial. La directora ejecutiva de Rights International Spain, recordó que la falta de independencia judicial vulnera un principio básico del Estado de Derecho, pues "*sin jueces independientes los derechos y libertades de toda la ciudadanía están en peligro*"⁸⁵⁵.

El profesor J.A. GARCÍA AMADO sintetiza en tres las necesidades básicas de la organización de la persecución del delito: garantizar la independencia real del Ministerio Fiscal; dotar a los Juzgados y Tribunales de medios materiales y personales suficientes para procesar y manejar la enorme información y el tremendo trabajo requerido; y acotar mejor en la normativa procesal determinados poderes del juez que hace las instrucción penal, para evitar dilaciones indebidas o sobreseimientos improcedentes. Para tratar de atenuar esos problemas propone dos medidas sencillas que no han tenido acogida en las reformas recién aprobadas: suavizar la presunción de inocencia en determinados delitos económicos y administrativos en los que se pueda aplicar el adagio *res ipsa loquitur*, "*la cosa habla por sí misma*", en los casos en los que haya indicios muy evidentes pero difíciles de probar (en parte utilizado en la STS, Sala de lo Penal, de 1 de Julio de 2015, rec. 2284/2014); apostar de manera más decidida por las sanciones administrativas en casos de corrupción, más ágiles en su aplicación y donde no se atienden determinados atenuantes o eximentes del derecho penal. Aunque concluye señalando que el mayor efecto disuasorio lo tendría un castigo social en forma de pérdida de votos para los imputados por corrupción y sus paridos, algo que lamenta que no sucede⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵En abril de 2015, Rights International Spain y Jueces para la Democracia, ya dirigieron a la Comisión Europea una carta y un Informe en los que denunciaban, entre otras medidas, estas dos reformas legislativas (LOPJ y LECrim) por considerarlas "parciales e insuficientes".

⁸⁵⁶GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en el artículo "¿Impunidad vs. garantías? O de cómo sancionar la corrupción política y administrativa", publicado el 10 de julio de 2014 en su blog Dura lex.

Ya hemos mencionado las propuestas de B. GARZÓN REAL para mejorar la Administración de Justicia: dotar de mayor eficacia a las normas jurídico-penales, con una mejor tipificación de los delitos y los supuestos de concesión de indultos (de los que propone excluir los delitos de corrupción) y medidas para facilitar las investigaciones, con una adecuada protección del denunciante, los testigos y el arrepentido; la transparencia e imparcialidad en la Administración de Justicia; la garantía de una total independencia del Poder Judicial; un Ministerio Fiscal verdaderamente autónomo e independiente del Gobierno; una fiscalía especial anticorrupción; y la eliminación de los aforamientos⁸⁵⁷.

El magistrado J. R. CHAVES GARCÍA considera también imprescindible para combatir la corrupción política, la independencia de la fiscalía y del Consejo General del Poder Judicial. La fiscalía deberá ser dotada de mayor grado de autonomía y otorgársele legitimación o capacidad para impugnar ante lo contencioso-administrativo actos en materia de contratación y empleo público (áreas de la mayor bolsa de corrupción y donde la ausencia de acción pública presta cobertura a la impunidad). También mantiene este magistrado que la Justicia debe ver a su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, fuera del mercadeo político, mediante un sistema puro de autogobierno judicial⁸⁵⁸.

En demanda de medidas de mejora de la justicia para combatir la corrupción, el profesor E. JIMÉNEZ FRANCO, ha propuesto también una Ley de protección del denunciante, y coincide con los autores que se acaban de citar con la imprescindible necesidad de despolitizar determinados órganos constitucionales y estatutarios, como el Fiscal General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas⁸⁵⁹.

Es por lo tanto imprescindible, si realmente se quiere arrinconar la corrupción en cualquiera de sus manifestaciones y campos de actuación, por ende también en

⁸⁵⁷ “*El Fango, cuarenta años de corrupción en España*” cit., capítulo 14, págs. 452 a 497.

⁸⁵⁸ CHAVES GARCÍA, José Ramón, en una entrada de su blog contencioso.es, “La fórmula de la corrupción y su antídoto”, <http://contencioso.es/2011/02/05/la-formula-de-la-corrupcion-y-su-antidoto/>

⁸⁵⁹ JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *lege ferenda* para una nueva cultura de integridad”, publicado en la revista *Actualidad Administrativa*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, pág. 538, tomo 1, Editorial La Ley. En referencia a la educación en valores de defensa de la legalidad y la integridad, cita como ejemplos la citada Academia Internacional Anticorrupción (International Anti-Corruption Academy, IACA), o la Escuela de Postgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, dirigida por el Prof. Rodríguez García.

la contratación pública, garantizar la independencia efectiva de Jueces y tribunales, ampliar y mejorar su medios para lograr una inmediatez de las resoluciones, mejorar los sistemas procesales para facilitar la investigación, y aquilatar las normas penales para asegurar el cumplimiento de las condenas y la restitución de los daños causados y los dineros hurtados. Habrá que esperar a ver los resultados de las reformas legislativas recién aprobadas. Y apuntamos para la siempre recurrente llamada a la reforma de la Constitución, que es en la norma fundamental donde se institucionaliza la injerencia del Poder Ejecutivo en el Judicial (art. 122.3 CE), reforma que también debería aprovecharse para apuntalar la independencia del Tribunal de Cuentas y los efectos de sus informes (art. 136 CE).

Un apunte final en este análisis de los mecanismos de control por medios externos a los actores en el procedimiento de contratación de sus actos: la necesidad o no de la creación de una OFICINA ANTIFRAUDE, a modo de la existente en el ámbito comunitario (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF) y ya en alguna Comunidad Autónoma de nuestro país (Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña). Con la cadena de controles internos y externos de los que ya disponemos, si son adecuadamente mejorados como se ha tratado de argumentar, no me queda claro la necesidad y el papel de la creación de otras “*autoridades de vigilancia de los contratos públicos*” que han demandado algunos autores y organizaciones⁸⁶⁰. Reforzar las funciones de los OCEX me parece mucho más eficiente, ampliando sus competencias para realizar la función de «agencia de prevención de la corrupción» como ha hecho la Comunidad Autónoma de Galicia con su Consejo de Cuentas, a la que ya hemos hecho referencia; o ampliar funciones de «agencia antifraude» (como las que establece por ejemplo el art. 21 de la citada ley catalana), funciones que en parte ya realizan, pues han de recoger sus informes “*cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla*” (art. 12.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas). En todo caso, de crearse más órganos de este tipo, o ampliarse las competencias de los existentes para realizar

⁸⁶⁰ GIMENO FELIU, José María, alude a estas agencias en el meritado trabajo “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, punto 6. Transparencia Internacional España, propuesta I.14 y III.5 del documento “Propuestas electorales de los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción”, octubre de 2015.

estas funciones, se ha de regular procedimiento específico y transparente para luchar contra los presuntos fraudes o infracciones detectadas⁸⁶¹.

4. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Las medidas punitivas han de cerrar el círculo de la lucha contra la corrupción. De poco sirven las medidas preventivas, la exigencia de extremar la transparencia en todas las fases de la contratación pública, si el incumplimiento de las mismas carece de consecuencias. El tan aludido informe «Integridad en la contratación pública buenas prácticas de la “A” a la “Z”», concluye que la mayor amenaza contra la integridad en la contratación pública es *“la falta de transparencia y la necesidad de responsabilidad por la gestión”*.

Para poder exigir responsabilidades es necesario no sólo detectar y denunciar a los infractores, sino también aplicar las sanciones, administrativas y penales, que legalmente procedan y asegurar su cumplimiento. En el campo de las denuncias, el profesor A. BETANCOR RODRÍGUEZ reclama la colaboración *“de aquellos que tienen conocimiento de las irregularidades, la de los «insiders»”*, los empleados públicos que intervienen en alguna fase de la tramitación de los contratos, también mediante determinados incentivos de refuerzo y especialmente de protección, quizá más necesarios⁸⁶². Efectivamente, para pedir a los empleados públicos que denuncien a sus compañeros o políticos cuando quebrantan la normativa sobre contratos es necesario modificar el escenario actual en el que hace falta algo más que Quijotes para desvelar cualquier irregularidad, cuando mucho antes de que el denunciado pueda ser sancionado, el denunciante se expone sufrir desde el primer día todo tipo de consecuencias, como mínimo laborales. Por ello es necesario, como recogen muchas de las propuestas doctrinales aludidas una adecuada protección de los denunciantes, y también para actuar contra las denuncias falsas.

Una vez detectada una irregularidad en un procedimiento de contratación, deberían automáticamente entrar en juego los mecanismos para exigir las

⁸⁶¹ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, demanda en las actuaciones de la OLAF el establecimiento de unas normas claras para su actuación, conocidas por todos los actores, que permitan que el procedimiento de control se desarrolle con las debidas garantías también para los controlados. En el artículo “La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)”, publicado en la Revista de Administración Pública. nº 175, septiembre-diciembre 2014, págs. 269-301, pág. 285.

⁸⁶² BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “Corrupción y contratación pública”, entrada en su blog del día 3/11/2014, <http://andresbetancor.blogspot.com.es>,

correspondientes responsabilidades, pues, como ha escrito la profesora M. FUERTES LÓPEZ, ha habido cierta dosis de impunidad en la materia, y es fundamental que se cumplan las normas y de exijan responsabilidades⁸⁶³. En cuanto a las patrimoniales y administrativas, recuerda esta catedrática que la posible exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y disciplinaria de los funcionarios que incumplen la regulación de contratos, se prevé en la legislación española de contratos de manera bien explícita en la disposición adicional decimonovena del vigente TRLCSP (además de en la LRJPAC de 1992, arts. 145 y ss.; en la LRJ 40/2015, arts. 36 y 37; en la ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 (art. 78); en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RDL 2/2004, de 5 de marzo art. 188).

La responsabilidad que regula la DA 19ª del TRLCSP, se contemplaba ya en la LCAP de 1995 en términos similares y también en el ALCSP (DA 29ª)⁸⁶⁴. Sin embargo, como plantea F. J. ESCRHUELA MORALES, muy pocos expedientes de responsabilidades patrimoniales y disciplinarias se han instruido a autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, por infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la Ley de Contratos del Sector público, al amparo de la citada Disposición adicional decimonovena. Para que el sistema sea realmente efectivo, este autor considera que dentro del concepto de la responsabilidad patrimonial y personal que regula esa norma es necesario *“establecer un sistema efectivo de exigencia de responsabilidades, regular, de modo claro, preciso y dentro de la debida proporcionalidad, un cuadro de sanciones por incumplimiento de la normativa y el adecuado sistema para hacerlas efectivas”*⁸⁶⁵. Resultaría oportuno sacar esa norma del ostracismo de una perdida disposición adicional al articulado de la nueva ley de contratos, en un lugar destacado, ahora

⁸⁶³ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, en el artículo citado “Momento para depurar responsabilidades”, de mayo de 2013.

⁸⁶⁴ DA 19ª TRLCSP: *“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.*

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.

⁸⁶⁵ ESCRHUELA MORALES, F. Javier “La contratación del sector público y la corrupción”. Contratación Administrativa Práctica, Nº 135, Sección Estudios, Enero 2015, Editorial La Ley.

que el artículo 1 del ALCSP incluye la «integridad» entre los principios que han de regir la contratación pública.

Sobre la exigencia de responsabilidades pecuniarias, F. SOSA WAGER y M. FUERTES LÓPEZ, tras refrescarnos la memoria con las instituciones medievales para exigir responsabilidades los gobernantes, el «juicio de residencia», de las Partidas de Alfonso X el Sabio, o la «Purga de taula» de Aragón, demandan que se profundice en la tarea de control y la exigencia de responsabilidad contable y devolución de ingresos indebidos que tiene legalmente atribuida el Tribunal de Cuentas, algo que señalan ha requerido también el Defensor del Pueblo⁸⁶⁶.

Además de las responsabilidades administrativas, cuando se producen algo más que ilícitos de este orden, cuando entran en juego la intencionalidad en forma de dolo o la negligencia grave, actúan las figuras delictivas que tipifica el Código Penal. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo varias figuras delictivas relacionadas con la contratación pública, tanto de particulares como especialmente de funcionarios, y establece varias penas que llevan asociada la prohibición de contratar con el sector público. Así, los «Delitos de corrupción en los negocios» (artículos 286 bis a 286 quater), entre otros el «Cohecho transnacional». El artículo 436 del CP, establece un nuevo delito que puede ser cometido por funcionarios públicos específicamente en el procedimiento contractual: *“La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años”*. Y también se modifica el que quizá sea el delito estrella de la actividad pública, la «prevaricación» (art. 404⁸⁶⁷; las STS, Sala de lo Penal, de 24 de Noviembre de 2014, rec. 729/2014 y de 1 de Julio de 2015, rec. 2284/2014, perfilan de manera precisa los contornos de este tipo delictivo).

⁸⁶⁶ SOSA WAGNER, Francisco, y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, , *“La bancarrota del Estado y Europa como contexto”*, cit. págs. 166-167.

⁸⁶⁷ Artículo 404 del CP: *“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”*

No es objeto de este trabajo un estudio de las figuras delictivas en las que puede incurrir una autoridad o empleado público por un manejo torticero de las contrataciones en las que interviene⁸⁶⁸. Solo aludimos a estos tipos delictivos para recordar que su debida aplicación han ser el remedio final cuando han fallado todos los sistemas previos de control, pero sólo cuando, además de un posible incumplimiento de la normativa contractual, concurren los elementos subjetivos del delito penal⁸⁶⁹.

Y es que se corre el riesgo de pasar de un extremo, la total impunidad, a otro, los juicios sociales, con un doble vicio: tipificar como ilícito penal lo que es una irregularidad administrativa, y extremar las penas cuando el delito es menor, a modo de escarnio público ejemplarizante. Este peligro se vislumbra indirectamente en las palabras de la STS, sala 2ª, de 30 abril de 2015, rec. 1125/2014, cuando alude a que *“en el momento actual (...) la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra”*⁸⁷⁰; conviene recordar al respecto, con F. CASTRO ABELLA que *“el estado de opinión de la calle puede justificar debates parlamentarios y llegar*

⁸⁶⁸ Nos remitimos para ellos a los numerosos estudios de los penalistas analizando las figuras propias de los delitos de los funcionarios y autoridades públicas y de corrupción. Por citar sólo algunos: DIEZ y GARCÍA CONCELLO, Miguel, “El delito de Cohecho. El delito de tráfico de influencias. Delitos contra la Administración Pública”. Editorial Asúa Batarrita Adela 1997. JAREÑO LEAL, Ángeles, *“Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública”*, editorial Iustel, Madrid, 2011. FUERTES LÓPEZ, Javier, “Sobre el delito de prevaricación: requisitos, formas y elementos para su determinación en la contratación pública”. Revista CUNAL 11 Septiembre 2014. PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, “El delito de prevaricación en la contratación pública”. Contratación Administrativa Práctica, Nº 135, Sección Estudios, Enero 2015, Editorial La Ley. MARTÍN PASTOR, José, “La suspensión provisional en el ejercicio del cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción”. Diario La Ley, Nº 8462, Sección Doctrina, 20 de Enero de 2015, Ref. D-20, Editorial La Ley. “Tratado de Responsabilidades Penales en la Administración Local”, coordinado por MUÑOZ CUESTA, Javier, que analiza especialmente sobre las responsabilidades penales que pueden derivarse del ejercicio de las funciones de los FHE en las entidades locales. Editado por el Consejo General de COSITAL, junio 2015.

⁸⁶⁹ Recordamos las palabras del académico MUÑOZ MOLINA, Antonio: *“un juez es como un cirujano, que intenta remediar algo del daño ya hecho: la decencia pública no pueden garantizarla los jueces, en la misma medida en que la salud pública no depende de los cirujanos.”* En el artículo «La corrupción y el mérito». El País, 9 de noviembre de 2014.

⁸⁷⁰ STS, de 30 abril de 2015: *“Pocas dudas pueden albergarse, y menos en el momento actual en el que la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra, respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de los ciudadanos. Y si para ello es exigible, como acertadamente destaca el Tribunal Constitucional, una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, en ser representantes de los ciudadanos”*. (FJ duocédimo).

*a justificar reformas legales, pero nunca debe ser argumento jurídico de decisiones judiciales*⁸⁷¹.

Criminalizar lo que es sólo una irregularidad administrativa ha sido criticado por F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ⁸⁷². Tras enfatizar que la actuación de un funcionario para que puede tipificarse como delictiva ha de encajar en el tipo penal y ser dolosa o gravemente negligente, recomienda que los Jueces de lo penal hagan uso de la figura de las ‘cuestiones prejudiciales’ que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar que sean los jueces especialistas en el orden contencioso-administrativo quienes analicen la legalidad o ilegalidad de la actuación pública de funcionarios y autoridades. Porque las denuncias penales infundadas pueden tener también efectos muy nocivos, *“entre otras, nada menos que el entorpecimiento dañoso de la gestión administrativa y la transformación de la seriedad de la justicia penal en banal espectáculo televisivo”*. La STS de 24 de Noviembre de 2014 (rec.729/2014) reconoce la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal (STS de 7 de enero de 2003) y que *“con la jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho”*.

También debe abordarse, como ha planteado C. AYMERICH CANO el problema de los efectos de los contratos que son anulados como consecuencia de delitos de corrupción, que considera es en la práctica una asignatura pendiente en el ordenamiento español. Apunta este catedrático las potencialidades de la figura del decomiso, regulado en el art. 127 CP, como medida para contribuir a sanear tanto las prácticas corruptas como, en pequeña medida, las arcas públicas⁸⁷³.

En todo caso, para que el castigo penal resulte realmente disuasorio se requieren, en nuestra opinión, tres requisitos: que las investigaciones se realicen con objetividad y sin trabas; que la sentencia recaiga con la mayor inmediatez posible al descubrimiento de los hechos; y que el condenado cumpla efectivamente

⁸⁷¹ Palabras del artículo “Imputación de altos cargos” Blog de EsPúblico, publicado el 14/04/15 <http://administracionpublica.com/imputacion-de-altos-cargos/>

⁸⁷² Artículo de SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes, “Armas como pleitos”. Diario El Mundo 18 de marzo de 2015.

⁸⁷³ AYMERICH CANO, Carlos, “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, N° 138, Sección Reflexiones, Julio 2015, Editorial La Ley.

su pena, y no pueda quedarle beneficio económico alguno de su delito tras su paso por prisión⁸⁷⁴.

Sobre esta última cuestión B. GARZÓN REAL⁸⁷⁵ se muestra contrario a la posibilidad del efecto liberatorio del pago (en referencia al artículo 305 del CP para los evasores fiscales), aunque nos parece igual de grave el efecto liberatorio de la condena privativa de libertad o de inhabilitación si no se ejecuta la responsabilidad patrimonial y el delincuente restituye íntegramente lo ilícitamente obtenido con su delito y responde además de los daños y perjuicios causado al erario público con su actuación. También critica B. GARZÓN el sistema de concesión de indultos, otorgados sin atenerse a una norma clara, con una regulación que data de hace 145 años. Efectivamente, el indulto a un corrupto mina cualquier intento de regenerar y dilapida el efecto disuasorio de la condena penal⁸⁷⁶.

En definitiva, es necesario cerrar los mecanismos para controlar la corrupción con un sistema eficaz que permita perseguir y sancionar a los que han quebrantado las normas, con o sin delito. Ello exige más medios, normas más precisas y una absoluta independencia y profesionalidad de investigadores y juzgadores. La detección de un delito o un ilícito administrativo debe servir también para replantearse el procedimiento de contratación y adoptar medidas correctivas para taponar los resquicios por los que se hayan podido producir.

⁸⁷⁴ En relación con los beneficios generados por la corrupción, puesto que lo han sido a costa a alguna Administración pública, se ha planteado una propuesta curiosa publicada el 23 de junio de 2015: el Alcalde de Marbella (Málaga), plantea al Gobierno que los fondos que recauda por multas relacionadas con los casos de corrupción en los que está involucrado el municipio, especialmente los de las épocas de los ex regidores Jesús Gil y Julián Muñoz, revierta en la localidad. Noticia publicada por el Diario de Derecho Municipal IUSTEL el 23/06/2015
http://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1142052&utm_source=DDM&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=23/6/2015

⁸⁷⁵ GARZÓN REAL, Baltasar, “*El Fango, cuarenta años de corrupción en España*”, cit., págs. 470-471,

⁸⁷⁶ El abuso de los indultos ha hecho que hasta en algunos casos se hayan concedido sin cumplir los trámites legales esenciales, como el caso sentenciado por el Tribunal Supremo el 24 de junio de 2015, que anuló el indulto parcial concedido por Real Decreto de 31 de octubre de 2013 al empresario canario y presidente de la Unión Deportiva Las Palmas, Miguel Ángel Ramírez, ordenando la retroacción de actuaciones para que se emita el informe previsto por el artículo 23 de La Ley de Indulto por parte de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, ya que dicha Audiencia estimó un recurso de apelación y modificó la sentencia de instancia. Además se concedió el indulto pese al informe negativo a la concesión de la medida de gracia del Juzgado de lo Penal número 5 de Las Palmas.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La corrupción es una pandemia perenne que acompaña al poder “*como la sombra al cuerpo*” (NIETO GARCÍA), por lo que resulta imposible su total erradicación. Pero pese a esa constatación, sus nefastas consecuencias éticas y económicas, exigen redoblar los esfuerzos para hacer de la lucha contra esta lacra una batalla permanente que permita tenerla reducida a la mínima expresión y recuperar sus quebrantos.

Es este un objetivo mundial, plasmado en la «Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003», pues aunque no afecta por igual a todos los países, ningún Estado está libre de ella. Ello exige, para que resulte realmente eficaz, una globalización de la lucha contra la corrupción (RIVERO ORTEGA), especialmente en la persecución de sus responsables y del blanqueo y custodia del dinero así defraudado.

El problema de la corrupción parece quizá más preocupante y visible en España que en otros países en los últimos años. Del año 2012 al 2013 la corrupción pasó de ocupar el cuarto lugar al segundo entre los problemas públicos percibidos por los españoles, según los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, sólo por detrás del desempleo, y se mantenía en ese lugar en la encuesta de junio de 2015. Como se aprecia en las recopilaciones de casos de corrupción (GARZÓN REAL, SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, entre otros), la corrupción ha dominado la escena pública española de todos los tiempos; y la vida privada tampoco ha sido nunca ajena a los fraudes (Fuero de León de 1017). A finales del S. XX parecía que España estaba atravesando un “*bache histórico*” (NIETO GARCÍA), pero al no poner remedio, el bache se ha convertido en un auténtico socavón. Quizá haya sido la crisis económica acentuada desde 2008 la que ha llevado a una mayor visibilidad de la corrupción pública en los medios de comunicación, y una mayor indignación social o menor tolerancia, lo que ha de aprovecharse para de verdad poner los medios para atajar este mal endémico de nuestra sociedad.

Combatir la corrupción es una tarea que requiere cordones sanitarios mucho más amplios que las disposiciones normativas, empezando por una reeducación social en valores éticos para erradicar cualquier comprensión social hacia la corrupción, ya sea política, funcional, empresarial o personal (MUÑOZ MOLINA). Pero esa labor de pedagogía social ha de completarse con una regulación legal muy precisa y que incluya mecanismos eficaces de detección y castigo en caso de

vulneración. Para ello es esencial una auténtica voluntad política (FUERTES LÓPEZ), voluntad que ha de forzarse con presión social, que debería manifestarse especialmente en forma de pérdida de votos a quienes cobijen corruptos en sus filas (GARCÍA AMADO). Y también voluntad (y posibilidad –protección-) en los operadores jurídicos y económicos para evitarla en la práctica y denunciarla cuando se detecta.

Este trabajo se centra en la propuesta de medidas para reducir la corrupción en la contratación pública. La contratación es el ámbito de la gestión pública más proclive a la corrupción, y donde más casos se detectan; se ha estimado que sólo en la Unión Europea supone unas pérdidas de unos 120.000M. €/año de recursos públicos. La percepción que de la corrupción se tiene en España en este campo es también superior a la media europea, según las encuestas del «Eurobarómetro» que se han recogido.

En mi opinión, la clave para lograr una contratación pública íntegra, eficiente y abierta, está en la «**transparencia**», en su doble acepción, **como principio de la contratación pública y como política de datos abiertos**. El principio de transparencia, que implica el de igualdad de trato, es el principio básico, estructurante y transversal que ha de materializarse en todas las fases de todos los contratos públicos para garantizar la eficiencia a través de una mayor concurrencia y competencia en igualdad de condiciones (transparencia material). Los datos de una contratación así realizada han de publicarse de manera sistematizada y accesible a los ciudadanos para facilitar su participación en el conocimiento y control del gasto público, ofreciendo una ‘contratación abierta’ (‘transparencia formal’). Se logrará así en este ámbito de la gestión pública el «derecho a una Buena Administración», reconocido el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Para lograr la aplicación plena de la transparencia en la contratación pública se han propuesto a lo largo de este estudio medidas tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. Se han expuesto los aspectos más vulnerables a la corrupción a lo largo del procedimiento de contratación y las propuestas de la doctrina especializada (GIMENO FELIU, CERRILLO I MARTÍNEZ, MEDINA ARNÁIZ, VÁZQUEZ MATILLA...) y de diferentes Instituciones (OCDE, Transparencia Internacional, ...); a partir de ahí y de mi propia experiencia como gestor de contratos públicos durante veinte años en la Administración local, se han planteado medidas para garantizar la materialización del principio de transparencia en todas las fases de la contratación

pública, todas ellas con respaldo legal y en la doctrina jurisprudencial, de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, órganos consultivos y órganos de fiscalización externa. Estas medidas cuentan por lo tanto con cobertura suficiente para su aplicación inmediata y podrán seguir siendo utilizadas con la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en tramitación al cerrarse este trabajo y a cuyo anteproyecto se ha acudido en cada una de ellas), ya que se fundamentan en la regulación de las Directivas Comunitarias sobre contratación que ha de transponer.

No obstante se realizan también propuestas concretas para que la nueva Ley refuerce los mecanismos que permitan asegurar una competencia efectiva en condiciones de igualdad, pues con el Consejo Económico y Social de España al anteproyecto de la nueva Ley, considero que el actual anteproyecto "*no aborda el grave problema de la corrupción con la suficiente ambición y profundidad*". Para ello, la nueva Ley debe hacer un esfuerzo de simplificación y precisión: aplicar el mismo régimen jurídico a todos los contratos que celebre el sector público, con independencia de su cuantía y de la naturaleza del ente público contratante; aclarar y refundir tipos de contratos; regular con mandatos imperativos claros la forma de materializar el principio de transparencia en todas las 'instituciones' de la contratación pública.

Estas son, de manera resumida, mis propuestas para tratar de evitar la corrupción en cualquier contrato público

- A. En la fase de preparación del contrato.
 1. Programar e informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación del órgano de contratación, publicando anualmente los contratos que prevea celebrar a lo largo de cada ejercicio, para permitir a las empresas planificar su posible participación en los diferentes contratos, ampliando así a concurrencia.
 2. Motivar y valorar de forma precisa la necesidad que se precisa cubrir y la idoneidad del contrato planificado para ello, acreditando que obedece a necesidades reales que no pueden ser satisfechas con medios propios, y justificando la adecuación al mercado del precio estimado del contrato. Esta motivación ha de ser objeto de especial supervisión por los órganos de control externos.
 3. Definir con claridad, precisión y amplitud toda la información necesaria para participar en las contrataciones públicas. Los pliegos, proyectos y demás

documentos pre-contractuales deben concretar de manera detallada y comprensible el alcance de las prestaciones que se pretenden contratar y las necesidades se tratan de satisfacer, con referencias precisas a los códigos CPV y CNAE, así como las obligaciones y derechos de las partes en las fase de ejecución y resolución del contrato. Esta precisión y claridad ha de extremarse en los criterios de valoración de las ofertas y su forma de ponderación.

4. Permitir formular alegaciones a los proyectos, pliegos y demás documentos precontractuales, lo que ayudará a corregir errores de todo tipo, incluidas estipulaciones restrictivas de la competencia, y establecer un sistema ordinario, sistematizado y público de resolución de dudas de los interesados sobre los procedimientos de contratación, publicando las respuestas (no los consultantes) en el perfil de contratante hasta la resolución de los correspondientes contratos.
5. Utilizar de la Plataforma de Contratación del Sector Público como perfil de contratante de todos los poderes adjudicadores, y su sistema de licitación electrónica para contratar en este formato.
6. Asegurar que las prescripciones técnicas no contienen exigencias que restrinjan injustificadamente la competencia. Exigir a tal efecto al redactor un informe específico en el que asevere que los requerimientos técnicos no restringen la competencia y recoger de manera visible en el PCAP que se admitirá cualquier oferta que acredite que los bienes o servicios que propone cumplen de forma equivalente las prescripciones técnicas.
7. Realizar las consultas previas al mercado para determinar el objeto y precio de los contratos de manera que ningún operador económico tenga información privilegiada de un futuro contrato: publicar en el perfil de contratante la intención de realizar esas consultas, dando opción a cualquier empresa que lo solicite de tomar parte en las mismas y posteriormente publicar el listado de las que finalmente hicieron sus aportaciones, y qué datos del contrato se han precisado a la vista de las respuestas recibidas.
8. Establecer en el PACP el *quantum* de solvencia de manera precisa y proporcionada al objeto, cuantía y duración del contrato. Se debe precisar también la solvencia mínima de que han de disponer los licitadores para poder completar la propia con medios externos y la solvencia mínima que ha de reunir cada miembro de una posible UTE.
9. Precisar en el PCAP los defectos materiales de las ofertas y los errores que se considerarán insubsanables y que en todo caso serán causa de exclusión de la oferta que incurra en ellos.

10. Medidas para la prevención de los conflictos de interés: publicar nominalmente los integrantes de las Mesas, comité de expertos y técnicos que vayan a realizar la valoración de las ofertas; exigir a los redactores de los pliegos, proyecto y demás documentos preparatorios de los contratos, así como a los informantes, la firma de los documentos y recoger en una antefirma sus nombres y apellidos, además de su cargo; crear un archivo de declaraciones de intereses del personal encargado de la contratación pública; elaborar un código ético para todo el personal que intervenga en los procedimientos de contratación, con compromisos expresos en materia de declaración y abstención en caso de conflicto de intereses.

B. Fase de licitación- adjudicación de los contratos

11. Minimizar el recurso a los procedimientos sin libre concurrencia, motivando de manera precisa y justificada su utilización para atender necesidades puntuales y esporádicas, promoviendo siempre en ellos una concurrencia adecuada (procedimiento restringido, negociado sin publicidad, contratos menores, encomienda de gestión y contratos mixtos).

12. Ampliar los plazos de presentación de ofertas por encima de los mínimos legalmente previstos para facilitar la preparación de las ofertas, en función de la complejidad de cada contrato, especialmente en los contratos de compra pública de innovación o que valoren ésta o admitan variantes, y de que haya habido o no anuncios de información previa.

13. Precisión y claridad de los criterios de valoración de las ofertas y de sus fórmulas o método de puntuación, y adecuada elección y ponderación de los criterios, para asegurar elegir la oferta más ventajosa. El PCAP ha de motivar los criterios de valoración que se adoptan, primando los de valoración matemática, establecer fórmulas de valoración que garanticen un reparto proporcional lineal de todos los puntos atribuidos a cada criterio de valoración matemático, como la regla de tres simple; y precisar en cuanto a los criterios de valoración técnica tanto lo que se valora como el método de valoración que se va a utilizar.

14. Concreción en los pliegos de las mejoras y variantes admisibles, y de su forma de valoración.

15. Precisar en el PCAP los criterios o la cifra a partir de la cual una oferta será considerada inicialmente anormal o desproporcionada, en los aspectos de valoración diferentes del precio en los que sea presumible que se pueden presentar ofertas con valores desproporcionados y las actuaciones en el caso de concurrir ofertas anormales o desproporcionadas.

16. Publicar la composición nominal de las mesas de contratación y hacer públicas sus reuniones; motivar de manera precisa la valoración de las ofertas y publicar los informes de valoración.
17. Recoger con claridad en los pliegos la posibilidad de que los licitadores pueden demostrar que los productos que ofertan cumplen de manera equivalente las exigencias técnicas del objeto de los contratos.
18. Admitir con carácter general la subsanación de errores materiales, de redacción o matemáticos manifiestos y la posibilidad de hacer aclaraciones en las ofertas técnicas y económicas de los contratos, deducibles del resto de documentación aportada. La presentación de estas aclaraciones ha de garantizar la igualdad de trato de los licitadores, y no suponer una modificación de lo ofertado. No se admitirá en el caso de defectos que expresamente el PCAP haya señalado como no subsanables.
19. Coordinar los principios de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso a los expedientes de contratación, con la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, recogiendo en los pliegos las normas por las que se regirá la decisión del órgano de contratación.
20. Apertura de una fase de alegaciones a todas las actuaciones de la Mesa de contratación.

C. Fase de ejecución y resolución de los contratos

21. Control material de la ejecución. Generalización de la figura del responsable municipal de contrato y regulación de sus actuaciones para que efectivamente realice un control material y formal de los contratos.
22. Regulación precisa e interpretación restrictiva de las modificaciones de los contratos.
23. Control del mantenimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la parte que corresponda, precisando cuando se considera sustancial la ruptura de la economía del contrato; qué motivos pueden dar lugar a medidas de reequilibrio; y qué porcentaje del desequilibrio ha de asumir cada parte para hacer efectiva la coordinación de este derecho con el principio de riesgo y ventura.
24. Controlar la eficiencia en los casos de posible sucesión de empresa con «subrogación laboral»; evitar incurrir en «cesión ilegal de trabajadores» y ficción de contrato laboral; vigilar el cumplimiento de las obligaciones sociales, tributarias y de seguridad y salud laboral de los adjudicatarios en relación con los trabajadores que ejecuten los contratos.

25. Transparencia y protección de datos en la ejecución de los contratos. Regular en los pliegos adecuadamente las implicaciones que el manejo de datos de carácter personal puede tener en los contratos en los que el adjudicatario tenga acceso o genere este tipo de datos.
26. Precisar en los pliegos, para los supuestos en los que la Ley permite acudir al arbitraje, sobre qué cuestiones, con qué alcance y ante qué organismo, se podrán resolver arbitrariamente controversias surgidas en la fase de ejecución de los contratos.
27. Realizar la efectiva comprobación material de la adecuada ejecución del contrato, con la preceptiva asistencia de la Intervención.
28. Regular de manera precisa las obligaciones en la fase de ejecución de los contratos, especialmente las actuaciones previas a la resolución de los contratos, la reversión, y las medidas coercitivas para asegurar el cumplimiento de lo contratado, con el procedimiento para su imposición y exacción.
29. Publicar adecuada y puntualmente la actividad contractual, con los resultados de cada contratación y una visión estadística de la actividad contractual de cada ente público, incluyendo la información que puedan generar o disponer los adjudicatarios de contratos de servicios que se considere útil ofrecer al público. Se deben articular sistemas que permitan automatizar y no duplicar esa información en el perfil de contratante y en el portal de transparencia. Y es necesario analizar previamente que los datos que se publican no vulneran la legislación sobre protección de datos.

Pero lograr un eficaz control de la corrupción en la contratación pública, requiere reformas normativas más allá de la legislación de contratos. Es necesario **mejorar la profesionalización de todos los intervinientes en los procedimientos de contratación**, tanto por parte del sector público como del empresarial. En éste, adoptando códigos de conducta dentro de su política de responsabilidad social que rechacen participar en todo tipo de sobornos. En los servidores públicos, garantizando su independencia y formación, y adoptando políticas de autocontrol y estímulo para la mejora permanente de los procedimientos que tramitan. Además, es también preciso **fortalecer los sistemas de control internos y externos**, administrativos y judiciales, garantizándoles su total independencia y los medios materiales y humanos para poder ejercer con agilidad y rigor sus funciones; a la vez es necesario dotar de más efectos a los informes de los órganos administrativos de control y ampliar sus competencias en materia de prevención y de persecución de las irregularidades administrativas, así

como asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias judiciales. Resulta esencial que **toda actuación corrupta reciba las correspondientes sanciones** administrativas y/o penales, **y conlleve la devolución íntegra de lo usurpado y la reparación completa del menoscabo causado**, desterrando en la práctica y de la conciencia colectiva la sensación de cierta impunidad y rentabilidad para el corrupto de sus manipulaciones fraudulentas. Con ello no estimamos necesarios nuevos sistemas de controles, ni públicos (agencias u oficinas ante corrupción), ni privados (auditorías o monitores que se han propuesto), basta, como decimos, con reforzar los ya existentes, y, en su caso, ampliar con estas funciones las competencias del Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos.

En conclusión, aunque erradicar totalmente la corrupción de la contratación pública, como del resto de ámbitos de la vida pública (y privada), es imposible por ser consustancial a la naturaleza humana, se ha de asegurar su postergación a la excepcionalidad. Ello pasa por una pedagogía social que revalorice la ética, y el refuerzo normativo de cuatro elementos: **«transparencia» procedimental; «profesionalización» de la gestión; «controles» internos y externos eficaces y consecutivos, que permitan depurar los procedimientos y exigir las «responsabilidades» correspondientes cuando se quebrantan las normas.**



BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUSTÍ JULIÀ, Jordi, “La evolución —procelosa e inacabada— de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo”, publicado en la Revista Jurídica de Castilla y León nº 37, monográfico sobre los “Despidos en el Sector Público”, septiembre de 2015, coord. por Rodríguez Escanciano, Susana.

ALMONACID LAMELAS, Víctor,

“*Implantación Práctica de la Ley de Transparencia en los Ayuntamientos*”. coord. Ed. F. Lefevre, Madrid, 2015.

“Leyes autonómicas sobre transparencia”. En el blog nosoloaytos.wordpress.com, 2015/06/12

“*Libro Blanco de la contratación electrónica*”, editado por la Federación de Municipios de Madrid, 2015

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rosario, “La publicidad activa en la Ley de Transparencia y la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 22, 2014, Editorial La Ley.

ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio, “*El control de los recursos públicos condición inevitable de la democracia real (visión sistemática y analítica)*”, (pág. 238) donde hace un estudio comparado e estos órganos en varios países y una propuesta concreta de mejora del sistema de control externo. Libro editado por la Fundación de Asesores locales, Málaga, 2012.

AYMERICH CANO, Carlos, “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción”, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 138, Julio 2015, Editorial La Ley.

ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón “Empresas vinculadas y límites legales a las prácticas colusorias en la contratación administrativa”, publicado en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 17, Quincena del 15 al 29 de septiembre de 2015, pág. 1909, Editorial Wolters Kluwer.

ARIAS RODRÍGUEZ Antonio, en su blog fiscalizacion.es

“Las bajadas anormales o desproporcionadas”, 2013/05/04/.

“Sobrecostes, corrupción y control”, en su blog fiscalización.es, entrada de 2014/02/04/

Ayuntamientos-sostenibles, 2015/07/01/

Consideraciones sobre el modelo de control externo del gasto público en España, 2015/07/06/

“Reforzando el control interno de la administración local 2015/10/21/

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, en «Propiedad, libertad y empresa» de la obra colectiva “*La empresa en la Constitución española*”, Edito. Aranzadi, Pamplona, 1989,

ARROYO JIMENEZ, Luis, en la reseña al libro “*Los principios generales en la contratación administrativa*”, Editorial Bomarzo 2006; RAP nº 172/2007

AYUSO GARCÍA, Mónica, “El Portal de Transparencia en los Ayuntamientos”. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 10, quincena del 30 mayo al 14 junio de 2015, pág. 1262, Ed. La Ley.

BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia “Condena al Reino de España por no haber extendido el sistema de recursos a las empresas públicas y por la necesidad de interponer recurso para que se puedan adoptar medidas cautelares”, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Nº 17/2003,

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, “Manual de Administración Local” Editorial Comares, 2005.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manuel, en el “Manual de Gestión de los Servicios Públicos Locales”, Edit. El Consultor, 2005.

BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel,

“La adjudicación de los contratos públicos en el sector público”, Revista de Administración Pública nº 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009.

“La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas”, Revista de Administración Pública, nº 180, septiembre-diciembre 2009

“*La adjudicación de los contratos públicos en el sector público*”. Editorial Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010.

“Comentario a La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de La Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa”, Justicia Administrativa, núm. 50, 2011,

BELTRÁN GÓMEZ, Isabel, “La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas”. Revista de Estudios Locales CUNAL, número extraordinario, agosto 2013,

BERNAL BLAY. Miguel Ángel,

“Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”. Fundación Democracia y Gobierno Local Cuadernos de Derecho Local (QDL); núm. 26, junio de 2011.

“El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”; Revista Española de Derecho Administrativo 160. Octubre – Diciembre 2013 Civitas

BLANCO LÓPEZ, Francisco,

“Transparencia y Motivación de la Adjudicación”, publicado en el blog del ObCP el 9 de febrero de 2015.

“El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal”, en Contratación Administrativa Práctica, Núm. 116, Sección Reflexiones, febrero 2012, pág. 30, Editorial La Ley

“Contrato menor con tres ofertas”, ObCP entrada de 16/12/201.

BRECHT Bertolt: poemas y canciones, Alianza Editorial, Madrid 1999.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, en su blog andresbetancor.blogspot.com.es
“Diez tesis sobre corrupción” 5/11/2014
“Corrupción y contratación pública”, 3/12/2014.
“Mecánica de la Corrupción” 5/12/2014

BRIOSCHI, Carlo A., “*Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días*”, Editorial Taurus 2010.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa, “*Guía práctica Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*”. Editado por la FRMP de Castilla La Mancha, 2010.

BUDRÍA ESCUDERO, Ana, “La Acreditación de la solvencia por medios externos”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº especial agosto 2013

CABRERA PADRÓN, Carlos, “Comentarios sobre la regulación de la modificación contractual contenida en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, Diario La Ley, Nº 8458, 14 de Enero de 2015, Ed. La Ley.

CANDELA TALAVERO, José Enrique
“La transparencia y el contrato menor”. ObCP, <http://www.obcp.es/> entrada de 02/06/2014
“*La Posición de la Administración en la Contratación Pública*”. Editado por Grupo Fundacion Asesores Locales, Málaga, 2015.

CAÑO GÓMEZ, Manuel, “La contratación pública, la tecnología y la interoperatividad: los puntos ciegos”, publicado el 23/06/2015 3 en su blog www.contratacion-publica-electronica.es.

CARBONERO GALLARDO, José Manuel,
“*La adjudicación de los contratos públicos*”, Ed. El Consultor-La Ley, Madrid 2010,
“Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 152, septiembre 2012.
“La Mesa de contratación: reflexiones sobre el presente y propuestas sobre su futuro”. Revista de Estudios Locales CUNAL, número extraordinario, agosto 2013

CASARES MARCOS, Ana Belén, “Equilibrio económico”, en “*Los principios jurídicos de Derecho Administrativo*”, Dir. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, La Ley, Las Rozas, 2010.

CASTELLANO CACHERO, Jaime en “La corrupción en la contratación pública en España es de libro”, publicado el 12 marzo, 2015 en el en el blog de la Fundación ¿hay derecho?

CASTRO ABELLA, Fernando,
“Imputación de altos cargos” Blog de EsPúblico, publicado el 14/04/15
“Departamento de contratación”, blog de EsPublico, 01/06/2015

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí “*El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*”; editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Zizur Menor (Navarra) 2014,

CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, “Comparando percepciones en la contratación pública” <http://agendapublica.es/comparando-percepciones-en-la-contratacion-publica/>

COLAS TENA, Jesús,

“La reforma de la legislación de contratos del sector público en La Ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, en la revista Derecho Local, El Derecho, editorial Grupo Francis Lefebvre 01.06.2011.

“La reforma de la legislación de contratos del sector público en La Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012.

“El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días”, en el libro “*Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local*”, coordinado por Valentín MERINO ESTRADA y Enrique ORDUÑA REBOLLO. Editado por COSITAL Madrid 2012.

El acta de la mesa de contratación. Observatorio de la Contratación Pública, abril de 2012.

“La problemática de las bajas anormales o desproporcionadas”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, mayo de 2014.

CHAVES GARCÍA José Ramón, en su blog <http://contencioso.es>,

“los consultores jurídicos externos de la administración: un modelo para desarmar”. /2009/05/13

“La fórmula de la corrupción y su antídoto” 2011/02/05/

“De la débil protección jurídica de la documentación de los licitadores”, 2013/01/19

“De la escurridiza motivación de calificaciones de oposiciones 2”, 2015/04/06.

“Hacia el infinito y más allá del control de la discrecionalidad en oposiciones y concursos”. 2015/06/07/

“De cazatalentos y de talentos para cazar”, 2015/05/22/

“Emergencia de las Universidades ante el conflicto entre protección de datos y transparencia” 05/06/2015,

CHICANO JÁVEA, José Fernando, “Transparencia y control interno”, en el libro “*Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local*”, coordinado por Valentín MERINO ESTRADA y Enrique ORDUÑA REBOLLO. COSITAL Madrid 2012.

CHOMSKY, Noam, las “10 principales estrategias de manipulación mediática”, formuladas en términos similares en 2002 por Sylvain TIMSIT en http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/sociopol_mediacontrol76.htm

CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, en el artículo “Comparando percepciones en la contratación pública”. <http://agendapublica.es/comparando-percepciones-en-la-contratacion-publica/>.

COLON de CARBAJAL FIBLA, Borja

“derecho de la competencia y contratos públicos: medidas de lucha contra las prácticas ilícitas en el libre mercado”, blog <http://borjacolon.blogspot.com.es/> entrada del 2012/11/26

“El contrato de colaboración público privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada”, en la obra colectiva dirigida por J. M. GIMENO FELIU y coordinada por M. A. BERNAL BLAY “*Observatorio de los contratos Públicos 2013*”, Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, 2014.

CUADRADO ZULOAGA, Daniel, “La figura del responsable del contrato en la ejecución de obras públicas”, *Actualidad administrativa*, Nº 3, 2009.

DACA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “*Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*”, Edit. La Ley-El Consultor, 2010

DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “La anonimización y el tratamiento de datos de carácter personal”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, quincena del 15 al 29 Jun. 2014, , Editorial La Ley.

DEL PIAZZO, Carlos E. “Transparencia en la contratación administrativa”, en “*Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*”, FCU, 1 edición, abril 2005.

DIEZ y GARCÍA CONCELLO, Miguel, “El delito de Cohecho. El delito de tráfico de influencias. Delitos contra la Administración Pública”. Editorial Asúa Batarrita Adela 1997.

DIEZ SASTRE, Silvia:

“El recurso especial en materia de contratación pública” *Anuario de Derecho Municipal*, nº 5, 2012,

Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad (dir.) Ed. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), Marzo 2015

DOMINGUEZ MACAYA, Jaime, y YÁÑEZ SÁNCHEZ “Contratación electrónica: transparencia, legalidad, ahorro... y muchas resistencias”, en “*Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento*”, el libro colectivo, coord. por Víctor ALMONACID LAMELAS, cap. 4. Ed. El Consultor-La Ley, oct. 2013.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, Rafael, “Código anotado de Contratación Pública, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2011.

cap. 4 “Contratación electrónica: transparencia, legalidad, ahorro... y muchas resistencias”

ESCOLAR GARCÍA, Ignacio.

“La España del naufragio”, <http://www.eldiario.es/escolar/> 2015/03/04

“España y los trenes perdidos”, en <http://www.eldiario.es/escolar/2013/05/18>,
“El AVE a ninguna parte”, <http://www.eldiario.es/escolar2014/05/08>

ESCRIHUELA MORALES, F. Javier:

“Criterios de adjudicación medioambientales en la contratación del sector público”. Contratación Administrativa Práctica, Nº 134, Noviembre 2014, Ed. La Ley. “La contratación del sector público y la corrupción”, revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 135, Enero 2015, Ed. La Ley.

ESTÉVEZ TORRES, Anxelo, “Guía para la utilización del procedimiento negociado en ayuntamientos pequeños y medianos”. El Consultor de los Ayuntamientos, quincena del 30 de enero al 14 de febrero 2015, pág. 157, tomo 1, Editorial La Ley.

ETXEBARRIA ASTEINZA, Lucía, “Rajoy es tonto y analfabeto”, en el blog <http://blogs.deia.com/rincondelproteston/> entrada del 20/01/2013

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, y VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, en “La contratación pública a debate: presente y futuro”, directores, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2014.

FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José, y CASTRO PASCUAL, José María, e “La gestión integrada de proyectos y la nueva ley de contratos del sector público”, Revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial, editada por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía -Nº 7 (III/2008) 2008-09-25-.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, “Los procedimientos de provisión de puestos de trabajo: profesionalidad y objetividad versus clientelismo y corrupción”, Actualidad Administrativa, Nº 7-8, de 1 de Julio a 31 de Agosto, Ed. La Ley.

FUERTES LÓPEZ, Javier, “Sobre el delito de prevaricación: requisitos, formas y elementos para su determinación en la contratación pública”. Revista CUNAL 11 Septiembre 2014.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes,

“La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)”, Revista de Administración Pública. nº 175, septiembre-diciembre 2014

“Momento para depurar responsabilidades”. Artículo publicado en el Observatorio de la Contratación Pública el 3 de junio de 2013

“Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios). Capítulo V del libro “*Observatorio de Contratos Públicos 2012*”, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013,

¿Reformamos los reformados?, publicado en el blog de EsPúblico, el 11/02/13. <http://administracionpublica.com/los-reformados/>.

“De nuevo sobre los contratos domésticos”. Blog de EsPúblico 05/08/13. <http://administracionpublica.com/contratos-domesticos/>

“Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?”, Marcial Pons, 2014.

“La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)”, Revista de Administración Pública. nº 175, septiembre-diciembre 2014,
“Expertos independientes y criterios de valoración en la contratación pública” blog de EsPublico, entrada del 15/04/15,

FUEYO BROS, Manuel,

“Criterios objetivos de adjudicación versus objetivos de los criterios de adjudicación” El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 15, 2009, Editorial La Ley,

“Análisis práctico del control de los criterios de adjudicación”, Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº especial agosto 2013, págs. 207 a 234.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel

“Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública”, Contratación Administrativa Práctica, Nº 75, Editorial La Ley, mayo 2008,
“Contratos administrativos especiales”, revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 100, Septiembre 2010.

“¿qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, publicado en la Revista Contratación Administrativa Práctica, nº 110, julio 2011, Editorial La Ley

“Criterios de Valoración de las ofertas, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, nº 119, mayo 2012,

“*Contratos del sector público local*”, obra colectiva, Comentarios a los artículos 22 y 50 del El Consultor-La Ley, 3ª edición, 2013.

“El procedimiento negociado: cuestiones procedimentales”, publicado en Contratación Administrativa Práctica, Nº 131, Sección Informe de Jurisprudencia, Mayo 2014, Ed. La Ley.

“Contratos de objeto múltiple”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 136, Marzo 2015, Editorial La Ley.

“De nuevo, sobre la integración de la solvencia con medios externos”; revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 139, Septiembre 2015, Editorial La Ley

GARCÍA AMADO, Juan Antonio “¿Impunidad vs. garantías? O de cómo sancionar la corrupción política y administrativa”, publicado el 10 de julio de 2014 en su blog Dura lex

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vía administrativa”, Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí, (coord. Gómez-Ferrer Morant, Rafael), Ed. Civitas, Madrid, 1989,

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo” Tomo, I, Editorial Civitas-Thomson Reuters 2011, 9ª edición,

GARCÍA ESPINAR, Javier, “Relación entre Corrupción y Derechos Humanos”, : Blog <http://www.derechoshumanos.net/>

GARCÍA MACHO, Ricardo, ponencia en el IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, febrero de 2011, accesible en: <http://www.aepda.es/>

GARCÍA MEILLÁN, Juan Carlos, “Canarias, en el Limbo de la Contratación Pública y el de la Transparencia”, 15/09/2015. <http://mymabogados.com/>

GARICANO GABILONDO, Luis, “Acabar con la corrupción, un imperativo económico, no solo ético”, artículo publicado en el periódico El País el 19 de abril de 2015.

GARZÓN REAL, Baltasar “*El Fango, cuarenta años de corrupción en España*”. Editorial Debate, 1ª edición, Madrid, abril de 2015

GIMENO FELIU, José María

“*El control de la contratación pública. (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*”, Civitas, Madrid, 1995.

“*La nueva contratación pública europea y su influencia en la legislación española*”, Edit. Civitas, 2006,

“La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, Reda, REDA 147, 2010.

“Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 156, octubre-diciembre 2012.

“*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*”. Colección Estudios. Editorial Thomson-Reuters, Universidad de Zaragoza, 2014.

“Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, publicado en la Revista española de Derecho Administrativo num. 159/2013, Editorial Civitas-Aranzadi.

“La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción”, blog ObCP entrada del 4/2/2013.

“La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013, publicado en la web del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

“Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios: la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado”. Revista de estudios locales, Cunal, editada por COSITAL, N° 164, 2013,

“Transparencia activa y acceso a la información en la contratación pública: posibilidades y límites actuales”, conferencia impartida en la Jornadas sobre transparencia en la contratación pública organizada por la Oficina Antifraude de Cataluña, el 13 de octubre de 2013.

“Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, ponencia V Seminario de contratación pública, Formigal; ObCP entrada del 12/11/2014.

“La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetros”. Web ObCP, entrada de 06/01/014.

La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”. Artículo publicado en el ObCP el 12/05/2014.

GIMERÁNS RUBIO, Juan Manuel, “La colaboración público-privada como estrategia para la sostenibilidad de las funciones y servicios locales”, la Revista Internacional de Administración Pública X, 2012, pág. 105. Editada por el Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Méjico

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública: a propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”. Diario La Ley, Nº 8423, 2014.

GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos, “*Los Concursos de Proyectos con intervención de Jurado*”, Editorial Montecorvo, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier. “la cesión ilegal de trabajadores”, Ed. Fundación Confemetal, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (pamplona), 2006, Pág. 81

GONZÁLEZ PUEYO, Jesús María, comentarios a los artículos 162 a 167 en el Libro colectivo “Contratación del Sector Público Local”, Ed. El Consultor-La Ley, 3ª edición, julio 2013.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago., “*El Derecho Administrativo Europeo*”, IAAP, Sevilla, 2005

GRAJAL CABALLERO, Inmaculada, “Diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, de en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, n.º 20, Quincena 30 Oct.-14 Nov. 2009, Ref. 2955/2009, pág. 2955, tomo 3.

HERNÁEZ SALGUERO, Elena, “Un año de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, web del ObCP el 02/07/2012

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M., “Modificación de los contratos del sector público” Actualidad Administrativa, Nº 5, Mayo 2015, Ed. La Ley

IGLESIAS RIO, Miguel Ángel, y MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, Revista Penal La Ley, Número 14, julio 2004.

JAREÑO LEAL, Ángeles, “*Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*”, editorial Iustel, Madrid, 2011

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, en el blog <http://www.estudiconsultoria.com/>,

“La "otra" transparencia: el derecho de acceso a la información pública”, 20/10/2014.

“Códigos de conducta e integridad institucional. Un eje central de la política futura”, 28/07/2015

JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de *legeferenda* para una nueva cultura de integridad”, publicado en la revista Actualidad Administrativa, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, Ed. La Ley.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “Las elecciones del 24 de Mayo y la lucha contra la corrupción en los ayuntamientos”, publicado en el blog Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Murcia el 5 de mayo de 2015 del en <http://www.idluam.org/blog/?p=278>

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, GARCÍA QUESADA, Mónica, y VILLORIA MENDIETA, Manuel, . “Corrupción en el Paraíso: el desconcertante caso de Lanzarote (Islas Canarias, España)”, Revista Práctica Urbanística, Nº 134, Sección Estudios, Mayo 2015, Editorial La Ley.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “*Esto funciona así: Anatomía de la corrupción en España*”, Febrero 2012. Publicado en <http://www.letraslibres.com/revista/>

KLITGAARD, Robert, “contra la corrupción Finanzas & Desarrollo / Junio de 2000, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2000/06/pdf/klitgaar.pdf>

LAPORTA SAN MIGUEL Francisco J., y ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, “*La corrupción política*”, editorial Alianza, Madrid 1997.

LAZO VITORIA, Ximena, “Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las Directivas de contratación pública”, en el libro colectivo, dirigido por José María Gimeno Feliu “*Las nuevas Directivas de Contratación Pública*”, Aranzadi Thomson Reiteres, Cizur Menor (Pamplona) 2015.

“La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”, publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 27/01/2014

LESMES SERRANO, Carlos, conferencia titulada "Transparencia y Poder Judicial", pronunciada en el Parlamento de Canarias el 25 de septiembre de 2014.

LINARES CERVERA, Pedro, “Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, revista Contratación Administrativa Práctica, nº 82, enero 2009.

LÓPEZ GARCÍA, Casimiro, “Ámbito, posibilidades, conveniencia y efectos de la cláusula penal en la contratación pública”, Revista Cunal nº 84 de junio de 2005

MADARIAGA VENEGAS, Alejandro Fernando, Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública blog ObCP. <http://www.obcp.es/21/10/2013>

MALEM SEÑA, Jorge F, en el libro *“La corrupción y sus aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”*, Editorial: Gedisa, Barcelona 2002.

MARTÍN PASTOR, José, “La suspensión provisional en el ejercicio del cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción”. Diario La Ley, Nº 8462, 20 de Enero de 2015, Ed. La Ley.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000,

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel

“Límites a la “huida del derecho administrativo” a través de entidades instrumentales”, artículo publicado por la Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 37, abril 2000,

“Las modificaciones contractuales La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP”, publicado en la revista El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 3, Feb. 2001,

“Ejecución de los planes de ajuste y contratación pública”, coord., El Consultor, nº 11-12 junio 2012.,

“Prohibición-incompatibilidad para contratar con el sector público de empresas participadas o dirigidas por cargos corporativos”, revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 23, del 15 al 29 Dic. 2012, Ref. 2640/2012, Ed. La Ley.

“*Contratos del sector público local*”, Comentario a los artículo 11, 109, 115, 132 del TRLCSP”, en Edit. El Consultor-La Ley, 3ª edición, 2013

“Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de «cesión ilegal de trabajadores» en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 6, Abril 2013, Ed. La Ley

“Disposiciones sobre contratación pública dictadas en el año 2013”, El Consultor de 1 de marzo de 2014.

“Objetivos, problemas y posibles soluciones de las últimas modificaciones de la normativa de contratos”, Revista de Estudios Locales CUNAL. Edición digital. Nº 170, julio 2014.

“Las nuevas Directivas sobre contratación pública. Apuntes sobre su aplicación directa y para su transposición”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 8, quincena del 30 de abril al 14 de mayo 2014, Editorial La Ley.

“Medidas de fomento del acceso a PYMES a la Contratación Pública”, publicado en el Observatorio de la Contratación Pública el 5/06/2014.

“Compra Pública Innovadora en la Contratación del Sector Público Local”, publicado en el Observatorio de la Contratación Pública el 16/06/ 2014.

“Concomitancias del derecho laboral con el derecho de contratación pública”, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados nº 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2015, Ed. La Ley.

“Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación”, ObCP 22/06/2015.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, y FERNÁNDEZ GARCÍA, Amaya, El recurso especial en materia de contratación regulado en La Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente incluida en La Ley 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF)”, REALA, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nos 315-316, enero-agosto 2011

MAURA y MONTANER, Antonio. *Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local (textos y estudios)*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1954.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa

“Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”. Diario La Ley, nº 7382, 16 de abril de 2010, Editorial La Ley.

“Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, en el libro colectivo “*Observatorio de los contratos públicos 2013*”, Editado por Arazadi-Thomson Reuters y la Universidad de Zaragoza, 2014.

“Instrumentos Jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en el libro “La contratación pública a debate: presente y futuro”, dirigido por Rafael Fernández Acevedo y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia,, Editorial Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, y IGLESIAS RIO, Miguel Ángel “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, Revista Penal La Ley, Número 14, julio 2004.

MERINO ESTRADA, Valentín, “La profesionalización de los empleados públicos municipales ¿doscientos años de ida y vuelta? en “*Secretarios, Interventores y Tesoreros de las Administración local*”, coordinado y dirigido por este mismo autor. Editado por COSITAL, Madrid 2012,

“Los nombramientos de Habilitados Nacionales: ¿mérito, discrecionalidad o arbitrariedad”, artículo publicado en la Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº 181, de junio 2015

MERINO ESTRADA, Valentín y RIVERO ORTEGA, Ricardo “Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal”, CEMCI, Granada, 2011.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco,

“La contratación con la Administración Pública: La solvencia económica, financiera y técnica como requisito previo”, publicado el 26/9/2012 <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/>

“Servicios Públicos y Contratación Local” en “*Tratado de Derecho Municipal*”, cap. VII dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO, Ed. Iustel 2011

MINGUILLÓN ROY, Antonio: “Las ICEX deben ser implacables en la lucha contra el fraude, en la Revista de Auditoría pública: <http://auditoriapublica.com/auditoria>.

MOREL OCAÑA Luis, *"El sistema de la confianza política en la Administración Pública"*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

MORENO MOLINA, José Antonio,
"Los principios generales de la contratación administrativa", Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.

"Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público", publicado en la Revista Jurídica de Navarra. Enero-Junio 2008, Nº 45.

"Recursos contra la adjudicación el contrato. Condena a España", *Contratación Administrativa Práctica* Nº 76, 2008

La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, La Ley, Madrid, 2010,

MORENO MOLINA, José Antonio, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *"La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático"*. Editorial Le Ley. 3ª Edición 2011.

MORENO MARROIG, Teresa, "¿Necesidades de cambio en la ciencia jurídico-administrativa?", en el Blog esPublico.es, 25 de febrero de 2013.

MUÑOZ CUESTA, Javier, "Tratado de Responsabilidades Penales en la Administración Local", coord. Editado por el Consejo General de COSITAL, junio 2015.

MUÑOZ LÓPEZ, Enrique, Libro colectivo "Contratación del Sector Público Local", comentario del artículo 202. Ed. El Consultor-La Ley, 2ª edición, julio 2010.

MUÑOZ MOLINA, Antonio,
"Todo lo que era sólido". Editorial Seix Barral, Barcelona, 2013,
"La corrupción y el mérito", periódico El País, 9 de noviembre de 2014.

NIETO GARCÍA, Alejandro
"la Corrupción en la España democrática", Editorial Ariel, Barcelona 1997
"El desgobierno judicial", Ed. Trotta, Madrid (2005).
"El desgobierno de lo público", Ed. Ariel, Barcelona, 2008,
El malestar de los jueces y el modelo judicial", Ed. Trotta, Madrid, 2010,

NOGUERA DE LA MUELA Belén,
"El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE. Publicado en Noticias de la Unión Europea Año 2009, Número 298
"Los encargos *in house* en La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente Jurisprudencia Comunitaria". Diario de Derecho Municipal IUSTEL 19 y 20 /12/2011.

NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la; GOMÁ LANZÓN, Fernando; GOMÁ LANZÓN, Ignacio RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando; y TENA ARREGUI, Rodrigo, “*Sansón Carrasco ¿Hay Derecho?*”, Ediciones Península, 2014.

Blog de la Fundación ¿Hay Derecho? ha publicado un comentario el 20/12/2014 bajo el título

NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la, “Por fin entra en vigor la ley de Transparencia y Buen Gobierno pero ¿van a cambiar las cosas?”, Blog de la Fundación ¿Hay Derecho?, el 20/12/2014,

NÚÑEZ MUNAIZ, Rodrigo, “Comentarios al texto refundido de La Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, Ed. Dykinson, Madrid 2004.

ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar, y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “Sucesión de empresa y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública” CUNAL n^o extraordinario septiembre 2013, págs. 409 a 438, trabajo

ORTEGA JIMÉNEZ, Pilar

“*Contratos del sector público local*”, obra colectiva, Comentarios a los artículos 210, 212, 221 del TRLCSP. Ed. El Consultor-La Ley, 3^a edición, 2013.

ORTIZ DE ZARATE TERCERO, Alberto, "Apertura de datos públicos: 'Open Government' Data vs. Open 'Government Data'". Artículo publicado el 24/12/2014, en:

<http://www.novagob.org/blog/view/111585/apertura-de-datos-publicos-%E2%80%98open-government%E2%80%99-data-vs-open-%E2%80%98government-data%E2%80%99>

Papa Francisco, Jorge Mario BERGOGLIO en un discurso pronunciado en Asunción, Paraguay, el día 12 de julio de 2015.

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/12/actualidad/1436660612_788068.html

Papa Juan Pablo II, Karol WOJTYŁA, Encíclica *Veritatis Splendor* de 6 de agosto de 1993. http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “*Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*”, Ed. Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1963,

PÉREZ GALDÓS, Benito Episodios Nacionales: "La fe nacional y otros escritos" (1912). Editado por Rey Lear editores. El texto pertenece al Episodio Nacional "Cánovas". Episodio 46 – Cánovas (1912)

PÉREZ PÉREZ, José Alberto, “Implicaciones de la transparencia en el ámbito de la contabilidad pública y del control interno”, la Revista Presupuesto y Gasto Público n^o 38/2005, Ed. Instituto de Estudios Fiscales

PERNAS GARCÍA, Juan José, “*Contratación pública verde*”, La Ley, 2011

PIÑAR MAÑAS, José Lui,: “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Cuadernos de derecho público, Nº 19-20, 2003;

“El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Cuadernos de derecho público, Nº 19-20, 2003; “Administración electrónica y protección de datos personales”, publicado en Revista Xuridica da Universidade Santiago de Compostela, Extra 1, 2011

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, “El delito de prevaricación en la contratación pública”. Contratación Administrativa Práctica, Nº 135, Enero 2015, Editorial La Ley.

PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “El equilibrio económico de los contratos públicos, del libro Observatorio de Contratos Públicos 2011 coord. Miguel Ángel Bernal Blay; dir. José María Gimeno Feliú, Ed. Cívitas 2012.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “La perspectiva Social en el marco de la colaboración público-privada. Especial referencia a la contratación del sector público”, en el “*Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*”, Libro Colección de Estudios del consejo Económico y Social de Castilla y León, (Premio 2010), Valladolid, 2011

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, Revista española de derecho administrativo, Nº 131, 2006,

RAMIÓ MATAS, Carles, “Balance del impacto de las crisis económica, política, social e institucional sobre las administraciones públicas en España 2011-2013: Diagnóstico y propuestas”, GIGAPP Estudios/Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. 7/10/2013.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", publicado en la Revista de Administración Pública, número 196, Enero/Abril 2015.

RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María,
“La Ley de contratos del Sector público: Balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para las Entidades locales”, Revista de Administración Pública 186/ 2011, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*”, Ed. Iustel, Madrid, 2013

RIVERO ORTEGA, Ricardo:

“*La necesaria innovación en las instituciones administrativas organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*”, editado por el INAP, Madrid, 2012

“Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”, en *“La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar”*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RIERA LÓPEZ, Marta, “Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo”, revista de Auditoría Pública, editada por los Órganos Autonómicos de Control Externo.

RIVERO ORTEGA, Ricardo y MERINO ESTRADA, Valentín, “Gestionar mejor, gastar menos: una guía para la sostenibilidad municipal”, CEMCI, Granada, 2011.

RIDAO MARTÍN, Joan, “La transparencia y el control económico-financiero de los partidos políticos en España. Entre un balance decepcionante y un futuro sombrío”, publicado en el Nº 7, junio 2014, de los Cuadernos Manuel Giménez Abad.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, en el libro *“Ética Institucional. Mercado “Versus” Función Pública”*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996,

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *“El fenòmenen de la successió empresarial en l’administració pública: contingut i conseqüències de l’aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l’Estat dels Treballadors”*, Ed. Federació de Municipis de Catalunya, Bacerlona 2010.

“Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, Revista Jurídica de Castilla y Leon nº 3, monográfico sobre los “Despidos en el Sector Público”, septiembre de 2015, coordinado por esta profesora.

ROMAR VILLAR, Juan Carlos, “La integración de la clasificación del licitador con la de su subcontratista”, publicado en el ObCP el 17/11/2014.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, Alfonso,
“Formas de adjudicación de los contratos”, en la obra colectiva *“Estudios sobre la contratación de las Administraciones Públicas”*, Ed. CEMCI, Granada, 1996.
“La nomenclatura CPV. Los códigos del CPV proporcionan información y simplifican el procedimiento de contratación”. ObCP el 14/01/2013

SAINZ MORENO, Fernando, *“Principios éticos y ejercicio de la función pública”*, Universidad Complutense de Madrid, 1998

SAN MARTÍN MORA, María Asunción,
“La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011 “La transparencia en la contratación Pública, nuevas perspectivas”, publicado en la Revista Contratación Administrativa Práctica, Nº. 129, 2014, págs. 36-42, Edit. La Ley.
“Contratación abierta, ¿qué es?”, publicado el 21 de abril de 2014 en el ObCP.

SÁNCHEZ GIL, Isabel, traducción del informe “Integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la “A” a la “Z” publicada por el INAP en el año 2009

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La participación del ciudadano en la Administración pública”, CEC, Madrid, 1980

SANTAMÍA PASTOR, Juan Alfonso, “*Fundamentos del Derecho Administrativo*” Ed. Ceura, Madrid, 1988, reeditado actualizado por Iustel, Madrid 2015.

SEGADO ÁLVAREZ, Francisca, y MESEGUER YEBRA, Joaquín, “Actuación preventiva en materia de cesión ilegal de trabajadores”, INAP, 2014.

SOSA WAGNER, Francisco,
“*La Gestión de los Servicios Públicos Locales*”. Ed. Thomson-Cívitas. 7ª edición Madrid 2008
“Pasión privatizadora”, blog de EsPublico, en una entrada del día 30/09/2013.
“*Memorias europeas. Mi traición a UPyD*”, Ed. Funambulista, Madrid 2015.
“Ciudades inteligentes y palabrería tecnocrática”, blog EsPúblico.es., entrada del 06/04/2015

SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes,
“Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación in house)”. Revista La Ley año XXVIII. Número 6715. Jueves, 17 de mayo de 2007.
“*La bancarrota del Estado y Europa como contexto*”, Editorial Marcial Pons 2011.
“*Cartas a un euroescéptico*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013,
“Armas como pleitos”. Diario El Mundo 18 de marzo de 2015.

SOSA WAGNER, Francisco, TOLIVAR ALAS, Leopoldo, QUINTANA LÓPEZ, Tomás, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, y SÁNCHEZ MARÍN, Ramón, “Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Edit. Cedes. Barcelona, 1992

TEJEDOR BIELSA, Julio, “Idoneidad de medios propios, gestión directa por sociedad mercantil y contratación con terceros”, ObCP el 03/02/2014.

TENA RUIZ, Javier,
“El control interno y externo de la gestión económica de las entidades locales”, Madrid, Curso del CC de Madrid, mayo 2013, publicado en la web del Consejo.
“la elección del procedimiento de adjudicación, la publicidad y la transparencia”, ponencia para la Jornada de buenas prácticas en materia de contratación. Particular referencia a la formación de los expedientes”, organizada por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, marzo de 2015, localizable en contratosdelsectorpublico.es

TOLIVAR ALAS, Leopoldo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, Revista de Administración Pública, núm. 176, Madrid, mayo-agosto 2008.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia,
“Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española”, web del ObCP el 1/03/2013

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier,
“Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts”, YUKINS C. y RACCA G (Dtores), Bruylant (Bruxelles), 2004,
“Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra”, Revista Jurídica de Navarra, enero-junio 2008, Nº 45, págs. 149 a 181
“La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y La Ley de Contratos del Sector Público”, publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, nº 143, 2009.
“Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por La Ley de Economía Sostenible”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, de la editorial La Ley, nº 114, diciembre 2011,
“La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”. Entrada del día en el blog ObCP del día 10/12/2012
“La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”. Revista de Estudios Locales, CUNAL, nº especial agosto 2013,
“*La modificación de los contratos públicos*”, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Zizur Menor, Pamplona, 2015,

VILLORIA MENDIETA, Manuel,
“La transparencia en el gobierno local”, publicado el 8 de mayo de 2015 en el blog del Instituto de Derecho Local de la UAM, <http://www.idluam.org/blog/>

VILLORIA MENDIETA, Manuel y ARRIBAS REYES, Esteban, (TI-España) “Elementos para un exitoso pacto de integridad. Llamamiento a la colaboración de Transparencia Internacional – España”. Convocantes: en blog del ObCP del 6 de julio de 2015, <http://www.obcp.es/>

WEBER, Max "*La Política como Vocación*" 1919,

YÁÑEZ SÁNCHEZ, Guillermo,
“Contratación electrónica: transparencia, legalidad, ahorro... y muchas resistencias”, en “Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento”, el libro colectivo, coord. por Víctor Almonacid Lamelas, cap. 4. (con DOMINGUEZ MACAYA, Jaime), Ed. El Consultor-La Ley, octubre 2013.
“Propuesta de mejora en la gestión de los procedimientos negociados”, publicado en la revista Contratación Administrativa Práctica, Nº 127, del 1 Sep. al 31 Oct. 2013, Editorial La Ley.
“Los contratos menores en La Ley de Contratos del Sector Público (III)”, (2009), publicado en su blog <http://administracionpublica.com/>.