



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 19, abril de 2023  
 Sección: ARTÍCULOS  
 Recibido: 28-02-2023  
 Modificado: 20-03-2023  
 Aceptado: 21-03-2023  
 Prepublicado: 31-03-2023  
 Publicado: 26-04-2023  
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11191>  
 Páginas: 82-99

Referencia: Gimeno Feliú, J. M. (2023). Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota litis. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 82-99. <https://doi.org/10.24965/reala.11191>

## Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*<sup>1</sup>

*On the procedure for the procurement of legal services of jurisdictional defense and the possibility of remuneration by means of a litigation fee agreement*

Gimeno Feliú, José María  
 Universidad de Zaragoza (España – Spain)  
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6760-9222>  
[gimenof@unizar.es](mailto:gimenof@unizar.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo. Decano de Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza desde mayo de 2003 a mayo de 2010. Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde 11 de marzo de 2011 a 3 de enero de 2018) y Vocal en representación de la Universidad de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón desde mayo de 2006 a enero de 2017. Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento (desde julio 2015, renovado en noviembre de 2022). Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012. Director de la Cátedra Estrategia e Innovación en contratación pública en el ámbito de la salud, desde junio de 2016 a junio de 2020.

### RESUMEN

El presente trabajo analiza de forma sistemática y detallada el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*. Para ello, en primer lugar, se estudia si los servicios de representación y defensa de las Administraciones Públicas están o no sujetos a las a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Seguidamente, se analizan en profundidad las modalidades de procedimiento de adjudicación que se ajustan mejor a la necesidad de la correcta selección del licitador en estos servicios, particularmente, el procedimiento negociado y el procedimiento abierto. A continuación, se evalúa la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*, para después finalizar el trabajo con la descripción de los principales hallazgos y conclusiones alcanzadas.

### PALABRAS CLAVE

Contratación pública; servicios jurídicos de defensa jurisdiccional; *cuota litis*; Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público; Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza”, Referencia: PID2019-109128RB-C21.

## ABSTRACT

This paper analyses in a systematic and detailed way the procedure for the contracting of legal services of jurisdictional defence and the possibility of remuneration by means of a contingency fee agreement. Accordingly, the paper firstly focuses on whether or not such Public Administration's representation and defence services are subject to the provisions of the Law 9/2017, of November 8th, on Public Sector Contracts. Subsequently, an in-depth analysis is made of the awarding procedure modalities that are best suited to the need for the correct selection of the bidder in these services, particularly, the negotiated procedure and the open procedure. Moreover, the paper evaluates the possibility of using a contingency fee model, and on a last note, the paper sums up a description of the main findings and conclusions reached.

## KEYWORDS

Public procurement; legal services of jurisdictional defense; litigation fee agreement; Law 9/2017, on Public Sector Contracts; Directive 2014/24/UE on public procurement.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE DEFENSA JURÍDICA EN PROCESOS JURISDICCIONALES. 1.1. DE LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN PROCESOS JURISDICCIONALES Y SU VINCULACIÓN AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU EXCLUSIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1.2. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE). 1.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE ARAGÓN EN SU INFORME 1/2023. 1.4. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN DE ESTA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA JURISDICCIONAL. 2.1. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. 2.2. PROCEDIMIENTO ABIERTO. 3. DEL MODELO DE RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE ABOGADOS EN DEFENSA JURISDICCIONAL: LA VIABILIDAD DE UN MODELO DE *CUOTA LITIS*. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es aportar alguna reflexión práctica sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales y la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*. Lo que exigirá una interpretación desde la óptica europea, en tanto la interpretación del Derecho europeo de la contratación pública no es de «elección» por los aplicadores nacionales y donde los conceptos exigen una interpretación uniforme. Obligación de interpretación conforme reafirmada en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo<sup>2</sup>, en donde, en relación a la diferenciación de los distintos tipos de contratos públicos, afirma lo siguiente:

*«tanto el concepto de “contrato público”, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de “concesión”, en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23, son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión»* (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, Auroux y otros C220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C382/05, EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C348/10, EU:C:2011:721, apartado 40) (cursiva nuestra).

<sup>2</sup> [https://obcp.es/sites/default/files/2022-11/Sentencia\\_TJUE\\_de\\_10\\_de\\_noviembre\\_de\\_2022.pdf](https://obcp.es/sites/default/files/2022-11/Sentencia_TJUE_de_10_de_noviembre_de_2022.pdf)

Interpretación conforme al derecho europeo que no es, en modo alguno, un uso alternativo del derecho, sino única solución jurídica posible si se atiende al conocido «efecto útil» del derecho europeo y que, en un sector tan importante como el de la contratación pública guarda directa relación con el principio de seguridad jurídica (Berberoff Ayuda, 2018, pp. 163-200).

Las cuestiones a analizar en este trabajo se circunscriben a lo siguiente:

1. Sujeción, o no, de los servicios de representación y defensa de las Administraciones Públicas, a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), atendiendo a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública (en lo sucesivo, la Directiva);
2. Modalidades de procedimiento de adjudicación que se ajustan mejor a la necesidad de la correcta selección del licitador en estos servicios; y.
3. Posibilidad de utilización del modelo de retribución de *cuota litis* y su conformidad con las exigencias de la LCSP.

La respuesta a estas cuestiones obliga, con carácter previo, a recordar que nos encontramos ante una cuestión que se debe interpretar desde el Derecho Administrativo europeo y sus principios, y donde, como es habitual en todo negocio jurídico, será necesario atender a la causa y fines que han justificado la decisión en cuestión. Y en este supuesto hay que estar a las reglas específicas que la normativa sectorial haya podido prever donde es precisa una interpretación jurídica funcional y no formal, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público, tal y como ya hemos explicado en anteriores trabajos, a los que ahora me remito<sup>3</sup>. La LCSP, por tanto, no puede «leerse» en clave nacional desconociendo (o inaplicando) el Derecho Europeo (que se caracteriza por el principio de primacía)<sup>4</sup>. Interesa, por ello, depurar conceptualmente las fronteras del «contrato público» (y superar la visión del contrato administrativo vinculado a la idea subjetiva de quien contrata) evitando una extensión indebida, que puede comprometer la eficacia administrativa<sup>5</sup>. Sin olvidar que la finalidad del derecho europeo de la contratación pública es favorecer la transparencia y competencia en ciertas prestaciones en tanto existe un mercado. Y que hay actividades, por ello, formalmente excluidas de estas reglas.

## 1. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE DEFENSA JURIDICA EN PROCESOS JURISDICCIONALES

La contratación de servicios de abogado en la defensa de procesos jurisdiccionales es un negocio jurídico que, como se intenta argumentar en este trabajo, no puede ser considerado como contrato público y, por ello, será una prestación donde, en la selección del «contratista», no se aplicarían las exigencias de la LCSP<sup>6</sup>. Y ello tanto por las propias características de este tipo de «servicios», como por la propia regulación europea que de forma nítida ha entendido que no pueden ser considerados contratos públicos. Referiremos cada uno de estos aspectos.

### 1.1. De las características especiales de la profesión de abogado en procesos jurisdiccionales y su vinculación al derecho a la tutela judicial efectiva. Su exclusión de la Directiva de contratación pública

La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (artículo 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprue-

<sup>3</sup> Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti & C. SpA), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid.* al respecto los trabajos de Gimeno Feliú (2022).

<sup>4</sup> El principio de primacía del Derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

<sup>5</sup> *Vid.* Gimeno Feliú (2020b, pp. 19-60).

<sup>6</sup> Este criterio lo ha defendido ya con anterioridad Gimeno Feliú (2019, pp. 133-135).

ba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y lo es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, considera a ésta una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior, tal y como indica el considerando 88: «La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados». Además, resulta incuestionable que la actuación de los abogados en procesos jurisdiccionales se encuentra claramente vincula al derecho a la tutela efectiva (Gutiérrez-Alviz y Conradi, 2012). Como ha recordado el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 103/2018, de 4 de octubre de 2018) el «ejercicio de la abogacía *trasciende los legítimos intereses empresariales protegidos por el derecho a la libertad de empresa* (artículo 38 CE) y *que la regulación legal de algunos aspectos del ejercicio de la profesión de la abogacía y la procura en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3, 24 y 119 CE*», pues, como dice la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, «estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía». Esta idea se reitera en el artículo 1 de dicha ley, que caracteriza a los miembros de la abogacía como «colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad» (cursiva nuestra).

La Directiva ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminando su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división<sup>7</sup>. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedarán sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750.000 euros (artículo 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva, declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos<sup>8</sup>. En su artículo 10 d) afirma que:

«No se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales<sup>9</sup>».

Esto significa que, para el Derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen

<sup>7</sup> Los servicios jurídicos se contemplan en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas. La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría) a los definidos en el artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios.

<sup>8</sup> Que se trata de un negocio excluido se justifica, desde esta óptica del derecho europeo, por el Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>9</sup> Se trata, por lo demás, de un precepto claro e incondicionado, que por sí mismo desplegaría efecto directo, como advirtiera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 14/2016 (sobre régimen jurídico de contratos de asistencia jurídica: efecto directo versus prohibición de efecto directo vertical descendente).

la consideración de contrato público<sup>10</sup>. Y como explica Rubio Beltrán (2019, p. 202), países como Italia, Francia o Alemania han excluido a los servicios jurídicos de «abogado» de la normativa de contratación pública<sup>11</sup>.

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP<sup>12</sup>. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los «informes forenses»)<sup>13</sup>. Y ello por su propia naturaleza y función y porque, resulta indiscutible, que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia<sup>14</sup>.

## 1.2. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

En la interpretación del Derecho europeo de la contratación pública resulta imprescindible atender al criterio que, en su caso, haya fijado el TJUE en tanto ha conformado un auténtico «derecho pretoriano» en esta materia. Pues bien, la argumentación que se acaba de exponer sobre el significado de la Directiva europea de contratación pública en este aspecto, ha sido confirmada en la *Sentencia de 6 de junio de 2019, P. M. y otros contra Ministerraad*, asunto C-264/18 (ECLI:EU:C:2019:472), que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a continuación, TFUE), al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Directiva, excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La Sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los Tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), del ámbito de aplicación de ésta y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica y explica y justifica porque quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el TJUE lo que motiva la exclusión es que los «... servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad». Sigue diciendo la Sentencia que:

«... esa relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse.».

<sup>10</sup> El Considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el artículo 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el Derecho varía en cada Estado miembro, y no es éste un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las Directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

<sup>11</sup> *Vid.* Santamaría Dacal (2015, pp. 1839-1868).

<sup>12</sup> Por ello se viene interpretando que hay que aplicar las previsiones de la LCSP para contratar estos servicios. *Vid.* Del Saz Cordero (2019, pp. 88-96).

<sup>13</sup> En ese mismo sentido se posiciona Rubio Beltrán (2019, p. 202), quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que llevan a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público.

<sup>14</sup> Lo razona muy bien Mesa Vila (2018), quien destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

Y añade que:

«... la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, (...), tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado (...), podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones».

Y continúa concluyendo:

«De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra *d*), incisos *i*) y *ii*), de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.

39. En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra *d*), inciso *v*), de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.

40. De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24».

Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Y, por coherencia, si no es contrato público de servicios, no se puede justificar, desde el ámbito nacional, esa naturaleza. Es más, por el propio efecto útil del Derecho Europeo y carácter «pretoriano» de la jurisprudencia del TJUE habrá que entender (e interpretar la LCSP) que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

### **1.3. La interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 1/2023**

Como se ha explicado, la Junta Consultiva de Contratación Pública ha optado por una interpretación formal de al que infiere que todo contrato de servicios jurídicos, incluso los de abogado en defensa jurisdiccional son contratos públicos sometidos a las previsiones LCSP<sup>15</sup>. Sin embargo, esta interpretación no ha sido la adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que, en su Informe 1/2023, aborda directamente esta cuestión para dar respuesta a la consulta formulada por un municipio. Y, recordando el criterio del órgano consultivo estatal llega a una conclusión diferente en tanto, como se explica, opta por una interpretación de la consulta desde las premisas del derecho europeo de la contratación pública. Afirma así que:

«Es relevante al respecto que el régimen europeo de la contratación pública no pivota sobre el elemento subjetivo –como es la tradición española–, sino sobre el concepto objetivo: la existencia o inexistencia de un contrato público. En este sentido, el criterio fundamental del

<sup>15</sup> Criterio aplicado también en el Informe 5/2022 de 31 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre el régimen jurídico de los contratos que tienen por objeto los servicios jurídicos.

Tribunal de Justicia para determinar la existencia de un poder adjudicador no gravita tanto en el quién, como en la existencia de una relación contractual cuya causa sea un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y con financiación pública, lo que determina la aplicación de los principios inherentes a la contratación pública. Un poder adjudicador que actué en condición de tal deberá aplicar las normas de contratación pública cuando la prestación tenga la consideración de contrato público. Por tanto, es fundamental determinar si un negocio jurídico es un contrato público de conformidad con sus elementos funcionales».

Desde esta premisa –que compartimos– analiza el concepto de contrato público y concluye que la contratación de servicios de abogado para defensa jurisdiccional está excluida de las Directivas de contratación pública y por ende, de la normativa española que la traspone:

«En la Directiva 2014/24/UE determinados servicios jurídicos quedan excluidos de su ámbito material (artículo 10, *d*). Esto debería llevar a la misma solución en la legislación nacional, cuya finalidad es la correcta transposición del Derecho europeo, lo que se refleja en el extenso título de la LCSP al referir expresamente la función de transposición de las directivas de contratación pública y se recuerda expresamente en su exposición de motivos.

Si el legislador español hubiera querido incluir los servicios de defensa jurídica prestados por un abogado en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP, debería haber explicitado y justificado la decisión, pues se trata de negocios que tradicionalmente han sido expresamente excluidos de las Directivas de contratación pública. Nada en el texto ni en la tramitación parlamentaria sugiere tal intención. Ello conduce a interpretar que la LCSP contiene la misma consideración hacia la adquisición de los servicios jurídicos de defensa que la norma europea que se transpone».

Es esta, además, la solución en el derecho comparado europeo donde países como Francia, Alemania o Italia, entre otros, han excluido del ámbito de la contratación pública estas prestaciones.

#### **1.4. La necesaria interpretación de esta cuestión desde la óptica del Derecho europeo de la contratación pública**

La argumentación expuesta, tanto del criterio del TJUE como de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón, resulta determinante. Aunque la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (pero los incluye como no armonizados, copiando la previsión de la Directiva que refiere los negocios excluidos), la argumentación sistemática expuesta que articula de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional nos lleva a la conclusión de que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada tanto al carácter singular de la prestación donde confidencialidad e intelectual conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado (de hecho existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil).

Abunda esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad, que como apunta Mesa Vila (2018), es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación, explica, tiene su apoyo y fundamento jurídico en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

«La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo».

La base de la confianza se configura, de este modo, como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, y cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico.

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 3 de abril de 1990) y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado al no ser posible una «homogeneización de ofertas»<sup>16</sup>. Confianza que se justifica no en una decisión caprichosa pues, como elemento esencial de esta actividad es que nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios y que, aun pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza «personalísima», excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP<sup>17</sup>.

Además, no puede olvidarse que, al igual que sucede con los «informes forenses» (artículo 10 de la Citada Ley de Propiedad Intelectual) en los escritos forenses (demanda, contestación de demanda, etc.) existe un innegable componente «intelectual» y de estrategia procesal que, por sí mismo, hace conveniente que no se apliquen reglas de competencia<sup>18</sup>. En este caso la aplicación del artículo 9 LCSP permite resolver fácilmente el problema interpretativo con las propias previsiones nacionales<sup>19</sup>.

Por todo lo expuesto, y se nos tenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, que nos indica que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», *puede argumentarse de forma suficiente que este tipo de prestaciones no debe conceptuarse como contrato público*. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal, de las Directivas europeas sobre esta cuestión, tal y como ha advertido el TJUE, de forma que es evidente que los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional no tienen la consideración de contrato público. La interpretación literal viene, en este caso, reforzada por la interpretación sistemática. El ordenamiento jurídico-administrativo constituye un sistema organizado de normas donde existen principios que garantizan el funcionamiento coherente ante un eventual conflicto entre normas. Y entre ellas, en una materia de Derecho Europeo (con finalidad armonizadora, no se olvide) deben resolverse las dudas interpretativas preservando el efecto útil del derecho europeo y de sus conceptos. De forma que, una actividad que desde la lógica europea no tiene consideración de contrato público no la puede tener en la norma nacional. Y para extender las reglas procedimentales a escala nacional –lo que sería discutible– hará falta previsión expresa (con justificación) de tal decisión. Y esto no sucede con la regulación de los servicios jurídicos de defensa en la LCSP (y no se puede dar como algo «implícito», como pretende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el referido Informe 4/2019).

<sup>16</sup> Gimeno Feliú (2020b, pp. 49-53).

<sup>17</sup> Debe advertirse, como ha destacado Menéndez Sebastián (2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, al incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996 «Consulta sobre diversos tipos de contratos», de la JCCA del Estado ya había informado que: «Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual».

<sup>18</sup> Puede citarse la Sentencia núm. 107/2017 de 2 Marzo de 2017 (Rec. 503/2016) de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, que reconoce derechos de autor sobre escritos forenses argumentando sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual: «los escritos profesionales de abogados encajan en el concepto amplio de “informes forenses” (que sirve para dar cobertura también a los informes forenses orales realizados durante el acto del juicio por abogados y fiscales) o en el más amplio todavía de “escritos”. En todo caso, al tratarse de una lista abierta, no habría problema en calificarlos como obras literarias o incluso científicas (pues no puede descartarse la consideración de la abogacía como una ciencia en tanto que despliega conceptos y métodos técnico-jurídicos). Obra literaria es cualquier creación que se represente por medio del lenguaje escrito, independientemente del formato, englobando diversos subtipos o subgéneros (novelístico, poético, periodístico, etc.), y, así las cosas, parece que un escrito profesional puede entrar en esta categoría».

<sup>19</sup> Sobre el funcionamiento de la previsión del artículo 9 LCSP en relación con la propiedad intelectual me remito a Gimeno Feliú (2018c, pp. 21-44).

*Parece claro, desde la óptica interpretativa del derecho europeo, que estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales no serían contratos públicos (concepto europeo no disponible) y estarían excluidas de la LCSP tanto desde la lógica gramatical como sistemática y teleológica (esta Ley tiene por finalidad expresa la transposición de las Directivas de contratación pública, cuyo objeto se comporta, pues, como límite). Avala esta redacción la previsión del Real Decreto Ley 3/2020, al realizar la transposición de la Directiva de contratación en los denominados sectores especiales, al considerar como negocio excluido, en su artículo 20:*

«c) Alguno de los siguientes servicios jurídicos:

1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público».

Si este negocio se encuentra excluido por transposición del Derecho Europeo en esta norma, la misma respuesta, en tanto se trata de la misma previsión en las Directivas «clásicas» de contratación pública, debe operar, teleológica y sistemáticamente, en la LCSP. Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como todo contrato vinculado a la propiedad incorporal, contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor<sup>20</sup>. Esto significa que no hay límite temporal del contrato que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP) ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución deberá figurar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en tanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y (aun de forma sucinta) los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar<sup>21</sup>.

Esta interpretación de negocio excluido se contiene, por lo demás, en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra, cuyo artículo 7.1, referido a negocios jurídicos excluidos, indica:

«l) Los siguientes servicios jurídicos:

1.º Representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

<sup>20</sup> Este criterio lo ha defendido Gimeno Feliú (2018a, pp. 310-348) al analizar los contratos de producción televisiva.

<sup>21</sup> Ni siquiera resultaría de aplicación el artículo 168 LCSP, que habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando «las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial». El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

2.º Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE».

Puede concluirse que si el legislador hubiera querido incluir los servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP debería haber explicitado y justificado tal decisión, al ser negocios expresamente excluidos por las Directivas de contratación pública. Nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, como bien recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su citado Informe 1/2023. En definitiva, es necesario superar una interpretación formal, alejada de la funcionalidad práctica, para hacer una relectura en clave europea de los conceptos y reglas del derecho de la contratación excluyendo de su aplicación aquellas prestaciones que el legislador europeo ha entendido que no son contratos públicos, tal y como sucede en los servicios jurídicos que presta un abogado en procesos jurisdiccionales donde prevalece la idea de la mejor tutela judicial efectiva y de la elección *intuitu personae* frente a la de la competencia.

## 2. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA JURISDICCIONAL

Como se ha explicado, se trataría de un negocio excluido y existiría gran flexibilidad para la contratación del mismo no siendo de aplicación las previsiones de la LCSP en relación al procedimiento y régimen jurídico del contrato (aunque sí lo serían las reglas obre conflictos de intereses y debería justificarse de forma suficiente la elección y la forma de remuneración del profesional escogido). Sin embargo, si se pretendiera la utilización de algún procedimiento de contratación pública para la selección (por generar, por ejemplo, una mayor transparencia), podrían utilizarse alguna de las opciones contenidas en la LCSP que permitirían utilizar tanto un procedimiento abierto, como un procedimiento restringido, como un procedimiento negociado sin publicidad (artículo 131 LCSP).

En la decisión conviene tener en cuenta, principalmente, la necesidad de asegurar la contratación de la mejor prestación (muy especialmente en un materia tan sensible y singular como la de la defensa en juicio) donde el elemento cualitativo, su experiencia, y sus «resultados» previos deben ser determinantes (principio de resultado al que se refiere el nuevo artículo 1 del Código italiano de Contratos Públicos aprobado en marzo de 2023). Y, como bien recuerda la Junta Consultiva de Contratación Pública (en el citado Informe expediente 52/2020), hay que atender a la exigencia de una particular confidencialidad en las relaciones que existen entre el abogado y el cliente, por lo que resulta conveniente introducir cláusulas que obliguen al contratista a ofrecer unas garantías reforzadas de confidencialidad que resulten adecuadas, tanto durante la ejecución del contrato como con posterioridad a su finalización.

Por ello, en la elección del procedimiento debe prestarse especial atención (y justificación) pues lo principal aquí es garantizar el éxito de la defensa procesal que necesita ese concreto poder adjudicador que es, por sí, una prestación compleja.

### 2.1. Procedimiento negociado

En este contexto sería aconsejable (al igual que hace la Administración General del Estado para seleccionar los peritos nacionales en los asuntos relativos a arbitrajes internacionales) utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, consultando a tres empresas o, incluso a una de forma directa. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando.

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

El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo» (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevara el

uso de derechos de propiedad intelectual). El artículo 169 LCSP establece que al seleccionar a los candidatos que vayan a participar en la fase de negociación, los órganos de contratación se basarán, en particular, en criterios que se utilizan en el procedimiento restringido (artículos 161, 162, 163 y 164.1 LCSP). En los pliegos debe quedar claro el número de empresarios a los que el órgano de contratación invitará a participar en el procedimiento licitatorio, que no podrá ser inferior a tres, salvo que el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número. Las negociaciones podrán referirse a aspectos técnicos, temporales, de costes, etc. pero quedan fuera de las mismas los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación que se hubiesen perfilado en el pliego.

Conforme al artículo 169.3 LCSP, el procedimiento se podrá articular en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en estos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Durante esta fase negociadora los órganos de contratación han de cuidar por la igualdad de trato entre todos los licitadores y no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este (artículo 169.4 LCSP). Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166 LCSP, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del presente artículo, que éstos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 LCSP. Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (artículo 169.8 LCSP). En determinados servicios «técnicos y no de creación» al margen de la propiedad incorporal, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias Sentencias del TJUE) (Aurélien, 2011)<sup>22</sup>. Interesa destacar que la actual regulación permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia (Gallego Córcoles, 2014)<sup>23</sup>. En relación a la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, que tiene su fundamento en la propia Directiva de contratación pública (artículo 32 de la Directiva), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación la constitución de la sociedad de capital mixto «Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, S. A.», para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia.

<sup>22</sup> El trabajo de Aurélien (2011) contiene interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del TJUE.

<sup>23</sup> Como ha indicado Gallego Córcoles (2014). Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso (artículo 84.1 f) de la Directiva). Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas)<sup>24</sup>. En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales)<sup>25</sup>. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la Sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo afirma que: «se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación».

La posibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad ex artículo 168 LCSP ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Pública (Informe expediente 52/2020) afirmando que «en casos singulares, individualizados por su especificidad o excepcionalidad, en los que no quepa sino la adjudicación del contrato a profesionales concretos, pueda llegar a valorarse la aplicación de los supuestos del artículo 168 de la LCSP, pero siempre justificando sólidamente tales decisiones en el expediente de contratación».

En un proceso judicial, con los tiempos de respuesta que se exigen y con la necesidad de poder utilizar el mejor asesoramiento en asuntos muy complejos (como lo son los relativos a derecho de competencia o de regulación energética, por ejemplo) la utilización de este procedimiento, con adecuada motivación y explicando la no existencia de favoritismo ni de conflicto de intereses (como recuerda la STJUE de 16 de junio de 2022), puede ser la más conveniente.

## 2.2. Procedimiento abierto

Si se pretende utilizar un *procedimiento abierto* se aconseja tener en cuenta una correcta fijación de los niveles de solvencia. Los requisitos deben ser proporcionales al objeto del contrato<sup>26</sup>. Lo que justifica, en asuntos complejos o de especial relevancia, determinar una «elevada y contrastada» experiencia, que ponga en valor especiales conocimientos y habilidades en la defensa jurisdiccional en ese asunto concreto, donde el precio es claramente un elemento accesorio.

En un procedimiento abierto los criterios de adjudicación son un elemento determinante para alcanzar la mejor adjudicación, por lo que su diseño, ponderación y sistema de puntuación deben estar debidamente alineados con este objetivo. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, ha destacado que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora:

«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone –dato de especial relevancia– que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios».

Por otra parte, hay que recordar que *la calidad de la prestación es el elemento esencial* tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato<sup>27</sup>. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre

<sup>24</sup> Cabe destacar que el presidente de la Sala ha emitido un voto particular en el que manifiesta no compartir la conclusión que Agbar no tiene título suficiente para prestar el servicio. Considera que la concesión de 1953 de la que es titular Agbar le habilita como tal. Así mismo, considera que el hecho de que Agbar haya soportado el coste de construcción de los 500 km de canalizaciones es un elemento suficiente para justificar la inviabilidad económica de abrir el procedimiento a concurrencia, pues en este caso se deberían compensar estas inversiones.

<sup>25</sup> Tesis defendida en el trabajo de Gimeno Feliú (2018b, p. 12).

<sup>26</sup> Principio de proporcionalidad exigido ya en el artículo 132 LCSP y que se concreta a efectos de solvencia en el artículo 74 LCSP. Por todos, en esta materia, *vid.* Gómez Fariñas (2021).

<sup>27</sup> *Vid.* Gimeno Feliú (2019, pp. 102-112).

contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Así, el diseño de los criterios de adjudicación conforma un elemento esencial para preservar el principio de buena administración (por todas STJUE 28 de febrero de 2018, *Vakakis kai Synergates*, que lo vincula a la diligencia)<sup>28</sup>. Y, difícilmente, se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando entre los criterios de adjudicación no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y el contrato (máxime en una prestación «compleja y singular» como sobre al que se emite este Informe). Con la LCSP, los criterios de adjudicación tienen la función de decidir la mejor oferta en función de la mejor relación calidad/precio (value for money), con la finalidad de «acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo<sup>29</sup>». Por ello, en un procedimiento abierto *conviene establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos de la oferta*, regla general en procedimientos negociados y diálogo competitivo, que resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos, pues solo así se preserva la exigencia de seleccionar la mejor oferta desde la perspectiva del resultado (y no del precio). Así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, *Monte SL contra Musikene*, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación a la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se puede incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permite la exclusión de la oferta. Esta Sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio. Por supuesto, la licitación deberá fijar los elementos necesarios de adscripción al contrato y su ejecución, que no serán disponibles por el contratista. Adscripción que se configura como un «plus de solvencia», una obligación adicional –de posible exigencia por el órgano de contratación– de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirven para declarar a un licitador idóneo para contratar con la Administración (así el artículo 76 LCSP habla de concreción de las condiciones de solvencia). Este carácter determina que su exigencia deba recogerse, en su caso, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige una licitación, tal y como establece el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), cuando señala en su apartado 2 h) que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares deberán contener «los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones<sup>30</sup>».

Finalmente, *a la hora de asignar la puntuación a cada criterio de adjudicación, debe preservarse que no se altera indebidamente el sistema de ponderación diseñado por el órgano de contratación, pues se corre el riesgo, además de alterar el fin de la licitación, de incurrir en discriminación y falta efectiva de transparencia*, tal y como ha recordado la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06). Se indica, en esta Sentencia del TJUE –que refunde toda la doctrina del Tribunal sobre esta cuestión–, que:

«procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios –y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras– deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta

<sup>28</sup> Vid. por todos Fernández Acevedo (2018).

<sup>29</sup> En este sentido, *vid.* los postulados y trabajos de W. Deming.

<sup>30</sup> A estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia (entre otros, Acuerdos 42/2013 y 70/2013 del TACPA, entre otros). Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso, dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida.

ta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)]».

Es decir, la finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente. Sin olvidar que una incorrecta parametrización de un criterio, puede falsear la finalidad de la licitación. En todo caso, el sistema de puntuación deberá descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados, que tengan carácter proporcional (no se tiene por que asignar toda la puntuación). Sistema de puntuación (o fórmulas) que deberán justificarse en el expediente (artículo 146.2 b) LCSP).

En definitiva, en la contratación de servicios de abogado en procesos jurisdiccionales en los que se decida la utilización de un procedimiento abierto el órgano de contratación deberá ser extremadamente cuidadoso en los niveles de exigencia de solvencia a exigir, que filtren de forma adecuada para valorar las ofertas conforme a criterios donde la oferta técnica debe ser determinante (y en especial, conforme a lo previsto en la norma la mayor cualificación y experiencia contrastada del abogado (y equipo) encargado de dicha defensa judicial.

### 3. DEL MODELO DE RETRIBUCIÓN DE LOS SERVICIOS DE ABOGADOS EN DEFENSA JURISDICCIONAL: LA VIABILIDAD DE UN MODELO DE CUOTA LITIS

Como última cuestión a dar respuesta en este trabajo, se analiza la posibilidad de utilizar un modelo de retribución de *cuota litis*.

Como es conocido, el pacto de *cuota litis* es un sistema para fijar los honorarios que el cliente pagará a su abogado por los servicios prestados. La *cuota litis* es un acuerdo que abogado y cliente firman antes de que se resuelva el asunto contencioso por el cual el cliente se compromete a pagar un porcentaje del resultado del proceso, independientemente de si consiste en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que el cliente obtenga. Modelo de retribución validado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (núm. 6610/2008, Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008)<sup>31</sup>. Sobre esta posibilidad hay que recordar que el artículo 75 LCSP señala que:

«En los contratos del sector público, la retribución del contratista *consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros*, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados». (cursiva nuestra).

Nos encontramos, por tanto, ante un modelo de pago por resultados, o mejor, de pagos por un resultado con éxito<sup>32</sup>.

La LCSP exige un precio cierto –que no fijo–. Concepto que no define y que obliga a una interpretación de «segundo grado» con la regulación prevista en el Derecho Privado, donde los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil, respectivamente establecen: «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo considera, en relación a la intención de impedir los modelos de *cuota litis*, «acreditado que el Consejo General de la Abogacía ha infringido el artículo 1 LDC al haber adoptado una decisión colectiva para establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de los mismos se fijen libremente por negociación entre cliente y abogado».

<sup>32</sup> Sobre la opción de pago por resultados en la contratación pública puede consultarse a Ariel Rezzoagli (2016).

con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada», y «El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Criterio asumido por el Consejo de Estado en el *Dictamen de 4 de marzo de 1993* donde afirma que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, «precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias».

En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, señala: «la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfecciona el contrato o deben ser determinables en un momento posterior».

También la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha manifestado en este mismo sentido, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, señala: «Por tanto, con carácter previo a la aprobación del expediente (artículo 70 LCAP) deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio sino que *la certidumbre se predica de los elementos que lo integran*» (cursiva nuestra).

En consecuencia, *es conforme al ordenamiento jurídico vigente y la exigencia de un precio cierto que el modelo de retribución de una prestación contractual pueda ser determinado por variables diferentes previamente conocidas*, que será un precio «con un modo de determinarlo», como indica el artículo 35 f) LCSP (incluso se admiten precios provisionales (artículos 75.5 y 85.5 LCSP)<sup>33</sup>.

*Desde esta perspectiva, nada impide un pacto de cuota litis, que determine las reglas previamente, como modo de retribución en la prestación de los servicios de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales.*

Opción de pago por resultados, como es la *cuota litis*, que no es extraña en otros objetos licitatorios (por ejemplo en el sector salud)<sup>34</sup>. Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010, denominado «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos», concluye, de forma indubitada, que: «*Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista*» (cursiva nuestra).

Modelo de retribución que se utiliza también en ciertos servicios de eficiencia energética donde se incentiva (y se paga) según la reducción del consumo/importe de la factura de electricidad. En este ámbito, la Junta Consultiva de Contratación Pública, mediante Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012, da respuesta a la cuestión relativa a la posibilidad de fijar el precio de un contrato para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros que se generen. La Junta Consultiva de Contratación Pública aplica la doctrina contenida en su Informe 52/09, concluyendo que fijar el precio en un porcentaje sobre el ahorro obtenido por diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, y siempre que cumpla el requisito *de verificable, medible o estimable*, «*puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado.../...el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados*» (cursiva nuestra).

En definitiva, por tanto, admite de nuevo un sistema de determinación del precio variable, pero determinable y por tanto, cierto. La Junta Consultiva de Contratación Pública decanta, además, una importante conclusión, pues generaliza la posibilidad de aplicación del sistema de precios variable previsto en el artículo 87.4 TRLCSP a cualquier contrato de servicios, al señalar al respecto de dicho sistema que: «si bien resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento, igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios».

<sup>33</sup> La Junta Consultiva Contratación Administrativa ha analizado en profundidad también los conceptos de valor estimado del contrato, presupuesto de licitación y precio del contrato (referidos a la regulación de la Ley 30/2007 y de sus normas de desarrollo, como es lógico por las fechas de emisión) en sus Informes 43/2008, y 17/2012, entre otros. En ellos, se incluye una interesante y completa recopilación sobre la doctrina relativa a estos conceptos y establece pautas para identificarlos y distinguirlos con precisión. *Vid.* por todos, Peña Ochoa (2018, pp. 948-952). Este mismo autor ha explicado las posibilidades del pago por resultado.

<sup>34</sup> Sobre la función del pago por resultado desde la perspectiva de la compra pública estratégica *vid.* Gimeno Feliú (2020a, pp. 94-95). En relación al pago por resultados en el sector salud nos remitimos, por todos, a Gimeno Feliú y García-Álvarez (2020, pp. 179-188).

Recuerda la Junta que el artículo 278 LCSP –artículo 302 TRLCSP– establece que el precio de los contratos de servicios «*podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades*» (cursiva nuestra).

Definición que considera perfectamente compatible con el sistema de determinación del precio analizado, señalando al respecto que «dicha previsión» –en referencia al derogado artículo 302 TRLCSP– «no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo la regla general expuesta».

Otro tanto sucede, por ejemplo, con modelo de retribución por pagos por resultados (con techo presupuestario) en la adquisición pública de medicamentos o de contratación de servicios de tecnología innovadora en salud<sup>35</sup>. La retribución no es fija y depende del «éxito» de la prestación.

En definitiva, *es posible la determinación de retribución por resultados, que es una opción admitida por el propio artículo 102 LCSP.*

Admitida esta posibilidad de retribución hay que advertir que el pacto de *cuota litis* se debe establecer de forma clara y precisa en el pliego que concretará todas las condiciones de este pacto de retribución del abogado: desde el porcentaje de pago, hasta el tiempo y la forma en que se abonará. El sistema de *cuota litis*, de gran arraigo en el sistema anglosajón, puede establecerse de dos maneras:

- *Cuota litis* estricta: cuando el acuerdo establece que el cliente pagará solo un porcentaje concreto del resultado.
- *Cuota litis* mixta: cuando el pacto fija, además del porcentaje del resultado, unos honorarios concretos que deberán ser satisfechos por el cliente al comienzo de la relación.

Por último, en relación al valor estimado de este contrato con este modelo de retribución se deberán aplicar las reglas generales. El concepto de valor estimado tiene su origen en el artículo 9 de la derogada Directiva 2004/18/CE, que establecía el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a los efectos de identificar los que superan los umbrales que determinaban la aplicación directa de sus normas. Incorporado este concepto por la legislación española de 2007, durante la vigencia del sistema del TRLCSP su cálculo se ha regido por las reglas establecidas en el artículo 88, prácticamente idénticas a las que se contienen en el artículo 101 de la LCSP. Según aquellas, el valor estimado del contrato es el importe total sin IVA que, según las estimaciones del órgano de contratación, se podrá pagar al contratista por la ejecución del contrato, incluidas las variaciones que puedan aprobarse durante su ejecución. Por tanto, deben tenerse en cuenta en su estimación cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. También se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, en los casos que contemplen la posibilidad de que del contrato sea modificado. Y, por el contrario, no se computarán nunca como valor estimado del contrato las posibles revisiones de precios que se reconozcan al contratista en los casos que procedan.

## CONCLUSIONES

Debemos insistir en la necesidad de una interpretación de las relaciones jurídicas y la consideración de la existencia de un contrato público desde la lógica de los principios regulatorios europeos<sup>36</sup>. Los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE, que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal). Así ha sucedido con conceptos claves como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto. El criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quien, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública. Por

<sup>35</sup> Vid. Gimeno Feliú y García-Álvarez (2020).

<sup>36</sup> Gimeno Feliú (2022).

otra parte, no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto), de poder adjudicador. Así lo advirtió ya la STJUE de 1998, *Mannesmann*, al concluir que no son de aplicación las previsiones de las Directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa (apartado 46 de la Sentencia).

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal– que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público. Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Lo que implica que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador, a un contractual, tiene la calificación de contrato público.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que refiere a estos como contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (ex artículo 9) los ha excluido. El artículo 19 LCSP refiere también a los contratos incluidos dentro del *ámbito* definido por el artículo 346 del TFUE que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP.

En definitiva, si el legislador español hubiera querido incluir a estas actividades de servicios jurídicos de defensa en procesos jurisdiccionales dentro del ámbito de la LCSP, debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las Directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por *sí* mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas Directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP no ha incluido como contrato público sometido a esta Ley, las relaciones jurídicas onerosas derivadas de la actividad de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales<sup>37</sup>. Y, en todo caso, conforme al principio de libertad de pactos, en tanto el precio se podrá determinar con reglas claras, nada impide la utilización del modelo de retribución de *cuota litis*.

Por último, conviene advertir que esta solución debe ser aplicable a las fases preparatorias e incluso a ciertos informes jurídicos que puedan solicitarse con carácter preventivo que forman parte del concepto de «actividad forense». De hecho esta previsión se incluye también en el artículo 10 de la Directiva 2014/24 que indica que es negocio excluido el «asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso *i*) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aurélien, A. (2011). L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique. *Revue Française de Droit Administratif*, (5), 879-892.
- Berberoff Ayuda, D. (2018). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp.163-202). Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>37</sup> Criterio, insistimos, fijado en el Informe 1/2023, de 14 de febrero de 2023 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que ha concluido que la contratación de los servicios de un abogado para la defensa en un proceso jurisdiccional es un negocio excluido de la Directiva 2014/24 y, por ello, no se somete a las previsiones de la LCSP: «En consecuencia, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del Derecho, están formalmente excluidos del ámbito de la contratación pública y no tienen la consideración de contrato público. Por su propia naturaleza y función y también porque que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia».

- Del Saz Cordero, S. (2019). La contratación de los servicios jurídicos por las entidades del sector público. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (1), 88-96.
- Fernández Acevedo, R. (2018). Los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo 2, pp. 1443-1510). Tirant lo Blanch.
- Gallego Córcoles, I. (2014). Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública. En J. M. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (pp. 165-232). Thomson Reuters Aranzadi. Disponible en: [http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION\\_files/Observatorio%20de%20los%20contratos%20pu%CC%81blicos%202013.pdf](http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/Observatorio%20de%20los%20contratos%20pu%CC%81blicos%202013.pdf)
- Gimeno Feliú, J. M. (2018a). Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación. *Cuadernos de Derecho Local*, (48), 312-343. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1893>
- Gimeno Feliú, J. M. (2018b). El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (74), 4-13. Disponible en: [http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION\\_files/EI%20nuevo%20modewlo%20concesional.%20EI%20Cronista.%202018.pdf](http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/EI%20nuevo%20modewlo%20concesional.%20EI%20Cronista.%202018.pdf)
- Gimeno Feliú, J. M. (2018c). La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorporales (derechos intelectuales). *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (Extra 18) (ejemplar dedicado a: La Ley de Contratos del Sector Público), 21-44. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6887517.pdf>
- Gimeno Feliú, J. M. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones* (1.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Revista Economía Industrial*, (415), 89-97. Disponible en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/GIMENO%20FELIU.pdf>
- Gimeno Feliú, J. M. (2020b). Las fronteras del contrato público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 19-60.
- Gimeno Feliú, J. M. (2022). El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad. *Revista General de Derecho Administrativo*, (59), 1-40. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=424666](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424666)
- Gimeno Feliú, J. M. y García-Alvarez, G. (2020). *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor* (1.ª ed.) Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez Fariñas, B. (2021). *El principio de proporcionalidad en la contratación pública. Un análisis de su aplicación desde la óptica del derecho europeo y español* (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Gutiérrez-Alviz y Conradi, F. (2012). *El derecho de defensa y la profesión de abogado*. Editorial Atelier.
- Menéndez Sebastián, E. M. (2018). El contrato de servicios. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1537-1564). Thomson Reuters Aranzadi.
- Mesa Vila, M. (2018). La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta. *Revista General de Derecho Administrativo*, (47), 1-14. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=419787](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419787)
- Peña Ochoa, A. (2018). Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector público de 2017. En J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 931-956). Thomson Reuters Aranzadi.
- Rezzoagli, B. A. (2016). Contratación pública para objetivos y resultados: aproximación y discusión teórica. *Derecho Público*, (37), 1-23. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6331302.pdf>
- Rubio Beltrán, J. (2019). La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica*, (11), 184-203. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10570>
- Santamaría Dacal, A. (2015). El derecho europeo y la profesión de abogado. En S. Muñoz Machado (dir.), *Historia de la abogacía española* (vol. 2, pp. 1839-1868). Thomson Reuters Aranzadi.