

Ponencias

La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU	7-30
El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público ALEJANDRO HUERGO LORA	31-51
La causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ	52-70
El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE	71-91
La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública ISABEL GALLEGO CÓRCOLES	92-113

Comunicaciones

Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 MOISÉS BARRIO ANDRÉS	114-118
Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos FERNANDO GARCÍA RUBIO	119-135
Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ	136-145
La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública LUCÍA LÓPEZ ZURITA	146-150
Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 MARÍA DOLORES REGO BLANCO	151-159



da

Número 4
Nueva época
Enero-Diciembre, 2017

Documentación Administrativa



ISSN: 1989-8983

www.inap.es

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA>

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Co-director de la revista: Mariano López Benítez
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad de Córdoba)

Secretario: Moisés Barrio Andrés
Letrado del Consejo de Estado

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: revistas@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública
ISSN: 1989-8983
NIPO: 174-17-018-3
Depósito legal: M-581-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

La Revista **Documentación Administrativa** es, dentro de las publicaciones periódicas de la especialidad, una referencia insoslayable en la construcción doctrinal del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración españolas. Nacida en 1958, acumula ya más de medio siglo de vida en el que su principal signo de identidad ha consistido en ser una publicación volcada a la reflexión, desde el derecho y las ciencias de la administración, sobre la reforma administrativa, la organización administrativa y la función pública. A partir del año 1987, la Revista inició una nueva etapa, que llega a nuestros días, caracterizada por la publicación exclusivamente de números de carácter monográfico. En ella, **Documentación Administrativa** se ha propuesto, llevada de la mano de su Consejo de Redacción, abordar temas carentes aún de reflexión doctrinal o en los que ésta es incipiente, así como abordar temas que, aun habiendo sido ya objeto de estudio, están reclamando nuevos enfoques o análisis de actualización y puesta al día. Por otra parte, sin dejar de ser fiel a sus temas clásicos, en esta nueva etapa la Revista se ha propuesto asimismo reforzar los enfoques interdisciplinar y prospectivo sobre las cuestiones doctrinales generales y sectoriales que plantean los nuevos retos a los que se enfrenta la Administración Pública.

Con el objeto de seguir disfrutando el reconocimiento que la comunidad científica ha venido otorgando a la revista a lo largo de su ya dilatada vida, el INAP ha decidido la aplicación a **Documentación Administrativa** de los requisitos y exigencias de los sistemas más acreditados de calidad de las publicaciones periódicas de carácter científico.



Documentación Administrativa se publica bajo bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario

Presentación

LOS DIRECTORES	5
----------------------	---

Ponencias

La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU	7
El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público ALEJANDRO HUERGO LORA	31
La causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ	52
El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE	71
La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública ISABEL GALLEGO CÓRCOLES	92

Comunicaciones

Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 MOISÉS BARRIO ANDRÉS	114
Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos FERNANDO GARCÍA RUBIO	119
Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ	136
La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública LUCÍA LÓPEZ ZURITA	146
Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 MARÍA DOLORES REGO BLANCO	151



Presentación

Los Directores

Dentro de los Seminarios sobre la Reforma del Estado que, bajo el generoso patrocinio del Instituto Nacional de Administración Pública, se vienen celebrando en su sede desde hace ya cinco años, la edición de esta anualidad se ha dedicado al estudio de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Una importantísima norma dentro de nuestro sistema administrativo, que transpone a nuestro Derecho interno –cierto que con una relevante tardanza– las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Son muchas las novedades que la nueva Ley de Contratos del Sector Público trae consigo. La principal es, sin duda, el cambio de filosofía que aporta con respecto a las anteriores normas de contratación pública, ya que éstas dejan de concebirse únicamente como un instrumento para la satisfacción de las necesidades existenciales de las Administraciones Públicas o de los Poderes Adjudicadores y entidades del sector público en general, para convertirse también en medios válidos que integren y den cauce a la consecución de otras políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES y de defensa de la competencia. La integración de estos objetivos tiene su reflejo en múltiples aspectos del contenido de la Ley: criterios de adjudicación y condiciones de ejecución de los contratos; división del objeto del contrato en lotes más pequeños de cara a propiciar un mayor protagonismo de las PYMES en el acceso a los mercados de contratación pública; desarrollo de un nuevo procedimiento de adjudicación –el denominado procedimiento de asociación para la innovación– que sirva para canalizar el fomento público del I+D+I a través del empleo de las técnicas contractuales, etc.

De acuerdo con los postulados de las Directivas traspuestas, la Ley de Contratos del Sector Público convierte también el principio de competencia en eje de muchas de las decisiones que, por ejemplo, adopta en materia de medios propios y de modificaciones y de causas de extinción de los contratos. En efecto, en lo que respecta a los medios propios, la nueva Ley no sólo incrementa las exigencias que deben cumplir las entidades que actúan como medios propios de las Administraciones de cara a evitar que el abusivo recurso a los encargos directos termine por menoscabar el principio de competencia, sino que, a través de su art. 32.1 busca la debida coordinación con el art. 86 LRJSP y de alguna manera le insufla también ese carácter básico que, incomprensiblemente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, le ha negado. Además, los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo se sujetan, incluso en los casos de que los medios propios no sean, a su vez, poderes adjudicadores, a importantes reglas que tratan de asegurar la competencia en la contratación pública.

Por otro lado, en aras de salvaguardar la integridad e indemnidad del principio de competencia a lo largo de toda la vida del contrato, la nueva Ley, siguiendo los pasos de la Directiva, se adentra en la ejecución del contrato y contiene una regulación muy incisiva en materia de modificaciones y de causas de extinción de los contratos, que, como se leerá en alguna de las contribuciones que conforman el presente número de Documentación Administrativa, suponen, si no el arrumbamiento definitivo de algunas clásicas prerrogativas públicas en materia contractual, sí matizaciones y limitaciones muy importantes a la hora de entender su ejercicio.

Uno de los hitos más relevantes que en el escenario europeo de la contratación pública se ha producido con la aprobación de las nuevas Directivas ha sido precisamente la regulación por vez primera de las concesiones de servicios, hasta entonces sólo sujetas a los grandes principios de la contratación. La traslación de los contenidos de esta nueva Directiva de concesiones a nuestro ordenamiento interno no ha sido, sin duda,

fácil, obligando a la Ley de Contratos del Sector Público no sólo a tipificar un novedoso contrato de servicios al que, fundamentado en las principales reglas del servicio público, se reconduzcan algunos clásicos servicios públicos que ahora no pueden ser objeto de concesión, sino a resituarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico tradicionales modos de gestión indirecta –como las sociedades de economía mixtas, que tanto protagonismo tienen en la gestión indirecta de algunos servicios públicos, como los del agua–. En todo caso, como brillantemente se analiza en una de las ponencias incorporadas a este número de Documentación Administrativa, existe un problema de base, cuya dilucidación no es fácil y a cuya empresa poco aporta la nueva Ley: se trata del desentrañamiento de lo que verdaderamente signifique el riesgo operacional, eje sobre el que pivota toda la construcción de las nuevas concesiones de servicio y en el que convergen concepciones muy diferentes provenientes de distintos sectores del Derecho europeo, cuya conjunción es compleja.

Son otros muchos los aspectos novedosos que la nueva Ley Contratos del Sector Público contiene en materia del ámbito subjetivo de aplicación; objeto y régimen jurídico del recurso especial de contratación; simplificación de procedimientos licitatorios y de adjudicación; lucha contra la corrupción, etc. La Jornada, realizada la víspera de la aprobación definitiva del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, sirvió para que a través de las ponencias y de las comunicaciones presentadas, se abordase como primicia una selección de algunas de estas novedades.

Estos trabajos son, en definitiva, los que nutren el contenido de este nuevo número de Documentación Administrativa que ahora se presenta. Los Directores, el Consejo de Redacción y el Secretario de la Revista quieren agradecer a los ponentes tanto la calidad de sus trabajos como las facilidades dadas para la organización de la Jornada, cuyo éxito también debe extenderse al resto de autores que escriben en este número y, por supuesto, a los asistentes a la Jornada que tan entusiastamente animaron con sus preguntas y aportaciones los debates que siguieron a las intervenciones. Por último, nuestro agradecimiento más sincero al Instituto Nacional de Administración Pública y, en particular, a su Director por la disponibilidad y generosidad con las que vienen acogiendo tanto la celebración anual de estos Seminarios de Reforma del Estado como la posterior publicación de sus resultados en la Revista Documentación Administrativa.



La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades¹

José María Gimeno Feliu
Universidad de Zaragoza
gimenof@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

José María Gimeno Feliu es Catedrático de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza). Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (desde marzo de 2011). Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento (julio 2015). Director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón desde marzo de 2010 a diciembre de 2012. Director de la Catedra Estrategia e Innovación en contratación pública en el ámbito de la salud (UNIZAR), desde junio de 2016.

SUMARIO

I. UNA BREVE REFERENCIA A LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISION «RÁPIDA». III. CONCLUSIONES.

I. UNA BREVE REFERENCIA A LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El análisis de la nueva regulación española de contratos del sector público exige conocer las condiciones exigidas por la necesaria incorporación de las Directivas de cuarta generación de contratación pública que contienen una novedosa regulación en clave de visión estratégica².

Las Directivas 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente, «de cuarta generación», vienen a superar la lógica «armonizadora» de sus predecesoras³. Y optan, como señala G. A. BENACCHIO por

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos” DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor. El mismo será objeto de publicación por la Revista Documentación Administrativa.

² Lo que queda reflejado expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos. Cuestión sobre la que insiste la reciente la Comisión Europea “Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa” (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE.

³ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J. A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, págs. 139-164; M. M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP*, núm. 196, 2015, págs. 97-13 y. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales

prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia⁴. Son textos, por lo demás, de mayor «densidad» que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales⁵. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han permitido replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación en España⁶.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública de 2014 se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁷. Lo que no significa una liberalización «sin restricciones» a la política de contratación pública. Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), –se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública–, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión⁸.

de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pág. 3.429 y ss. del tomo II. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, “Contratos del sector público y derecho de la Unión”, *RAP*, núm. 200, 2016, págs. 83-102.

⁴ Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G. A. BENACCHIO-M. COZZIO, *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, pág. 8.

⁵ Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARÍA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, pág. 35.

⁶ Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

⁷ El “Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública” (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

⁸ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que

Por otra parte, en la lógica de una correcta transposición de las Directivas europeas de contratación, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema⁹. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE¹⁰. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión «local» de las normas de contratos públicos¹¹. Existe, en consecuencia, una «armonización» a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹².

Finalmente, para una correcta contextualización de los cambios de la legislación nacional resultan convenientes, aun de forma sucinta, recordar algunas premisas de especial interés. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acosef*), al afirmar 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

examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

⁹ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, págs. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. ALMEIDA e I. MARTÍN, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), págs. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en GIMENO FELIU (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; págs. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. BENACHIO, M. COZZIO y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, Tomo I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

¹⁰ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 33-79; y M. SÁNCHEZ MORÓN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81-102.

¹¹ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

¹² Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., págs. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, págs. 385-410. También J. M. GIMENO FELIU, “La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 52, 2016, págs. 265-317.

principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

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

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

Se trata, en definitiva, de prevenir la arbitrariedad de la decisión (STJUE de 2 de junio de 2016, Pizzo¹³).

¹³ STJUE de 16 de julio de 2014, Asunto T-48/12, Euroscript - Polska Sp. z o.o., que tiene por objeto un recurso de anulación de la decisión del Parlamento de 9 de diciembre de 2011, por la que se modifica la decisión de 18 de octubre de 2011 de clasificar a la demandante en primera posición en la lista de licitadores seleccionados y de adjudicarle el contrato principal en el marco del procedimiento de licitación PL/2011/EU, relativo a la prestación de servicios de traducción al polaco (DO 2011/S 56-090361), y, con carácter subsidiario, una pretensión de anulación de esta licitación. En esta sentencia, que anula una adjudicación de un contrato de servicios

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. 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 las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución y fijando que sus principios despliegan efectos en todas las fases del contrato (artículo 18 de la Directiva 2014/24).

Por último, conviene recordar que la contratación pública –y su fundamento– ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»¹⁴. Esto significa que la contratación pública puede –y debe, insistimos– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. El principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio¹⁵. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos¹⁶.

II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA VISION «RÁPIDA»

El texto aprobado (con un título excesivamente extenso al citar a las Directivas que se transponen), que toma como punto de partida el vigente TRLCSP de 2011 (como consecuencia de esta decisión hay un «arrastre» de preceptos de la Ley derogada), «renuncia», tanto formal como materialmente, a la idea de un «Código de Contratos Públicos», con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos¹⁷. Se trata de un texto extenso y prolijo –son 347 artículos y 53 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado) y 16 Disposiciones Finales–. Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario que puede complicar la aplicación.

del Parlamento europeo por reevaluar la propuesta de la que resulto adjudicataria, recuerda que: “*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 Studi Manieri/Consejo, T-125/06, Rec. p. II-69, apartados 86 a 89).*” Por ello, al reevaluar una sola de las ofertas presentadas, y no todas las que habían sido presentadas, lo que ocasionó un trato desigual de la oferta de uno de los licitadores, en violación del principio de igualdad de trato.

¹⁴ Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en libro colectivo *Contratación pública estratégica*, coord. por J. PERNAS GARCÍA, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80. Este carácter instrumental de la contratación pública es expresamente reconocido en el Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento y en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

¹⁵ Sobre el significado de la eficiencia –y su no vinculación a una idea economicista de menor precio– me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82, 2016, págs. 137-158. También. T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, págs. 87-97 y M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pág. 91 y ss.

¹⁶ J. PONCE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid pág. 479.

¹⁷ Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 25-84.

Es cierto que puede parecer un texto «continuista» o, en palabras de S. DEL SAZ, en relación a la Ley anterior de 2007, «un mismo traje con distintas rayas»¹⁸. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente «gestión práctica» de la contratación pública¹⁹. Y pretende, además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas²⁰.

La sistemática formal no resulta innovadora, pues la opción adoptada es «respetar en lo posibles» la estructura del TRLCSP de 2011 (por eso se prevé una Ley de Contratación en sectores especiales). El artículo de esta Ley se ha estructurado en un Título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro Libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

Sin embargo, desde el contenido, el texto final es distinto del presentado para su tramitación en las Cortes Generales. Son muchas las novedades y ajustes técnicos efectuados²¹. Enumeraremos alguna de las principales:

1. Se incorpora el principio de integridad con la idea de poner de relieve que la voluntad del legislador es laminar al máximo cualquier conducta corrupta o clientelar²². El objetivo de integridad – reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio). Y por integridad habrá que entender «*el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno*» (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2]).

El artículo 1 LCSP incluye la referencia a este principio (aunque pasa un tanto desapercibido, lo que aconsejaría una redacción del artículo 1 distinta y «más didáctica»). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un

¹⁸ S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, núm.174, 2007.

¹⁹ Interesa recordar que algunos de los compromisos del Pacto PP-CIUDADANOS para la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno, de 28 de agosto de 2016 «150 compromisos para mejorar España» iban en esta línea, abogando por reforzar la competencia y la transparencia en la contratación pública. La medida 109 en concreto recoge lo siguiente: «*Impulsar, de forma inmediata, una reforma de la Ley de Contratos del Sector Público que incorpore las Directivas UE 2014/2023 (LA LEY 4612/2014), 2014/2024 y 2014/con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento. con el objetivo de incrementar los controles y cerrar cualquier espacio a irregularidades en las fases de preparación, adjudicación y ejecución. En especial, se limitarán los supuestos de modificación y fraccionamiento de los contratos, sin perjuicio del establecimiento de lotes para favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública, de acuerdo con las mencionadas directivas; así como los del procedimiento negociado sin publicidad. Se reforzará la independencia de los órganos técnicos y profesionales que intervienen en el procedimiento.*»

²⁰ El anteproyecto de Ley incluía las referencias expresadas a los preceptos de las Directivas que se transponen en cada artículo de la Ley, lo que puede ayudar a una mejor interpretación de la nueva regulación y, en consecuencia, de mayor seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

²¹ Algunos de ellos, y los principales cambios, fueron ya sugeridos desde el Observatorio de la contratación pública. En especial, resulta de interés el documento «Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)», publicado en www.obcp.es.

²² Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*. París) ha propuesto un conjunto de normas y reglas de integridad así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos²³. Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin (aunque no se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, como era la opción inicial), con la intención de eliminar (o, al menos reconducir) prácticas que permitían la opacidad.

2. Se refuerza la «visión estratégica de la contratación pública». El artículo 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas²⁴. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de «dumping» social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales.

Como complemento a esta visión estratégica de la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo²⁵. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación²⁶.

3. En relación al ámbito subjetivo de aplicación, la principal novedad es que frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)²⁷, se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado. Desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP– o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –ex artículo 3 LCSP–)²⁸.

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las econo-

²³ Vid. J. M. GIMENO FELIU, «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 37-105.

²⁴ Se avanza, pues, en la cultura de la contratación socialmente responsable. Cuestión en la que ya se había venido trabajando desde el Foro de contratación socialmente responsable (<http://www.conr.es>)

²⁵ Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción adoptada, por ejemplo, en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y por Valencia Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

²⁶ Me remito a mi trabajo «*Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)*», *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2 de 2015, págs. 65-85.

²⁷ No es esa la opción del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra (tramitación iniciada Orden Foral 22/2015, de 29 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo y actualmente en proceso de participación), que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza como Administración pública, o no, del poder adjudicador.

²⁸ No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función «ad intra» para regular los aspectos organizativos de la contratación. Se trata, en definitiva, de prever los aspectos relativos al expediente o pliegos de la licitación, pero no para alterar el modelo procedimental, que se caracteriza ahora por la uniformidad tanto en lo relativo a criterios de solvencia, procedimientos de adjudicación, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución y modificación.

mías de escala. 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 licitación²⁹. De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos³⁰. Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia del Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

En relación al **ámbito subjetivo** de aplicación, la nueva Ley intenta aclarar el concepto poder adjudicador y las categorías de Administración pública/no administración pública: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 3 indica quien es poder adjudicador y su utiliza el sistema de lista, aunque no se precisa el concepto conforme a los criterios ya fijados por el TJUE. El párrafo 2 se indica quien tiene consideración de Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales (EPE) no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley (opción ya implantada tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, lo que obliga a «revisar» la categorización como EPE y el régimen jurídico que le resulta de aplicación)³¹. Además, en todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias auto-organizativas que justifica su creación), serán, en todo caso, poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la «forma jurídica» huir de las reglas de la contratación pública³².

²⁹ Sobre esta patología vengo insistiendo desde mi trabajo “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, *RAP*, núm.176, 2008, págs. 9-54 en la que he insistido en el estudio “La corrupción en la contratación pública...”, ob. cit., págs. 258-262. Igualmente, B. NOGUERA DE LA MUELA, “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid 2015, págs. 948-950. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva a tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado “cerrado” claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

³⁰ No puede olvidarse que en el «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas, ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente a las organizaciones políticas.

³¹ Ver J. M. GIMENO FELIU, “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, 2017, págs. 6-9. En esta línea se ha manifestado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 20/2016, donde recuerda que «*El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las “Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales”, obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien “mayoritariamente con ingresos de mercado” como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede “mayoritariamente de ingresos de mercado” no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP, sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación (...)Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), regulado en el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación».*

³² Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios (el caso MERCASA), en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Doctrina extensible a cualquier medio propio por exigencia del Derecho europeo, tal y como se argumenta en las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 27 de abril de 2017 (asunto C567/15) *UAB «LitSpecMet»*, se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que «una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas, está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado el poder adjudicador». Criterio confirmado en la STJUE de de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, donde afirma que «una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de “organismo de Derecho público” en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este

Los órganos constitucionales y equivalente autonómicos, a los efectos de esta Ley, tienen consideración de Administración pública, tal y como se previene en la Disposición Adicional 44.

Sin embargo, y frente a la opción contenida en el proyecto en remisión a las Cortes Generales, se excluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria, limitando las exigencias a la aplicación de unas Instrucciones. Esta decisión, que es discutible técnicamente, no parece acertada en un contexto de regeneración democrática que debe ser liderada por las organizaciones políticas y cuestiona su propia legitimidad³³. Por ello sería oportuno revisar esta decisión y «volver a la opción inicial» e incluirlos en el concepto de poder adjudicador³⁴.

4. En negocios excluidos se mejora la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último «cajón de sastre». En cuestión de convenios (se introduce el término de «cooperación»), se sustituye «naturaleza» por contenido y causa (se pretende evitar fraudes y favorecer control y que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la de poder adjudicador.

Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial, si bien aquí convendría insistir en la diferenciación de adquisición de servicios de I+D en régimen de ayudas públicas (negocio excluidos), de la compra pública pre-comercial en la que debe existir un reparto de beneficios y riesgos y, obviamente, un procedimiento público. La compra pública pre-comercial, como procedimiento de licitación, permite la financiación europea, pero no así si se configura como ayuda pública. Este punto me parece muy relevante y de especial atención para no perjudicar la estrategia de impulso de innovación en España (conviene recordar que se introduce un nuevo procedimiento para la compra de innovación: la asociación para la innovación).

Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica (Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad), en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, así mismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

5. Se regula la cooperación vertical y horizontal (los medios propios y convenios). Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos³⁵. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos³⁶. En todo caso, cien por cien capital **públicos. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de «medio propio»; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad. Obviamente, cualquier ente considerado como medio propio, es, en todo caso, poder adjudicador. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribu-**

respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90% del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste.

³³ Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, "La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública", *REALA*, núm. 2, nueva época, 2014.

³⁴ Me remito a mi trabajo "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública". *REALA*, núm. 7, 2017. Esta «publicación» de la actividad contractual es necesaria tanto para conocer las necesidades de obras, servicios y suministros de los partidos políticos, así como para la selección de los proveedores en régimen de concurrencia, lo que dificultaría actuaciones irregulares en la financiación indirecta de los partidos políticos. Vid. mi trabajo "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en relación con la financiación de partidos políticos", libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 27-44.

³⁵ Criterio ya aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 75/2017, de 4 de julio, donde se aplica la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación vertical y cooperación horizontal, para poder decidir la anulación de una «remunicipalización» incorrectamente instrumentada bajo la justificación de encomienda de gestión a medios propios.

³⁶ Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: «Habrà que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda».

nal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid. Sin embargo, la posibilidad de contratar hasta un 50 por ciento de las prestaciones resulta claramente excesiva y puede no corregir un uso indebido de esta técnica (como ya ha denunciado el Tribunal de Cuentas)³⁷. Resultaría más lógico limitar esta opción al 20 por ciento de la cuantía del encargo, y sin afectar al contenido esencial de la prestación.

La Disposición Adicional 24 contiene una regulación extensa del grupo empresarial TRAGSA, al que se permite tener la consideración de medio propio incluso de Diputaciones y Cabildos (siempre que se cumplan los requisitos legales –interpretados de conformidad a la jurisprudencia del TJUE–, lo que no parece sencillo).

6. En la tipología de contratos hay ajuste de definiciones de obras y servicios y se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania) y de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos³⁸. Lo que no impide un régimen jurídico «más intenso» en prestaciones de servicio público (lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el «régimen de servicio público» en estas actividades esenciales)³⁹.

El artículo 29 LCSP regula los plazos de los contratos y opta por qué plazo el de contratos de servicios y concesiones sea común a todo poder adjudicador con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, etc.)⁴⁰. El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece, el tipo de contrato de colaboración público-privada (pero se mantiene, mediante la previsión de la Disposición Adicional 22, la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI tanto para obras como servicios⁴¹). Esta decisión está motivada en la experiencia práctica y se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora, por lo demás, una definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE. Así, se incluye contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional. Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea⁴², una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)⁴³.

³⁷ Vid, por todos, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1197/2016, de 22 de diciembre, de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.

³⁸ Frente a la opinión en este aspecto del Consejo de Estado. La tesis a favor de la supervivencia del contrato de gestión de servicios públicos ha sido defendida y argumentada por J. L. MARTÍNEZ ALONSO en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos. “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, págs. 50-57.

³⁹ No comparto la crítica a este opción de transposición formulada por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ en su estudio “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *RAP*, núm. 202, 2017, págs. 13-41. El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

⁴⁰ Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito al libro *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego* (F. CAAMAÑO, J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), ob. cit., págs. 57-83.

⁴¹ A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro colectivo *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, págs. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNÁNDEZ RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, págs. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCA-GLIUSI, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *REDA*, núm. 167, 2014, págs. 293-326.

⁴² Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA.

⁴³ Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)⁴⁴. 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 «*Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario*». (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)⁴⁵.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁴⁶. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁴⁷.

servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 *Norma-A y Dekom* (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

⁴⁴ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *RAP*, núm. 194, 2014, 437-474.

⁴⁵ Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto.

⁴⁶ Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pág. 235.

⁴⁷ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa” *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), 154; L. MÍGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y

El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE– puede implicar una retribución indebida (en más)⁴⁸.

La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el «régimen de servicio público», dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios.

Se regula el contrato mixto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, atendiendo a regla general de valor estimado de la prestación principal (artículo 13 LCSP). Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, «régimen jurídico» y no, por tanto, tipo de contratos (artículos 24 a 26 LCSP).

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público⁴⁹, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁵⁰. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente.

7. Como novedades de la solvencia de los licitadores, conviene advertir como en se aclara como condición de ejecución lo que es la adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros.

Procede destacar la previsión del artículo 75 LCSP, que transpone el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, que permite la integración de la solvencia con medios externos a la propia empresa licitadora (lo que

crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 181-185).

⁴⁸ Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional».

⁴⁹ Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica –con detractores y valedores–, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.

⁵⁰ El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de «subcontratación» para la ejecución de un contrato) y que conforman el concepto funcional de operador económico⁵¹. Este precepto legal permite que, para acreditar y completar su solvencia, los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas (en el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos). Se trata de un derecho de los potenciales licitadores que ni tiene que ser previsto, ni puede ser limitado mediante el pliego de la licitación. Y que no se limita, en modo alguno, a empresas de un mismo grupo empresarial.

Desde la perspectiva de simplificación destaca que se establece la declaración responsable como regla general de acreditación de la solvencia en los procedimientos abiertos. Y se regula el modelo de documento (el DOUE del día 6 de enero de 2016, serie L 3, publica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación). Documento Único Europeo que, en tanto medida de simplificación, tiene por función que los pliegos no incluyan la exigencia de presentar la documentación administrativa en tanto carga para el licitador. Lo que significa, desde una interpretación sistemática, que los pliegos deben prever en contratos armonizados como única forma de acreditación en fase de solvencia de la licitación la necesaria presentación del Documento Único Europeo (resultaría coherente que tal decisión se extienda también a los contratos de importe no armonizado).

Asimismo, se incluye un precepto dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses⁵². Se establece un nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al «contrato». Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato), que no incluye la opción de «clemencia» que figura de forma clara y precisa en la Directiva 2014/24 lo que supone una contravención de esta norma europea.

8. Con la nueva LCSP se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP). Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiendo exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito)⁵³. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es

⁵¹ Este criterio, aunque la Directiva se encontraba en plazo de transposición, ya ha sido aplicado por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) anulando el criterio más formal y restrictivo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indicando que los «operadores económicos» pueden alegar la experiencia profesional de otras entidades –en esta línea de interpretación amplia también cabe citar la SAN 59 de 16 de marzo de 2011 (Rec. 71/2010) o la SAN 39 de 4 de noviembre de 2013 (Rec 444/2012)–.

⁵² Sobre el conflicto de intereses el Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016 del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón indica que «Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: a) No se requiere que el conflicto sea «real» en cuanto que el interés particular influya de facto en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser «percibido» como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia».

Esto significa que la existencia de un conflicto de intereses –que exige acreditación suficiente– no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance general. La proporcionalidad exigible a esta decisión impone a la Administración la obligación de justificar de forma indubitada que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego”.

⁵³ La nueva redacción de la función del perfil de contratante ex artículo 63 LCSP indica claramente la vocación de los mismos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual.

que el apartado 3 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Y la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (supuesto regulado de forma expresa en el artículo 39.2 c) LCSP).

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

9. Se mejora también la transparencia en los procedimientos. En el procedimiento «simplificado» del contrato menor se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy «intensiva» en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (artículo 118 LCSP). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de «descubrir» actuaciones irregulares y se limita al importe del contrato menor los contratos que puede obtener un mismo licitador por este procedimiento (opción que supone un «cerco» al contrato menor con la intención de cambiar el modelo práctico de gestión contractual hacia la mayor transparencia).

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 166 a 168 LCSP). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar. Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción).

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

«Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato»⁵⁴.

Interesa destacar que el artículo 159 LCSP introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, sólo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final⁵⁵. Este procedimiento, contempla, además, en su

⁵⁴ Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado la proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública –Grupo Parlamentario Popular–, en el Congreso, 21 octubre de 2016.

⁵⁵ Esta opción, cuestionada por algunos, encuentra justificación en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2011 de 8 de junio, donde, al analizar el procedimiento con tramitación simplificada introducido por la Ley aragonesa 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público, opina que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación

apartado 6, una tramitación «sumaria» en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios⁵⁶. Con este procedimiento, y sus exigencias formales de presentación en el registro del órgano de contratación y de estar inscrito en el Registro de contratistas se ofrece un ámbito de aplicación más favorable a las PYMEs.

10. Los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio. Los artículos 131.2 145.1 LCSP indican que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la «oferta económicamente más ventajosa». Se utiliza, por tanto, el componente cualitativo de la prestación como elemento para decidir la oferta más ventajosa. El cambio es de gran relevancia y explica la nueva regulación del artículo 146 ya no incluya el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad, así como que se ponga en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura).

Se precisa (artículo 145.5 LCSP) que los criterios de adjudicación, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio.

Se limita el uso criterio mejoras, pues no podrá asignársele una valoración superior al 2,5% y se definen con claridad, para evitar un «uso incorrecto», como 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 prestaciones⁵⁷.

Entre los criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida⁵⁸.

Se regulan criterios de desempate (conforme a criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada (la elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente. La regulación de la anormalidad de oferta (artículo 149 LCSP) permite poner en valor la calidad de la prestación (y evitar precarización de las condiciones laborales). Anormalidad que supone en todo caso una presunción que debe decidirse posteriormente sobre el criterio de riesgo de incorrecta ejecución de la prestación del contrato. Se exige, pues, de un debate contradictorio a fin de que el licitador pueda probar que su oferta es viable y está destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, *SAG EV Slovensko a.s.*)⁵⁹.

La nueva regulación permite adoptar una visión distinta sobre la posibilidad de incorporar criterios sociales como criterios de valoración de las proposiciones. En la consideración de la vinculación de los criterios

simplificada, deben ser preferentemente de aplicación matemática, pues el «simplificado» no es más que el procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que a juicio de la citada Junta no cabría utilizar esta tramitación simplificada en contratos de compleja valoración.

⁵⁶ No podrá adjudicarse a través de esta modalidad de procedimiento los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo que resulta totalmente coherente con limitación de la utilización de criterios dependientes de juicios de valor. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP, se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Ahora bien, lo que no se exige de forma expresa es la obligación de acreditar la personalidad, representación y declaración de no incursión en prohibición de contratar, compromiso de constitución de UTE y sometimiento a fuero español.

⁵⁷ En todo caso, en el diseño o aplicación de estos criterios deberá analizarse la existencia de prácticas calificadas como *red flags*, tales como que exista un único licitador (criterio aplicado por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 60/2015, de 15 de mayo), que podrán justificar la anulación de la licitación.

⁵⁸ Vid. R. DELGADO FERNÁNDEZ, «El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa», *Revista Gabilex*, núm. 7, 2016, págs. 116-152. Como destaca esta autora, «Su aplicación práctica presenta ciertamente problemas, que disminuirán según se avance en su aplicación y aumenten los conocimientos al respecto de los gestores de contratación y que solo se podrán resolver con la voluntad decidida de las administraciones contratantes. Sin duda dicha aplicación experimentará un estímulo importante si se aprueban normas de cálculo generales en el ámbito de toda la UE. Ya existen antecedentes (sobre todo en la industria militar y de la construcción) de dicho cálculo y normas internacionales que analizan y calculan el ciclo de vida desde diferentes aspectos y pueden ayudar a la aplicación del mismo como criterio de valoración así como proyectos en marcha sobre este aspecto».

⁵⁹ En el supuesto de presunción de anormalidad se debe solicitar a la empresa afectada una aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones. Por todos, Acuerdo 9/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

sociales resulta de especial interés la doctrina recogida en la STJUE de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que señala que «no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en este», y que concluye que «nada se opone, en principio, a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo⁶⁰. En todo caso, debe exigirse tanto que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato, como que no se desvirtúen los propios principios de la contratación pública.

En ciertas ocasiones la estrategia social del contrato aconseja prestar especial atención a la fase de ejecución, **mediante condiciones especiales de ejecución (artículo 202 LCSP)** que serán obligatoria para todo licitador que aspire a la adjudicación. Regular las retribuciones mínimas del personal y su forma de acreditación periódica, prever la obligación de subcontratación de ciertos elementos del contrato con determinados colectivos sociales (como empresas de iniciativa social), imponer penalidades contractuales que «estimulen» el correcto cumplimiento de la sensibilidad social del contrato, son, entre otras, previsiones muy eficaces en la consolidación de una contratación socialmente responsable eficaz (sin obviar el importante efecto didáctico para extender estas propuestas al sector privado).

Las condiciones especiales de ejecución pueden ser el «vehículo» más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales, tal y como ya ha advertido el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, donde, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, ya que entiende que «no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que la ultraactividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación»⁶¹.

11. El régimen de **modificación del contrato** (artículos 203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, **es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia)**⁶². Se introduce por ello adverbio «solo», con la finalidad de remarcar el carácter excepcional de la modificación y se limitan ciertas posibilidades⁶³. No hay modificados de «*minimis*». En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24).

⁶⁰ Vid. T. MEDINA, «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REDA*, núm. 153, 2012, págs. 213-240.

⁶¹ No es posible una cláusula social, ni como condición de ejecución, que prevea que una empresa adjudicataria repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un concreto territorio, por ser claramente discriminatoria (Informe 15/2016, JCCA de Aragón). Ni tampoco son admisibles los criterios de arraigo (el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 9/2009, de 31 de marzo, advierte de la no validez). El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 130/20154, ha declarado la nulidad del criterio social, porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una Comunidad Autónoma.

⁶² La efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada vid. J. L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., pág. 243. También BAÑO LEÓN, «Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos», *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, págs. 142-145.

⁶³ En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (204. 2 LCSP).

Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Interesa destacar que toda modificación debe publicarse (artículos 203.3 y 205 LCSP) y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra) y que, como ya se ha visto, la modificación puede ser objeto de recurso especial⁶⁴. Esta regulación debe interpretarse conforme a los principios de la contratación pública y, para su correcto funcionamiento, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto– y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto⁶⁵.

Hay que resaltar que se ha eliminado la posibilidad del Proyecto de Ley de «libre» modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –coherente con la regulación del TRLCSP 2011, que obliga con indiferencia del importe–, lo que lamina la posibilidad de descontrol en los sobrecostos y, también, que exista un «incentivo» a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. Esta decisión incluida ahora en el artículo 317 LCSP de «no facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, supone un claro «impulso» en la lógica de uniformidad jurídica y, sobre todo, de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción⁶⁶.

12. En el régimen de **contratos administrativos** existen ajustes técnicos (por ejemplo, mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en la regulación de las concesiones: donde se incluye el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Se confirma la actual regulación de la responsabilidad patrimonial administrativa en los casos de resolución de las concesiones (RPA), que es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional⁶⁷. Esta RPA se limita, para la resolución por causa imputable al

⁶⁴ Sobre esta cuestión me remito a J. M. GIMENO FELIU, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi. Cizur Menor, págs. 31-138.

⁶⁵ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, ob. cit., págs. 131-135.

⁶⁶ Sin embargo, al Consejo de Estado en su Dictamen al ALCSP de marzo de 2016, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que «Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.». La visión de la modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostos en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.

⁶⁷ Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: “Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”. Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una “limitación” de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *RAP*, núm. 194, 2014, 437-474.

concesionario, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma)⁶⁸. Se permite pagos por disponibilidad⁶⁹.

Interesa llamar la atención sobre el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros «servicios públicos»). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS⁷⁰. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁷¹. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, «*la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda*». La opción de la Ley, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser ya de opción por la entidad contratante su configuración como tasa), pues la calificación como ingreso tributario diluye –o anula– la transferencia del riesgo operacional, con efectos desde la perspectiva de consolidación de déficit⁷².

Por otra parte, al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible⁷³. Se permite ampliar un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

⁶⁸ En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

⁶⁹ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PERÉZ y E. MARCO PEÑAS, «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT», *RAP*, núm. 194, 2014, 437-474.

⁷⁰ «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, págs. 22-29.

⁷¹ Vid. J. TORNOS MAS, en su excelente artículo «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)», *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

⁷² La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCIA HERNÁNDEZ, «El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?», *Revista Derecho Local*, núm. 38, febrero de 2016.

⁷³ Esta decisión de no «cambiar» la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «*el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública*» (*Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)*). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta). Vid. J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., págs. 148-150.

13. En las prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio se mantiene la técnica del rescate como privilegio unilateral de resolución anticipada (que no debe confundirse con supuestos de resolución por incumplimiento o concurso de la empresa concesionaria), si bien se exige que exista interés público y que se acredite que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional (artículos 279 c) y 294 c) LCSP, según sea concesión de obras o concesión de servicios)

Esta opción incumple formalmente la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes⁷⁴. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. En este sentido resulta de interés la STJUE de 7 de Septiembre de 2016, *Frogne*, al afirmar que: «el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad»⁷⁵. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. El rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad (así se reconoce en el Proyecto de Ley de Contratos Públicos de Navarra, en tramitación)⁷⁶.

La opción española, en todo caso, desde la perspectiva del resultado, viene a imposibilitar la práctica del rescate, pues la acreditación de mejor eficacia y eficiencia como condicionantes previo para adoptar la decisión se antoja de casi imposible cumplimiento (solo el coste indemnizatorio de la rescisión anticipada impedirá en muchos casos que pueda existir una gestión directa más eficiente)⁷⁷.

14. En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan los órganos de contratación de las entidades locales (sin especiales novedades). Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Los plazos de presentación de solicitudes se inician en momento publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito. Existe, además, una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sec-

⁷⁴ Vid. J. M. GIMENO FELIU, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58/59, 2016, págs. 50-71 (ibídem, "La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo", Cuadernos de Derecho Local, núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. TORNOS MAS, "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, pág. 49. Sobre esta cuestión es de especial interés el libro *Servicios Públicos e ideología. El interés público en juego* (F. CAAMAÑO, J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), Profit, 2017, págs. 87-90.

⁷⁵ El Tribunal considera que es indiferente que la modificación se deba más a la voluntad de superar un conflicto que a la de renegociar las condiciones de la contratación. E insiste en la necesidad de respetar los principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia.

⁷⁶ Sirva de ejemplo la Legislación de Puertos (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), donde al prever el rescate de las concesiones (de dominio público) se regula tal posibilidad no como prerrogativa sino como procedimiento ablativo (artículo 99).

⁷⁷ Sobre la necesidad de adecuada motivación en estos procesos me remito a J. PONCE, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, pág. 80. Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

tor público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

15. En relación al recurso especial conviene reseñar la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública⁷⁸. La opción contenida en el proyecto de Ley limitaba «en exclusiva» este recurso especial a los contratos de importe armonizado. Opción cuestionada por la doctrina de forma unánime⁷⁹. Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado⁸⁰, Comité Económico y Social⁸¹, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁸² o Transparencia Internacional España⁸³. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o «gasto» innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración⁸⁴. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe⁸⁵. Por ello, resulta muy relevante la opción de ampliar por el importe el recurso especial frente a su limitación inicial a los contratos armonizados, que supera una extendida perspectiva de «gasto», y no de inversión, cuando se analizan

⁷⁸ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

⁷⁹ Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *RAP*, núm. 178, 2009, págs. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J. M. BAÑO LEÓN, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP*, 151, 2000, pág. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro colectivo *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 392.

⁸⁰ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: “La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados”.

⁸¹ DICTAMEN núm. 8, 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

⁸² IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

⁸³ En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)

⁸⁴ Vid. J. M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, número monográfico especial (2016), Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁸⁵ Como bien ha destacado el Profesor J. M. BAÑO LEÓN, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, «la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente». “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, pág. 669. Con esta ampliación del ámbito del recurso especial desde la perspectiva del importe se avanza en la filosofía del régimen equivalente en el nivel de eficacia exigido por STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

los escenarios preventivos de control eficaz⁸⁶. Se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)⁸⁷. Sin embargo, a mi juicio de forma errónea, no se incluyen en su objeto, pese a ser obligación europea, ni las alteraciones de las condiciones de subcontratación, así como los supuestos de resolución de los contratos (aunque se introduce dentro del objeto del recurso especial los rescates de concesiones). Esta limitación objetiva no es coherente con las obligaciones derivadas de las Directivas «recursos» vigentes en su nueva redacción derivada de la reforma de 2014. Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que aplica un criterio amplio de «decisión» a efectos del ámbito material del recurso especial⁸⁸.

Además, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARÍA PASTOR⁸⁹). Este sistema de «justicia administrativa especial» ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C-54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración –carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción– y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE⁹⁰.

Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y desaparece cuestión de nulidad contractual que se integra en el recurso especial. Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁹¹. No obstante,

⁸⁶ J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad. Así se ha hecho en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas) que fija en 200 000 euros el umbral del recurso especial para el contrato de obras y en 60 000 euros para los contratos de servicios y suministros.

⁸⁷ Sobre en carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo *La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable*, en libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

⁸⁸ La Directiva de concesiones incorpora un supuesto tasado de causas de resolución anticipada cuyo no cumplimiento por una Administración o poder adjudicador abre la puerta al recurso especial. Me remito a mi trabajo “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, 2017, págs. 50-71. También en el estudio *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017 /J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS).

⁸⁹ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, págs. 48-64.

⁹⁰ E. HERNÁEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter «cuasi jurisdiccional». “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 28 de junio de 2013, pág. 88. Igualmente, M. J. SANTIAGO, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, *Revista Auditoría Pública*, núm. 66, 2015, págs. 105-118. Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Aspecto sobre el que interesa dar cuenta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014, en el recurso de casación núm. 3014/2013 (asunto de la Privatización Aguas Ter-Llobregat en Cataluña).

⁹¹ La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas– el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales

esta ampliación no comporta el reconocimiento a la acción pública, a mi juicio justificada porque la contratación pública guarda directa relación con el derecho a una buena administración⁹².

Hay un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). Las comunicaciones son electrónicas en todo caso. Se elevan las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso a 30 000 euros⁹³. Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

Se indica expresamente que el recurso es gratuito (lo que elimina la posibilidad de imponer tasas por recurrir) y se mantiene el carácter potestativo. Este carácter potestativo genera evidentes disfunciones procesales, que eran corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio en el Proyecto de Ley⁹⁴. Además, la experiencia de independencia del sistema permite vencer la «resistencia» inicial a esta consideración de carácter potestativo, pues su actual funcionamiento ha acreditado que no es una «carga» para el recurrente, sino un remedio procedimental claramente eficaz⁹⁵.

16. De forma acertada, se decide reformar **tema jurisdicción** superando la dualidad jurisdiccional. Todas las fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residen en el orden contencioso-administrativo. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa. Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la

que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que “los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés –e incluso obligación–, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL”.

⁹² J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local*, 2012, IDP, Barcelona, 2013, págs. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁹³ Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) en su Sentencia de 14 mayo 2014. JUR 2014\157183, el artículo 47.5.º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que “si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar”. Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe y temeridad para imponer la multa.

⁹⁴ Las explica bien G. MARTÍNEZ TRISTÁN, “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 45-54 y P. VALCÁRCEL “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, *XI Congreso AEPDA*, págs. 27 a 31 de su ponencia (el texto se puede ver en el libro *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016 (págs. 303 y ss).

⁹⁵ J. M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, número monográfico especial (2016), Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 187.

competencia⁹⁶. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos «materialmente» administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización⁹⁷. Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

17. Se diseña un **nuevo sistema de gobernanza**, del que deriva tanto de un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CC.AA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea⁹⁸, como, principalmente, de la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está adscrita orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero formada por personal independiente (plazo de 6 años inamovibles), que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de contratación pública⁹⁹. Podrá dictar instrucciones, pero no se le reconocen competencias de «anulación» o sanción¹⁰⁰. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas –además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos– lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas –que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática– conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública¹⁰¹. Esta Autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal Cuentas, de seguimiento de la contratación pública¹⁰².

III. CONCLUSIONES

En el contexto de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, configurada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas y orientada al objetivo de mayor

⁹⁶ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 237-277.

⁹⁷ Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los profs. GARCÍA DE ENTERRÍA y TR. FERNÁNDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, vol. II, 2013, pág. 622).

⁹⁸ Cuestión en la que insiste la citada Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit.

⁹⁹ En todo caso, como bien advierte J. PONCE, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración. “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017, pág. 8 de su trabajo. Como advierte, la posible creación de oficinas de este tipo debe ser contextualizada en una estrategia global contra la mala administración y la corrupción y a favor del buen gobierno y la buena administración.

La decisión sobre la creación de una oficina de este tipo debe ponderar, por exigencias del derecho a una buena administración, los costes y beneficios concretos, de todo tipo, que la misma pueda generar, y sólo crearla si los segundos superan a los primeros. Es preciso respetar los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo exigido ahora por la ley 39/2015.

¹⁰⁰ El funcionamiento de la OLAF en la Unión Europea puede servir de ejemplo para su puesta en funcionamiento. Sobre ello resulta interesante el trabajo de M. FUERTES LÓPEZ, “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*, núm. 175, 2014, págs. 269-301.

¹⁰¹ El titular de la presidencia de la Oficina remitirá a las Cortes y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones y comparecerá en las Cortes para la presentación del informe anual y sus conclusiones.

¹⁰² Sin duda puede ser una importante herramienta de apoyo a la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Vid. A. PEÑA OCHOA, “El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción”, en libro colectivo *La corrupción en España*, ob. cit., págs. 83-108. En especial resulta de interés el estudio de J. A. FERNÁNDEZ ASEÑO, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos, el legislador español ha acertado (no sin vacilaciones) al revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico de la contratación pública, evitando el riesgo de una oportunidad perdida, y apostando por una mejor y mayor transparencia¹⁰³.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 es compleja y contiene «debilidades» (algunas por inercia). Pero es un avance para reconstruir las «murallas del Derecho Administrativo», concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social). Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno. La idea de *buen gobierno* va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger «una economía sana y competitiva». Desde este contexto la nueva Ley de Contratos del Sector Público es una «ventana de oportunidad» para un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico¹⁰⁴.

¹⁰³ La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo advertía Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad– en el segundo libro de la *República*, expone el mito del pastor GIGES. (*República*, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

¹⁰⁴ Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf. Idea en la que se insiste en el informe de Ernst & Young, *La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación* (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.



El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

Alejandro Huergo Lora
Universidad de Oviedo
ahuergo@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Alejandro Huergo Lora es Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y los contratos públicos.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE REPARTO DE RIESGOS. 3. EL ALCANCE DE LA NOVEDAD LEGISLATIVA. 4. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE. a) EL INTENTO DEL TJ Y DE LA COMISIÓN DE EVITAR LA «HUIDA A LAS CONCESIONES». b) EL RIESGO CONCESIONAL EN LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONTABILIDAD PÚBLICA (SEC-2010). 5. LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA DIRECTIVA 2014/23. 6. EL RIESGO OPERACIONAL EN LA NUEVA LCSP DE 2017. 7. DUDAS Y CUESTIONES ABIERTAS.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más destacadas 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, es la introducción del concepto de «riesgo operacional», que se erige en condición *sine que non* de las concesiones de obras y servicios¹. Si el concesionario no asume ese «riesgo operacional», el contrato no será una auténtica concesión sino un tipo contractual diferente –concretamente un contrato de obras o de servicios, respectivamente–². Vaya por delante el recordatorio de que la concesión de obras o de servicios es un contrato más, como recuerda la propia Directiva 2014/23/UE desde su mismo título (Directiva «relativa a la adjudicación de contratos de concesión»), por lo que no deben llevar a equívoco algunas expresiones de fuentes comunitarias, que contraponen «concesiones» y «contratos públicos».

¹ Agradezco a los profesores Santiago Muñoz Machado y Mariano López Benítez la invitación a participar en la edición de 2017 del Seminario sobre la Reforma del Estado, que tuvo lugar en Madrid el 18 de octubre, en la que expuse las ideas recogidas en este trabajo. Una versión muy simplificada e inicial de las mismas se dio a conocer en el seminario de *Estudio Jurídico Ius Publicum*, celebrado también en Madrid el 6 de abril de 2017. Agradezco las observaciones de los profesores Juan Mestre Delgado, Andrés Betancor Rodríguez, Vicente Álvarez García, Eva Desdentado Daroca y Juan Antonio Carrillo Donaire.

Por otro lado, esta publicación se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo» de la Universidad de Oviedo, y en los proyectos de investigación FC-15-GRUPIN14-039, financiado por el Principado de Asturias (Consejería de Economía y Empleo), y DER2014-59595-P, del Ministerio de Economía y Competitividad.

² De entre los trabajos que, en lengua española, estudian el riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE y su incorporación al Derecho español, destaca el de A. ROMÁN MÁRQUEZ, «El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario», *REDA*, 182 (2017), págs. 445-481.

La concesión ya no se define ni se distingue de los contratos de obras o servicios por el hecho de tener por objeto una obra o un servicio *públicos*, ni por que el contratista reciba pagos directos de los usuarios o de la Administración. Por lo tanto, en algunos casos el contratista privado recibe en el contrato el derecho a explotar la obra o servicio, pero, como no asume ese «riesgo operacional», no nos hallamos ante una auténtica concesión sino ante un contrato de obra o de servicio. La concesión (de obra o de servicio) ya no se define sólo por la forma de remuneración del contratista, sino que se exige expresamente que éste asuma el riesgo operacional.

La segunda consecuencia de esta novedad legislativa es que el concepto de servicio público pierde relevancia a la hora de clasificar el contrato. Hasta ahora, cuando el contrato tenía por objeto un servicio público el intérprete se dirigía al contrato de gestión de servicios públicos en sus diversas modalidades, una de las cuales es precisamente la concesión.

En la nueva Ley, en cambio, los contratos que tienen por objeto «servicios» (públicos o no), serán concesiones de servicios o contratos de servicios en función de la asunción por parte del contratista, o no, del riesgo operacional. La distinción entre contrato y concesión no está alineada con la distinción entre servicios *públicos* y servicios *de otra naturaleza*, sino que se cruza con ella, de modo que tanto las concesiones como los contratos de servicios pueden tener por objeto cualquier tipo de servicios, tanto públicos como de otro tipo. Surgen, así, cuatro posibilidades reguladas en la propia Ley: concesiones de servicios públicos y de servicios «ordinarios», y contratos de servicios «no públicos» y contratos de servicios que tienen por objeto un servicio público.

En las páginas que siguen, partiremos del significado que tienen las cláusulas de reparto de los riesgos en la contratación en general y en la contratación pública en particular. Después se comprobará hasta qué punto estas novedades de la LCSP constituyen una novedad real, para examinar a continuación su origen, es decir, las fuentes de la regulación contenida en la Directiva 2014/23/UE. A continuación estudiaremos la normativa establecida en la recién aprobada LCSP, para contemplar, finalmente, las cuestiones abiertas y la valoración general de este cambio legislativo.

2. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE REPARTO DE RIESGOS

Las normas que establecen que en las concesiones de obras o de servicios el concesionario tiene que asumir «un riesgo operacional» (artículos 14.4 y 15.2, entre otros) son normas legales imperativas que exigen, para que un contrato sea clasificado como concesión y se le aplique el régimen legalmente previsto para ese contrato, que el contratista privado asuma en una determinada medida ese «riesgo operacional».

Aunque hasta ahora no se definía expresamente ningún tipo contractual en función de la asunción de riesgos, las normas legales y las cláusulas contractuales de atribución o de reparto de riesgos entre las partes del contrato son muy frecuentes tanto en la contratación en general como en los contratos públicos. Y es que el contenido de un contrato se define no sólo por las obligaciones asumidas por las partes (y los correlativos derechos atribuidos a las mismas), sino también por la medida en que cada una de ellas asume los riesgos derivados del contrato, o los comparte. Como dice Á. CARRASCO, «[t]odo contrato se halla expuesto en mayor o menor medida a que fracasen, por razones **no imputables** a la conducta o a la previsión de las partes, las expectativas y los intereses que los contratantes han querido satisfacer con la celebración de aquél». «[E]l fracaso del contrato es una contingencia sobrevenida que afecta en todo o en parte a la **rentabilidad** esperada por los contratantes. El riesgo contractual es la posibilidad de este fracaso, y las técnicas de imputación del riesgo constituyen los mecanismos diseñados por las partes, o supletoriamente por la ley, para asignar a una, o ambas, de las partes el efecto perjudicial de la contingencia del fracaso»³.

En el derecho contractual general existen reglas de reparto o de atribución de riesgos como *res perit domino*, *periculum emptoris*, *periculum debitoris*, el efecto liberatorio de la fuerza mayor y en determinados casos del caso fortuito (artículo 1105 CC), la regla *rebus sic stantibus*, etc. En unos casos se trata de normas legales (algunas de ellas imperativas, otras dispositivas). Pero también pueden introducirse en los contratos (y se hace con frecuencia) cláusulas de atribución y de distribución del riesgo. Por ejemplo, los contratos «llave en mano» (EPC) se definen por la asunción de determinados riesgos por parte del contratista, en comparación con, por ejemplo, un contrato de obra ordinario.

³ Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 963. Sobre la distribución de riesgos, *vid.* págs. 963-1.045, extraordinariamente ilustrativas.

También en el ámbito de la contratación administrativa encontramos reglas legales de atribución de riesgos, empezando el «principio de riesgo y ventura» (artículo 197 LCSP), que afecta a todos los contratos administrativos. Lo mismo cabe decir del derecho del contratista a ser indemnizado en casos de fuerza mayor (artículo 239), que es una regla aplicable exclusivamente el contrato de obras⁴. La «cláusula de progreso» de las concesiones (artículo 259.4) también atribuye al concesionario un riesgo, el del incremento de la onerosidad del contrato como consecuencia de la necesidad de implantar novedades derivadas del progreso de la ciencia o de «la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios», aunque la nueva Ley limita ese riesgo con una facultad de desistimiento del concesionario en caso de que «el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato» [artículo 270.4.b)]⁵. Otro ejemplo es el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato ante situaciones de «riesgo imprevisible», actualmente no reconocido expresamente por la legislación de contratos públicos pero que encontraba acogida en el artículo 127.2.2.º b) del RSCL («La Corporación concedente deberá (...) mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual (...) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevinidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión»).

Este es el contexto en el que deben situarse los preceptos que exigen que, en los contratos de concesión (de obras o de servicios), el concesionario asuma un riesgo operacional.

3. EL ALCANCE DE LA NOVEDAD LEGISLATIVA

Aunque en el TRLCSP (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) no utilizaba la expresión «riesgo operacional», sí contenía referencias expresas al riesgo como un requisito imprescindible en las concesiones de obras y de servicios.

En el caso de las concesiones de obra, el artículo 7.2 del TRLCSP decía que este contrato «se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista», lo que no era decir mucho porque el principio de riesgo y ventura era de aplicación a todos los contratos administrativos en virtud del artículo 215. Pero la mención expresa al riesgo y ventura en el artículo 7.2 se entiende mejor a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, cuyo contenido pasó, sin modificación alguna, al TRLCSP de 2011, para sufrir después cambios importantes por obra de la Ley 40/2015. En ella se insiste en la necesidad de que «el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación»⁶, no sólo por razones de tutela del interés público, sino para cumplir las exigencias del Derecho europeo, que entonces no estaban recogidas expresamente en ninguna norma, pero que se desprendían del texto de las Directivas entonces vigentes, como decía una Comunicación interpretativa de la Comisión y poco después establecería el TJ en su jurisprudencia, tal como veremos en el siguiente epígrafe⁷.

Por lo que respecta a la concesión de servicios, el artículo 277.a) del TRLCSP disponía que, dentro de las distintas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, lo que caracteriza a la concesión es el dato de que «el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura». Algo que venían diciendo

⁴ El trabajo clásico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *RAP*, 2 (1950), págs. 83-108, explica magníficamente cómo encaja el «principio de riesgo y ventura» en la distribución de riesgos del Derecho de contratos.

⁵ Sobre la cláusula de progreso, *vid.* por todos, J. L. MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968 y T. QUINTANA LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *REDA*, 131 (2006), págs. 421-444.

⁶ «Reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en «proporción sustancial» por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación. La ley responde así, sin ambigüedades, a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000. Esta doctrina del riesgo informa en consecuencia la regulación que la ley hace de la concesión de obras públicas».

⁷ Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000.

las normas precedentes, como el artículo 134.3 del RSCL, o el artículo 66 del Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado (aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril). Aquí no estamos hablando del principio general de riesgo y ventura, aplicable a todos los contratos administrativos, sino de algo característico de la concesión de servicios que la distingue de otras modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

Lo cierto es que, pese a la claridad de estas normas, en España se plantearon dudas acerca de la correcta calificación de determinados contratos, que parecían oscilar entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios. Con frecuencia, las Administraciones intentaron calificar como concesiones de servicios determinados contratos que tenían por objeto la gestión indirecta de un servicio público, pero en los que era dudoso que el concesionario asumiera el «riesgo y ventura del servicio». Múltiples informes de los órganos consultivos de contratación pública y de los de resolución de recursos⁸ e incluso alguna sentencia del TJ⁹ dejaron claro que sólo hay concesión de servicios cuando el concesionario asume el riesgo y ventura del servicio, y que cuando no se produce esa asunción del riesgo, el contrato no puede ser calificado como concesión de servicios públicos (sino como contrato de servicios), por mucho que se refiera a la gestión de un servicio público¹⁰. Quede claro que no está en juego la legalidad del contrato, sino su calificación. Son admisibles fórmulas de colaboración en las que el contratista no asuma el riesgo y ventura del servicio, pero recibirán la calificación de contrato de servicios y no la de concesión de servicios.

¿Qué diferencias concretas de régimen jurídico existían entre la concesión de servicios y el contrato de servicios? En el caso español (y antes de la LCSP de 2017), la diferencia más destacada era el plazo, mucho más largo en las concesiones¹¹. La concesión, aun estando sometida a los mismos procedimientos de licitación que los contratos de servicios (y en ese sentido era tan difícil conseguir una concesión como un contrato de servicios), proporcionaba al contratista una posición mucho más sólida en cuanto más duradera. En muchos casos se pudo, incluso, prolongar la relación contractual (y, en consecuencia, la obtención de ingresos) sin licitación, a cambio de la realización de determinadas inversiones por parte del concesionario, pactadas con la Administración, a través de fórmulas de «restablecimiento del equilibrio financiero» mediante la prórroga del contrato, que fueron expresamente admitidas durante los años 90 en el ámbito de las concesiones de obras (autopistas de peaje)¹². También hay que destacar que la cuantía necesaria para aplicar el recurso especial en materia de contratación era mucho más baja en los contratos de servicios que en las concesiones¹³.

Las confusiones entre ambos tipos contractuales surgen porque las concesiones pueden definirse por tres características diferentes, que normalmente coinciden, pero no siempre. La primera es que la remuneración del concesionario es un peaje o tarifa por la utilización de la obra o la prestación del servicio (normalmente abonado por los usuarios, aunque también puede hacerlo la Administración) y no un pago efectuado por la Administración en función de la actividad desplegada por el contratista. La segunda (referida a las concesiones de servicios) es que tengan por objeto la gestión indirecta de un servicio público. Y la tercera es la asunción del riesgo y ventura por parte del contratista. Lo que se afirmó en todos esos casos dudosos (y veremos que ése es el núcleo de la jurisprudencia del TJ) es que el concepto de concesión exige la asunción por el concesionario del «riesgo» (dejemos los matices por ahora: riesgo y ventura, riesgo operacional, riesgo de explotación, riesgo de gestión), no siendo suficientes otras notas que en realidad son total o parcialmente contingentes, como la forma de remuneración o la naturaleza jurídico-pública de la obra o servicio gestionados por el concesionario.

⁸ Por poner un ejemplo reciente, ejemplo, resolución del TACRC sobre contrato del Ayuntamiento de Candamo para residencia de ancianos (Recurso núm. 438/2015 C. A. Principado de Asturias 30/2015, Resolución núm. 543/2015). Una exposición detallada de esa doctrina puede verse en D. SANZ PÉREZ/M. REVERTER BAQUER, «La Directiva de concesiones: Especial atención al riesgo operacional y su aplicación práctica en nuestro ordenamiento», en M. Á. RECUERDA GIRELA (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2016*, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 421-446.

⁹ Sentencia de 27 de octubre de 2005 (asunto C-158/03, Comisión contra España, párrafo 32).

¹⁰ Lo estudia con abundante bibliografía RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», *REDA*, 161 (2014), págs. 37-74.

¹¹ Basta comparar, en el TRLCSP, los artículos 303 (contratos de servicios: 4 años más otros 2 de prórroga) y 278 (concesiones de servicios públicos: 50-20-10 años, respectivamente, para concesiones con construcción de obras, de mera explotación y de mera explotación de servicios sanitarios).

¹² Art. 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

¹³ De acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP, en los contratos de servicios el recurso especial en materia de contratación se puede presentar a partir de un umbral situado entre 134.000 y 207.000 euros (según el tipo de servicio), mientras que en las concesiones de servicios hace falta que el plazo sea superior a 5 años y que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.000 euros.

También debe subrayarse desde ahora el equívoco que puede surgir entre el «principio de riesgo y ventura», como exigencia de todos los contratos administrativos, y la asunción del «riesgo y ventura del servicio», como exigencia específica de las concesiones de servicios (y de las de obras), en las que se redobla la exigencia de la asunción del riesgo y ventura, que ya es un principio general de todos los contratos administrativos. ¿En qué consiste ese «riesgo y ventura del servicio» que va más allá del «principio de riesgo y ventura», hasta el extremo de que hay contratos en los que se aplica el segundo, pero no el primero?

En todo caso, lo que interesa destacar como conclusión de este epígrafe es que la asunción del riesgo por el concesionario es una regla que ya se aplicaba en nuestro Ordenamiento jurídico, y no sólo por imposición del Derecho comunitario sino por sus propias normas. En este sentido, puede ocurrir (es una hipótesis que trataré de argumentar a lo largo del trabajo) que la novedad que incorporan tanto la Directiva 2014/23/UE como la nueva LCSP sea precisamente una *reducción* del nivel de riesgo que debe asumir el concesionario para que el contrato pueda recibir la calificación de concesión de obras o de servicios.

4. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE

La Directiva 2014/23/UE, que es la fuente directa de la nueva LCSP, tiene, a su vez, su origen –en lo que respecta al riesgo operacional– en dos conceptos de riesgo que surgieron de forma paralela e independiente en el Derecho comunitario: la jurisprudencia del TJ sobre la definición de las concesiones de obras y servicios (con la que se quería evitar la huida de las normas sobre licitación de los contratos públicos, que no eran exigibles en la adjudicación de concesiones) y la normativa contable de la UE (aprobada mediante sucesivos Reglamentos comunitarios, el último de ellos de 2013) con la que se persigue garantizar la transparencia de las cuentas públicas de los Estados miembros y la credibilidad de sus cifras de déficit y deuda pública. Esta normativa también define el riesgo como elemento esencial de las concesiones, en el intento de evitar que los Estados miembros camuflen los compromisos financieros que asumen, mediante una inadecuada calificación de los mismos como concesión.

Vamos a ver por separado ambas fuentes, porque es necesario para entender el texto de la Directiva, que constituye una curiosa mezcla que no se ajusta exactamente a las reglas que hasta ese momento venían aplicándose en el Derecho europeo de los contratos públicos.

a) El intento del TJ y de la Comisión de evitar la «huida a las concesiones»

Las Directivas de contratos públicos de los años 90 y las de 2004 se aplicaban a los contratos de obras, suministros y servicios, pero no a las concesiones. Se definían las concesiones de obras, pero su adjudicación no se sometía a las reglas aplicables a los contratos de obras¹⁴. Lo único que se regulaba era la obligación de que el concesionario de obras aplicara ciertas normas de publicidad en la selección de sus subcontratistas. Las concesiones de servicios, no mencionadas en las Directivas de los años 90, son definidas y expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE¹⁵. Tampoco se aplicaba

¹⁴ La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, define la concesión de obras públicas como el contrato que «presente los caracteres» del contrato de obras (es decir, su mismo objeto), «con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio». El artículo 3 determina las normas de publicidad aplicables a las concesiones que superen el umbral económico fijado, así como a las subcontratas.

La Directiva 2004/18/CE, que se refiere a los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios, define la concesión de obras en idénticos términos (art. 1.3) y establece normas de publicidad similares a las de la Directiva anterior, aunque más detalladas (artículos 56-65).

¹⁵ No mencionaba las concesiones de servicios la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CEE: «La “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio». Artículo 17: “Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1”. El artículo 3 dispone que “[c]uando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el que se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad”».

a las concesiones la Directiva de recursos¹⁶. Los Estados miembros podían adjudicar las concesiones (de forma especialmente clara en el caso de las de servicios) sin sujetarse a los procedimientos de licitación regulados en las Directivas, aunque ciertamente era aplicable el Derecho comunitario primario (las exigencias genéricas derivadas de las libertades comunitarias reguladas en los Tratados), en los términos establecidos por la jurisprudencia del TJ.

En España el legislador no aprovechó esa «libertad» que le concedía el legislador comunitario para permitir que las concesiones se adjudicasen con mucho menores requisitos de publicidad. Al contrario, la adjudicación de las concesiones venía sometida, desde antes de la aplicación del Derecho comunitario en España, a las mismas reglas aplicables a la adjudicación de los demás contratos típicos (obras, suministros, servicios). Sí es verdad que, como hemos visto, las concesiones tenían un plazo de duración más largo, lo que las convertía en una fórmula preferible para muchas empresas y también para determinadas Administraciones, entre otras cosas porque ese plazo largo permitía obtener un elevado «canon concesional» liquidable en el momento de perfección del contrato¹⁷.

En otros Estados miembros, singularmente Alemania, sí que había una fuerte oposición, sobre todo por las Administraciones locales, a someter a los procedimientos de licitación fórmulas jurídicas que se venían utilizando para la gestión de los servicios públicos¹⁸. Estamos hablando sobre todo de mecanismos de colaboración interadministrativa o de empresas mixtas, o de fórmulas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro para la gestión de servicios sociales. Técnicas que no pueden subsistir si la Administración se ve obligada a someter los correspondientes contratos a una licitación abierta. Las Directivas 2014/23 y 2014/24 contienen preceptos que dan un cierto encaje a este tipo de fórmulas, pero inicialmente era el concepto de concesión el refugio que buscaban las entidades que querían persistir en la utilización de tales fórmulas jurídicas¹⁹.

Aunque el Tribunal de Justicia ha declarado en varias sentencias, estimando recursos interpuestos por la Comisión, que España ha incumplido las obligaciones que le impone el Derecho comunitario en materia de contratación pública, y otras sentencias, resultado de cuestiones prejudiciales, también han puesto de manifiesto desajustes entre nuestra legislación y las Directivas, la actitud de la doctrina española es muy receptiva hacia la legislación comunitaria y la jurisprudencia del TJ, cuya recta incorporación al Derecho español es el máximo objetivo de la doctrina²⁰. En cambio, en Alemania ha habido una importante resistencia al Derecho comunitario de la contratación. Primero, para mantener la política tradicional de que la contratación pública fuera una oportunidad para el denominado *Mittelstand* (equivalente aproximadamente a las PYMES y una fuerza muy potente en la economía alemana, con gran peso político). La tendencia a dividir los contratos en lotes correspondientes a los distintos oficios, para permitir que las empresas especializadas puedan acceder a contratos de las Administraciones en lugar de verse convertidas en subcontratistas de las grandes constructoras (que es lo que sucede normalmente en España), llevó a Alemania a boicotear la tutela judicial frente a las decisiones administrativas de licitación y adjudicación de contratos, tanto antes como después de la aprobación de la Directiva de recursos²¹. Éste es el verdadero trasfondo de una discu-

¹⁶ La Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, «relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referidas a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras» no incluía la adjudicación de las concesiones de obra, que en aquel momento ni siquiera eran aludidas en la Directiva sustantiva. Con la reforma introducida por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, ya se incluían las concesiones de obras (artículo 1.1), aunque únicamente para hacer cumplir las limitadas normas establecidas en la Directiva 2004/18.

¹⁷ En un plano no estrictamente jurídico, es innegable que la concesión de servicios está «sobrerrepresentada» en los casos de corrupción que han llegado a la jurisdicción penal. La búsqueda de ese «canon concesional», que permite a un responsable político, el que ocupe el órgano adjudicador en el momento en que se licita y adjudica el contrato, gastar una importante cantidad de recursos (con la correspondiente rentabilidad electoral) que se va a generar a lo largo de un largo plazo concesional, está muy alejada de los criterios de buen gobierno.

¹⁸ Vid. M. BURGI, *Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*, Beck, München, 2016, págs. 263-264. El principal efecto de la Directiva es obligar a licitar las concesiones de servicios: K. WILLENBRUCH, en WILLENBRUCH/WIEDDEKIND, *Vergaberecht*, Werner Verlag, Köln, 2017 (4.ª ed.), pág. 112.

¹⁹ En particular sobre la atención especial a los contratos públicos en materia de servicios sociales en las nuevas Directivas, vid. M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, «La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español», *REDA*, 172 (2015), págs. 317-362.

²⁰ Crítica esa actitud J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y Derecho de la Unión», *RAP*, 200 (2016), págs. 83-102 (pág. 95: «la doctrina española, a la que caracteriza habitualmente un encendido tono hagiográfico hacia dichas regulaciones»), o «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *REDA*, 159 (2013), págs. 25-38.

²¹ Traté de contar este episodio en «La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el derecho español», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. don Ramón Martín Mateo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, vol. II, págs. 1.841-1.878.

sión en la que entran en juego figuras dogmáticas como el derecho público subjetivo. La Directiva 2014/24 cede ante esta vieja preocupación alemana, al admitir el «fraccionamiento» del contrato en lotes (no confundir con el fraccionamiento como mecanismo fraudulento para eludir la superación de los umbrales que obligan a tramitar procedimientos públicos de licitación, a base de dividir el contrato en varios contratos menores o, en su momento, en varios contratos que pudieran adjudicarse por el procedimiento negociado sin publicidad)²². La Directiva contempla esa técnica como una facultad de los Estados miembros (dirigida, obviamente, a satisfacer a los que tienen esa preocupación, como ocurre justamente con Alemania), que en España ha sido acogida con cierta amplitud por el legislador, en lo que supone una novedad cuyos resultados están todavía por ver.

La Directiva de concesiones (2014/23), que por primera vez somete la licitación y adjudicación de todas las concesiones a un procedimiento público (aunque mucho menos exigente que el que se aplica a los contratos, regulado en la Directiva 2014/24) despertó una gran resistencia en Alemania, concretamente en los *Länder*, en los que se integran las entidades locales cuya importante participación en la gestión de los servicios públicos se ponía en cuestión. De hecho, el *Bundesrat* o cámara territorial (figura constantemente citada entre nosotros en los debates sobre la posible reforma constitucional) puso en marcha (obviamente en vano), el mecanismo previsto en el Protocolo núm. 2 al TUE, «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», para oponerse a la propuesta de Directiva²³. Una protesta a la que también se unió nuestro Congreso de los Diputados, aunque se haya olvidado de ello en el procedimiento de elaboración de la LCSP²⁴.

Esta especie de «oposición con buena conciencia» a las Directivas, que contrasta con la vergonzante resistencia a su cumplimiento que entre nosotros se ha registrado con alguna frecuencia, es capitaneada, como estamos viendo, por el mundo de los entes locales (en el caso concreto de las concesiones) y por los órganos con competencia en materia de empresa y fomento de la economía (en lo que se refiere al apoyo del *Mittelstand*). La fórmula concreta que se estableció en su momento para el cumplimiento de la Directiva de recursos fue un recurso ante órganos integrados en las autoridades de defensa de la competencia, con posibilidad de acudir finalmente a los tribunales civiles que son competentes en asuntos de defensa de la competencia (el equivalente a nuestras secciones de lo mercantil de las Audiencias Provinciales). Los encargados de hacer cumplir las Directivas no son, por tanto, y a diferencia de lo que sucede en España, los tribunales contencioso-administrativos, sino los civiles (mercantiles), lo que favorece que la doctrina más «procomunitaria» sea la mercantil o de la competencia, mientras que en el sector administrativista se tiende a tener en cuenta las peculiaridades o exigencias de las instituciones jurídico-administrativas²⁵.

²² Conviene tener en cuenta que cuando en los años 90 se pone en marcha la nueva generación de Directivas sobre contratos públicos y en particular las de recursos (acompañadas de la puesta en práctica de otras normas europeas que también se aplicaban a los grandes proyectos de obras, como las relativas a la evaluación de impacto ambiental), la dotación de infraestructuras era mucho más alta en Alemania que en España (salvo en los *Länder* de la antigua República Democrática de Alemania). No se puede analizar la aplicación de las normas europeas en los distintos Estados miembros sin tener en cuenta que Alemania era un país «ya construido», mientras que España era un país «en construcción», que en esa década (fondos de cohesión) y en la siguiente (burbuja inmobiliaria) tramitó, adjudicó y ejecutó una ingente cantidad de obras. Quiero decir con ello que una misma normativa puede resultar más difícil de aplicar con rigor en un país sometido a un fuerte impulso inversor que en otro en el que las grandes obras resultan excepcionales. De los problemas que surgen también en Alemania al gestionar grandes obras públicas da fe la desastrosa peripecia de la construcción del nuevo aeropuerto de Berlín. Por otro lado, y desde una perspectiva jurídica, cuando allí fue necesario realizar grandes obras en poco tiempo (es decir, en los años posteriores a la reunificación) se utilizaron técnicas como la aprobación mediante Ley de proyectos de obras (y de expropiación) para evitar las posibilidades de que su ejecución fuera paralizada por recursos de los afectados. Una técnica que fue admitida por su Tribunal Constitucional (decisión de 17 de julio de 1996, *BVerfGE*, 95, 1) y que es similar a la utilizada en España en varios casos durante la década de los 2000 y que fue declarada inconstitucional en varias ocasiones (STC 203/2013).

²³ Vid. M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., pág. 264, nota 10, y M. OPITZ, "Die Zukunft der Dienstleistungskonzession", *NVwZ*, 2014, págs. 753-760, esp. págs. 753-754.

²⁴ En el BOCG, Serie A, número 24, de 14 de marzo de 2012, se publica el *Dictamen motivado 1/2012 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, basado, entre otras cosas, en que «lo que la propuesta [de Directiva] identifica como un problema no es más que la realidad jurídica y cultural diversa de los países que forman la Unión, que debe ser objeto de respeto en tanto en cuanto no suponga una auténtica barrera al mercado, aspecto este que está lejos de quedar acreditado».

²⁵ Sobre ese reparto de papeles, M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., págs. 263-264. En Alemania las resoluciones dictadas por las autoridades de defensa de la competencia son recurribles ante la jurisdicción civil, no ante la contencioso-administrativa. Los jueces y tribunales civiles conocen, por tanto, de la defensa de competencia en sentido global, tanto desde el punto de vista jurídico-privado como jurídico-público. Vid. mi trabajo "Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y tribunales", en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (coordinado por el profesor José María BAÑO LEÓN), CEPC, Madrid, 2016, vol. III, págs. 2.283-2.312, pág. 2.295, nota 24.

Con esta explicación es fácil entender, creo, el sentido de la jurisprudencia del TJ que va aclarando qué se entiende por concesión y qué es un contrato público distinto de una concesión (sabiendo que la consecuencia es el sometimiento íntegro a la Directiva, si el contrato *no* es una concesión).

Recordemos que el punto de partida normativo son los preceptos que, tanto en la Directiva 93/37 (concesión de obra), como en las Directivas 2004/17 y 2004/18 (concesiones de servicios) definen la concesión como «un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago» [artículo 1.3.b) de la Directiva 2004/17]. Pues bien, a partir de una sentencia de 13 de octubre de 2005, el TJ llega a la conclusión de que esa forma de remuneración, consistente en asumir el derecho a explotar el servicio, supone que el concesionario asume también el «riesgo de explotación» del servicio, lo que en ese contexto parece incluir claramente el denominado «riesgo de demanda», es decir, el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afectará a los ingresos del concesionario y por tanto a las posibilidades de recuperar la inversión efectuada²⁶. Esa misma regla (la concesión no supone sólo una forma de remuneración, sino que conlleva la asunción por el concesionario del riesgo relacionado con la explotación de la obra o servicio) se repite en dos sentencias que estiman otros tantos recursos por incumplimiento presentados por la Comisión contra Italia, por haber adjudicado sin respetar la Directiva dos supuestas «concesiones» en las que en realidad el concesionario no asumía el riesgo, una de 18 de julio de 2007 (incineradoras de Sicilia)²⁷ y otra de 13 de noviembre de 2008²⁸ (tranvía de L'Aquila). Estas sentencias representan una doctrina «clásica» sobre la asunción del riesgo, que se exige que sea completa (asumir «el riesgo de explotación» de la obra o servicio objeto de concesión).

Los matices que finalmente recogerá la Directiva 2014/23 llegan con casos más recientes, procedentes sobre todo de Alemania y en los que es patente la presión para mantener bajo la etiqueta de «concesión» (y, por tanto, libre de los procedimientos de licitación de la Directiva) fórmulas de gestión de servicios en las que la asunción de riesgos es más limitada. Es lo que sucede en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (*Eurawasser*), referida a un servicio de abastecimiento de agua en el que el riesgo de explotación era mínimo²⁹.

²⁶ Sentencia *Parking Brixen* (13 de octubre de 2005, Sala Primera, C-458/03, cuestión prejudicial planteada por un tribunal administrativo de Bolzano): «la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos» (párrafo 40). Recordemos que esta sentencia es importante en la construcción de la doctrina de los contratos *in house*.

²⁷ Sentencia *Comisión c. Italia* de 18 de julio de 2007 (incineración de residuos en Sicilia, Sala 2.ª, C-382/05): «según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata (véanse la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 58, y el auto de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, Rec. p. I-4685, apartados 27 y 28, así como la sentencia *Parking Brixen*, antes citada, apartado 40)» (párrafo 34). Es interesante, por lo que luego se dirá, que esta sentencia considera que no existe asunción del riesgo cuando al concesionario se le garantiza una cantidad mínima de residuos a transferir o cuando se prevé que el canon se adapte en caso de que la cantidad de residuos supere o no llegue a un determinado umbral (párrafo 36).

²⁸ Sentencia *Comisión c. Italia* de 13 de noviembre de 2008 (tranvía de L'Aquila, Sala 3.ª, C-437/07): se considera que constituye un contrato de obra (y no una concesión) un contrato en el que el «concesionario» construye la obra a cambio de recuperar el coste, en parte a través de un pago directo del «concedente» y en parte en unos pagos fijos a realizar por el prestador del servicio a lo largo de 30 años. No hay ningún riesgo de demanda, aunque puede que sí exista algo parecido al riesgo de disponibilidad.

²⁹ Sentencia *Eurawasser* (10-9-2009, Sala 3.ª, C-206/08, cuestión prejudicial planteada por OLG de Thüringen). El mero hecho de que el contratista perciba la contraprestación de los usuarios del servicio, y no de la Administración, no es suficiente para que el contrato sea una auténtica concesión. Es preciso, además, «asumir el riesgo de explotación de los servicios»: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias *Parking Brixen*, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apartado 29, antes citadas)» (párrafo 59). «El riesgo es inherente a la explotación económica del servicio» (párrafo 66). «Si la entidad adjudicadora sigue soportando *la totalidad* del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia» (párrafo 67). El problema que se planteaba en este caso es que el riesgo existente en el negocio era limitado (párrafos 72-73). El TJ dice que eso no priva al poder adjudicador del derecho a utilizar la técnica de la concesión (párrafo 74), en una formulación que recuerda la idea de respeto a la autonomía organizativa de los Estados miembros, en la línea de la cooperación vertical y horizontal. Tampoco tiene sentido pedirle que cree un riesgo artificial para legitimar la concesión (párrafo 75). En conclusión, debe transferirse la totalidad y o una parte significativa del riesgo, sea éste poco o mucho: «incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios» (párrafo 77). Se trata de una concepción «relativa», no «absoluta» del riesgo. Lo que no importa no es que sea poco o mucho, sino que se transfiera al concesionario.

No es que la Administración concedente estuviera interesada en la adjudicación directa del contrato para favorecer a un particular; lo que estaba en juego era una fórmula de colaboración interadministrativa. En la siguiente sentencia, de 10 de marzo de 2011 (*Privater Rettungsdienst*), también procedente de Alemania, la discusión sobre el concepto de concesión también encubre el intento de salvar una técnica de gestión, en este caso la aplicación, en la contratación de los servicios sociales (en este caso, las ambulancias), de fórmulas no basadas estrictamente en el precio³⁰. Las Directivas de 2014 atenderán esta preocupación estableciendo procedimientos más flexibles y umbrales más altos en este sector. En esta sentencia lo que hace el TJ es interpretar con generosidad el concepto de «riesgo de explotación», para aceptar que se produce su transmisión en un sector en el que el riesgo de demanda es mínimo o inexistente.

Esta última sentencia es muy importante porque perfila el riesgo que debe asumir el concesionario en unos términos que han pasado casi directamente a la Directiva 2014/23. Como no se trataba de una concesión al uso, en la que fuese obvio el riesgo asumido por el concesionario, era necesario desarrollar el concepto, como lo hace el Tribunal³¹. Ya no se habla de «riesgo de explotación del servicio» como de algo obvio (e identificado con el riesgo de explotación, incluido el de demanda), porque se está aplicando la concesión a servicios en los que el riesgo es pequeño. Pero debe existir un riesgo de que las cuentas salgan mal, de que el contrato resulte ruinoso:

«el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse* y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74).»

El Tribunal apunta en esta sentencia (y también esto pasará a la Directiva) que este riesgo del concesionario no debe confundirse con el riesgo que asume todo contratista (y que nosotros identificaríamos con el «principio de riesgo y ventura»):

«riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios».

En alguna sentencia posterior, vuelve a utilizarse, como en la sentencia *Eurawasser*, una concepción «relativa» (no «absoluta») del riesgo. No importa que el riesgo asociado a la gestión del servicio sea pequeño, mientras sea efectivamente transmitido al concesionario. Por ello, no hay concesión (sino contrato de servicios) si el contratista «no asume **una parte significativa del riesgo** que corre el poder adjudicador», de modo que no hay concesión cuando el contrato incluye cláusulas de protección ante pérdidas o insuficiencia de ingresos³². Nótese la indudable «rebaja» en las exigencias de asunción del riesgo: se pasa de exigir la

Curiosamente, se afirma que «no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato» (párrafo 79). Es importante porque se trata precisamente de riesgos que en algunas concesiones no se transmiten al concesionario, al tratarse de *factum principis*. La conclusión es que el hecho de que el contratista reciba el pago de los usuarios y no de la entidad concedente no excluye que se trate de un contrato de servicios, salvo que «la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios» (párrafo 80).

³⁰ Sentencia *Privater Rettungsdienst* (10 de marzo de 2011, Sala 3.ª, C-274/09, cuestión prejudicial de Munich, párrafos 37-38).

³¹ Ante las similitudes entre este caso y el de los conciertos de asistencia sanitaria (sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-158/03, Comisión contra España, párrafo 32) en el que el Tribunal falló que no se trataba de una concesión, cabe preguntarse si la diferencia respuesta tiene que ver con que en el asunto *Privater Rettungsdienst* se trataba de una fórmula de contratación que, aunque no encajaba en las normas de la Directiva de contratos sobre la licitación, podía ser considerada razonable en el ámbito de los servicios sociales (y de hecho habría sido «rescatada» por la Directiva 2014/18, que flexibiliza la contratación en este ámbito), mientras que en el asunto de los conciertos de asistencia sanitaria nos encontramos ante una contratación con empresas, pura y simple, sólo que tramitada (incorrectamente) como concesión y no en forma de contrato de servicios.

³² Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (Sala 2.ª, asunto C-348/10, Norma-A, cuestión prejudicial planteada desde Letonia, párrafos 44-49).

asunción «del riesgo de explotación» (sentencias de 2005-2007) a exigir que suma «una parte significativa del riesgo» que inicialmente tenía el poder adjudicador (sentencias de 2009-2011), que además puede ser, de por sí, pequeño (por ejemplo en el caso *Privater Rettungsdienst*).

Enlazando con lo anterior, es importante subrayar que la naturaleza jurídica del contrato (es decir, si se trata de una concesión o no) depende de las obligaciones que asume el concesionario a lo largo de la vida del contrato pero también de puntuales obligaciones que puede asumir la Administración, que sólo operan en determinados momentos (que pueden no producirse), pero que limitan durante toda la vida del contrato el riesgo asumido por el concesionario.

Para sintetizar las conclusiones de este examen de la jurisprudencia, podemos comenzar recordando que al Tribunal no le preocupa la asunción de riesgos por los concesionarios o el peligro que para el interés público puede esconderse en cláusulas de protección del concesionario que obliguen a la Administración a costosos rescates. Lo único que le preocupa es que se utilice el procedimiento de licitación adecuado, es decir, que no se licite como concesión (lo que hasta hace poco significaba sin procedimiento regulado por el Derecho comunitario) algo que en realidad no es una concesión, sino un contrato de servicios. Las mismas cláusulas que no son admisibles en una concesión (porque suponen que el concesionario no asume el riesgo) son perfectamente válidas en un contrato de servicios.

También cabe observar una progresiva flexibilización del riesgo que debe asumir el concesionario, dirigida a «salvar» fórmulas de gestión a las que tienen apego determinados Estados (Alemania) y que se desarrollan en ámbitos (colaboración interadministrativa, servicios sociales) en los que el propio legislador comunitario reconoce la conveniencia de no obligar a los Estados a grandes cambios³³. Se trata, además (sentencias *Eu-rawasser* y *Privater Rettungsdienst*), de concesiones de servicios, en las que no hay una obra asociada con sus correspondientes gastos de inversión. En esa progresiva flexibilización, ya no se exige que el concesionario asuma el riesgo de explotación, sin más, sino «una parte significativa» del riesgo, lo que al final se resume en la posibilidad de sufrir pérdidas, siempre que vaya más allá del riesgo que asume todo empresario en un contrato.

Como veremos a continuación, lo interesante es que esta jurisprudencia del TJ, surgida sobre todo en el contexto de concesiones de servicios, va a encontrar reconocimiento general en la Directiva, al fusionarse con otra doctrina muy particular, la de las normas europeas de contabilidad, que curiosamente surge en un ámbito diferente (el de las concesiones de obra y los proyectos de colaboración público-privada), caracterizado justamente por el protagonismo de la obra construida y financiada por el empresario privado y cuyo coste debe recuperarse a través de los mecanismos de remuneración previstos en el contrato.

Es necesaria una última acotación. Quien lea la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003 con sus llamadas al rigor en la asunción del riesgo por parte del concesionario, verá que al legislador no le preocupaba sólo el respeto de los procedimientos de licitación, porque en la legislación española éstos son sustancialmente iguales en las concesiones de obras y en los contratos de obras o de servicios. Lo que intenta decir esa Exposición de Motivos (y lo dice con claridad, algo desmentida en su aplicación práctica) es que la concesión no supone para la Administración el riesgo económico de tener que rescatar al concesionario (como tantas veces había pasado con anterioridad), porque el riesgo lo asume el concesionario³⁴. Palabras que resultaron desmentidas, desde luego, por la conocida «responsabilidad patrimonial administrativa» del artículo 266.1 de la LCAP (incorporado por la Ley 13/2003), que después pasó a la LCSP de 2007 y al artículo 271.1 del TRLCSP hasta su reforma por la Ley 40/2015. Pero la jurisprudencia del TJ ni siquiera ofrece ese consuelo (o promesa) de que la concesión supone la externalización del riesgo y su traslado al concesionario, porque, bajo el principio de que el concesionario debe asumir «una parte significativa del riesgo», es perfectamente posible que el poder adjudicador retenga una parte del riesgo que genere para él compromisos financieros importantes, bien desde el principio, bien si se producen determinadas circunstancias en la explotación de la concesión.

b) El riesgo concesional en la normativa europea sobre contabilidad pública (SEC-2010)

Si en la Directiva 2014/23 pueden reconocerse fórmulas y reglas procedentes directamente de la jurisprudencia del TJ, otras tienen su origen inmediato en las normas europeas de contabilidad pública, apro-

³³ Párrafos 5 y 7 de la Directiva 2014/24 y párrafos 5-6 de la Directiva 2014/23.

³⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obras públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 733, resumiendo su posición en unas palabras que se han revelado premonitorias: «¿cuántas veces apelaremos al sector privado para gestionar y financiar infraestructuras para que, al final, sea la Administración –en realidad las generaciones venideras– la que tenga que hacerse cargo de las ruinas?».

badas en forma de Reglamento y conocidas en español, en su versión vigente, como SEC-2010³⁵. Esas normas deben ser cumplidas por los Estados miembros al elaborar sus cuentas públicas, y su cumplimiento es controlado por EUROSTAT, que ha aprobado un Manual que desarrolla estos criterios³⁶.

Si el TJ intenta evitar que se liciten como concesiones contratos que en realidad lo son de obras o de servicios (pero no auténticas concesiones), lo que preocupa a EUROSTAT es la transparencia de las cuentas, es decir, que éstas reflejen los auténticos compromisos financieros asumidos por los Estados (en lugar de ocultarlos) y que las cifras de déficit y de deuda pública sean creíbles y se puedan establecer comparaciones adecuadas entre unos Estados y otros, y tenga sentido afirmar que un Estado «cumple» los objetivos marcados por la normativa europea de estabilidad presupuestaria³⁷. A EUROSTAT no le preocupa en absoluto la adecuada licitación del contrato (que se da por supuesta), y tampoco le importa (y se dice expresamente) la mayor o menor eficiencia de estas fórmulas, sino la adecuada contabilización de los compromisos reales asumidos por los Estados³⁸. Si el TJ intenta evitar la «huida a las concesiones» como vía para eludir el cumplimiento de las normas sobre licitación y adjudicación, a EUROSTAT le importa evitar la «huida al capital privado» con la que se intenta compensar la escasez de recursos públicos y eludir los límites normativos del déficit y la deuda públicos.

Las normas SEC-2010 no están pensando en cualquier tipo de concesiones, sino fundamentalmente en las concesiones de obra y en las concesiones de servicio que incluyen la ejecución de obras, puesto que es en ellas donde se realizan importantes inversiones (construcción de una autopista, un edificio público, etc.) cuya contabilización puede plantear problemas, puesto que no es lo mismo contabilizar todo el coste de la inversión en un año, lo que supone un fuerte incremento del déficit público y de la deuda, que contabilizarlo en forma de concesión o de proyecto de colaboración público-privado, lo que supone contabilizar únicamente en cada año el coste de los pagos que la Administración debe hacer al concesionario, con un impacto muy limitado sobre el déficit público. Pero estas reglas van a pasar a la Directiva y aplicarse a todas las concesiones, incluidas aquellas que no suponen la ejecución de obras o sólo en muy pequeña medida.

Las reglas SEC-2010, que tanto influyen en la regulación sustantiva de los contratos públicos, se basan en unas categorías que no se ajustan a las que utilizan las Directivas. Así, para estas normas, sólo hay «concesión» cuando el peaje por la utilización de la obra lo paga el usuario, no en el caso del «peaje en sombra»³⁹. Por ello, las normas sobre riesgo operacional, riesgo de demanda y riesgo de suministro, que han pasado a la Directiva 2014/23, no proceden de la regulación que contienen las normas SEC-2010 *sobre las concesiones*, sino de la regulación de los proyectos de colaboración entre el sector público y el privado (PPP), que son el correlato financiero del antiguo contrato de colaboración público-privado.

Esto es importante, porque en los PPP en muchas ocasiones no existe riesgo de demanda, en la medida en que el único usuario potencial de la obra construida es la Administración o se trata de un uso obligatorio y predecible (pensemos en el supuesto de un contrato que sirve para la construcción de una prisión o de un hospital, a cargo del contratista y con pagos periódicos por parte de la Administración). En esos contratos no existe riesgo de demanda, y por ello se exige que el concesionario asuma otros riesgos (de construcción, de

³⁵ Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En la doctrina española, A. B. MACHO PÉREZ/E. MARCO PEÑAS, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat", *RAP*, 194 (2014), págs. 437-474.

³⁶ *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*, Eurostat, 2016.

³⁷ *Manual*, cit., pág. 332 (párrafo 3), pág. 334 (párrafo 10), pág. 337 (párrafo 24). Por explicarlo con un ejemplo, se trata de esas reglas que Grecia incumplió constantemente en la década de los 2000, provocando, cuando llegó la crisis financiera, el gravísimo problema que toda Europa ha vivido durante estos últimos años (hasta 2015 aproximadamente).

³⁸ «No corresponde a los estadísticos examinar las razones, el sentido o la eficiencia (análisis costes/beneficios) de estas formas de colaboración [público privada], o expresar una opinión sobre la viabilidad económica o financiera de los proyectos a los que las mismas se aplican, en especial en comparación con otras formas de realizar inversiones. El papel de los estadísticos se limita a fijar criterios claros para el tratamiento de los CPP en las cuentas públicas nacionales y, en el contexto del procedimiento de déficit excesivo, sobre su impacto en las cifras de déficit y deuda. Por tanto, es importante aplicar correctamente los principios de contabilidad pública para asegurar el respeto de las normas y la homogeneidad de las estadísticas oficiales en todos los Estados miembros, de modo que las cifras de déficit y deuda sean totalmente comparables entre ellos» (*Manual*, cit., págs. 334-335, párrafo 12).

Por poner un ejemplo, la forma más económica de obtener una obra pública puede ser un contrato de obra financiado con fondos obtenidos a través de una emisión de deuda pública (cuyo coste es inferior al de la financiación bancaria). Una concesión será normalmente más cara por múltiples razones, como la necesidad de cubrir el beneficio del concesionario, o el mayor coste de la financiación de la obra cuando es éste quien la solicita, además del coste que el concesionario exige para cubrir los riesgos que él asume. Pero este factor es irrelevante para las normas sobre contabilidad.

³⁹ *Manual*, cit., pág. 324 (párrafo 16).

disponibilidad). Pero el resultado es que, por influencia de las reglas SEC, en la Directiva (y en la LCSP) ya no se exige que el concesionario asuma el riesgo de demanda *en ningún caso*, ni siquiera en los contratos en los que sí existe ese riesgo⁴⁰.

Las normas SEC no exigen que el «concesionario» (es decir, el empresario privado en general, también cuando el contrato no es calificado por las normas SEC como concesión, sino como PPP) asuma «el riesgo», es decir, «todo el riesgo», sino «la mayor parte del riesgo»⁴¹.

Esta exigencia se manifiesta en una regla fundamental: existe concesión (o PPP) y, por tanto, la inversión no cuenta para el déficit ni para la deuda pública, cuando el concesionario asume el riesgo de construcción y además el riesgo de demanda o el de disponibilidad. Veremos cómo la Directiva, al tener alcance general, no limitado a los contratos que prevén la construcción de obras, suprime la referencia al riesgo de construcción, exigiendo únicamente que el concesionario asuma el riesgo de demanda o el riesgo de suministro (cuya equivalencia con el riesgo de disponibilidad es discutible, aunque evidentemente hay un paralelo con el par de conceptos «riesgo de demanda/riesgo de disponibilidad» de las normas SEC)⁴².

Es fácil entender el concepto de riesgo de demanda⁴³. El riesgo de disponibilidad consiste, por su parte, en que la retribución del concesionario dependa, al menos en parte, de la correcta prestación del servicio o de que la obra se encuentre en las condiciones fijadas en el contrato, de modo que su retribución se reduzca si la obra o servicio no se presta, o no alcanza los estándares de calidad y cantidad fijados en el contrato⁴⁴. La falta de disponibilidad ha de afectar a la retribución, no sólo a la imposición de penalidades. El mayor problema jurídico estriba en distinguir este «riesgo de disponibilidad», que en las normas SEC-2010 es suficiente para que un contrato de colaboración público-privado (PPP) no compute como déficit y deuda públicos (siempre que el contratista asuma también el riesgo de construcción), del normal «riesgo y ventura» que afecta a todo empresario y que en la contratación pública está expresamente colocado a cargo del contratista.

⁴⁰ A. ROMÁN MÁRQUEZ, en el trabajo ya citado «El riesgo en las concesiones», págs. 462-463, viene a decir que si la obra o servicio concedidos no tienen usuarios que puedan optar por utilizarlos o no hacerlo, sino que se trata de una obra o servicio utilizada por la Administración, no puede haber riesgo concesional ni concesión. El contrato de colaboración público-privado no sería una concesión. Textualmente: «puede identificarse a los usuarios como el tercer elemento de la relación concesional, junto a la autoridad concedente y al concesionario privado. Precisamente sería la ausencia de usuarios, entendiéndose como tales los ciudadanos que *voluntariamente* demandan una obra o servicio público, la que permite negar la naturaleza concesional a aquéllas infraestructuras construidas por el sector privado para el uso exclusivo de la Administración contratante (v.gr. edificio destinado a sede administrativa, prisión o instalación militar), y sobre las que la propia Directiva 2014/23 guarda silencio. (...) En definitiva, el riesgo concesional proviene de la explotabilidad de la obra o servicio, y sin usuarios particulares no existe ni lo uno ni lo otro». En nota aclara que se está refiriendo a los contratos de colaboración público-privada, que –aclara este autor– en Italia sí están comprendidos en el concepto legal de concesión de obras.

Verdaderamente A. ROMÁN MÁRQUEZ pone el dedo en la llaga de un problema real, como son las innegables diferencias entre una concesión con riesgo de demanda y un contrato en el que una parte construye y mantiene un objeto que va a ser utilizado por la Administración. Si queremos construir este segundo contrato de una forma que no compute como déficit ni como deuda, es necesario (SEC-2010) que el contratista asuma determinados riesgos, para lo que SEC-2010 construye el concepto de «riesgo de disponibilidad». Sin embargo, la doctrina parece de acuerdo en que la supresión en la LCSP de 2017 del antiguo «contrato de colaboración público-privada» supone su reconducción a las concesiones: «En todo caso, la opción de realizar CPP (desde la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones» [J. M. GIMENO FELIU, «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, 182 (2017), págs. 181-221, pág. 206]. Sobre la distinción entre CPP y concesiones cuando existía una regulación expresa para los CPP, vid. M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 409-421.

⁴¹ *Manual, cit.*, pág. 325 (párrafo 25), pág. 332 (párrafo 4).

⁴² Niega esa equivalencia A. ROMÁN MÁRQUEZ, *op. cit.* pág. 464, para quien el riesgo de disponibilidad de SEC-2010 no equivale al «riesgo de oferta» de la Directiva 2014/23: «puede concluirse, sin género de dudas, que la Directiva 2014/23 no admite el riesgo de disponibilidad como un riesgo propio de las concesiones, y no lo hace porque está relacionado con el riesgo interno de la concesión, vinculado a la gestión empresarial de la misma, y que para el legislador comunitario no constituye un riesgo característico de las concesiones al ser común a cualquier relación contractual». Sobre esta cuestión volveré *infra*, al estudiar el texto de la Directiva, aunque entiendo que: [1] A. ROMÁN MÁRQUEZ tiene razón al subrayar que el riesgo de disponibilidad es muy limitado y no se corresponde con el riesgo concesional en el sentido tradicional, pero [2] la expresión «riesgo de oferta» en la Directiva tiene mucho que ver con el riesgo de disponibilidad (y así lo ha interpretado el legislador español al prever los «pagos por disponibilidad», como veremos).

⁴³ Es el riesgo cuyo cálculo erróneo provoca la ruina de las concesiones que fracasan, como algunas de las autopistas de peaje adjudicadas al amparo de la Ley 13/2003 o aparcamientos subterráneos en régimen de concesión.

⁴⁴ El riesgo de disponibilidad (*availability risk*) se define en el *Manual, cit.*, págs. 333 (párrafo 5) y 340 (párrafo 40). Se refiere «al volumen y calidad de la prestación (ligados a la actuación del contratista)». «El riesgo de disponibilidad se refiere a casos en los que, durante la fase de explotación del activo [la obra], el contratista incurre en responsabilidad debido a su defectuosa gestión, que da como resultado que el volumen de servicios prestados esté por debajo de lo acordado en el contrato, o que los servicios no alcancen los niveles de calidad especificados en el contrato».

No hay que olvidar que en las normas SEC existe un sesgo favorable a admitir la colaboración público-privada, que es una técnica que las instituciones de la UE consideran irrenunciable para la realización de inversiones públicas y que constituye el instrumento principal del denominado «Plan Juncker»⁴⁵.

Para la calificación del contrato no se tienen en cuenta únicamente las obligaciones principales asumidas por las partes, en cuyo cumplimiento consiste la ejecución del contrato, sino también otras que están previstas de forma condicional, es decir, que sólo entrarán en juego si se producen determinadas circunstancias. Destacan especialmente en este sentido las cláusulas que otorgan garantías específicas al concesionario, limitando el riesgo que asume. Es el caso de la mal llamada (pero expresivamente llamada, y de ahí que el concepto haya hecho fortuna) «responsabilidad patrimonial administrativa», es decir, la norma que establece que en caso de resolución del contrato por cualquier causa –no sólo por causas imputables a la Administración concedente–, ésta abonará al concesionario el importe de la inversión realizada, salvo la parte que ya se haya amortizado⁴⁶. Esta regla, que se incorporó a la Ley 13/2003 procedente de la Ley de autopistas de peaje de 1972⁴⁷, llevó a que numerosos contratos de concesión de obra, que inicialmente se habían clasificado, a efectos de contabilidad pública, como concesiones de obra o PPP (en todo caso, sin que el importe total de la inversión fuera computado como déficit ni deuda pública)⁴⁸, fueran reclasificados, originando «picos» de déficit importantes en algunas Administraciones Públicas⁴⁹. De hecho, la modificación de la «responsabilidad patrimonial administrativa» en la Ley 40/2015, que forma parte de un paquete de reformas de la legislación de contratos que no se quiso hacer esperar hasta la aprobación de la nueva LCSP, probablemente no tenía como intención principal la de evitar que las Administraciones tuvieran que asumir nuevos rescates en futuras concesiones de obra (impedir, por tanto, la repetición del episodio de las radiales), sino la de facilitar la utilización en el futuro de la concesión de obra, puesto que, si no se hubiese realizado esta modificación, esta clase de proyectos y concesiones se habrían contabilizado del mismo modo que los contratos de obra, computando el total de la inversión en la cifra de déficit y de deuda pública, privándolos así de uno de sus principales atractivos para las Administraciones Públicas.

Otra de esas cláusulas que plantean problemas desde el punto de vista de las reglas SEC es la que determina que las tarifas y otros parámetros de la concesión (como el plazo) se modifiquen cuando los ingresos por peajes queden por debajo o por encima de unos umbrales marcados en el PCAP. Tanto la Ley 13/2003 (incorporada al TRLCSP) como la nueva LCSP de 2017 establecen que los pliegos de los contratos de concesión de obra incorporen esta clase de cláusulas, que tienden a proteger al concesionario frente a situaciones de ingresos muy inferiores a los esperados, y a la vez a poner un tope a sus beneficios en caso de que la utilización de la obra supere las expectativas⁵⁰. Estas cláusulas aparente-

⁴⁵ Sobre esta cuestión, es útil mencionar las Conclusiones del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros sobre la resolución de los obstáculos a la inversión identificados con arreglo al tercer pilar del Plan de Inversiones (6 de diciembre de 2016): «El uso de las asociaciones público-privadas (APP): Las asociaciones público-privadas pueden, si se utilizan de un modo adecuado, hacer de facilitadores para tipos específicos de inversiones y ofrecer una vía alternativa para la prestación de bienes y servicios públicos. Al tratarse de obligaciones contractuales a largo plazo requieren sin embargo un compromiso fuerte y estable de los socios de los sectores público y privado y constituyen, en potencia, una fuente de riesgo para las finanzas públicas. Su uso es a menudo dificultado por condiciones marco desfavorables como la falta de recursos administrativos, la inestabilidad e ineficiencia del marco regulador y una falta de compromiso político con inversiones a largo plazo. En determinadas circunstancias, los fondos de la UE pueden contribuir a la financiación de las APP y los recientes cambios en el Reglamento deben facilitar la combinación de los fondos de la UE y las APP».

⁴⁶ El dictamen de 23 de julio de 2014 (referencia 9/2014) habla de la «mal llamada responsabilidad patrimonial de la Administración –esto es, el valor patrimonial de la inversión realizada por la concesionaria– que tiene que abonar la Administración, entre otros casos, en los de resolución del contrato de concesión».

⁴⁷ Me he referido a estos antecedentes en el trabajo «Un contrato administrativo, ¿puede ser resuelto por un Juzgado de lo Mercantil? (En torno a las sentencias de 5 y 15 de diciembre del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, recaídas en los conflictos de jurisdicción números 5 y 6 de 2016)», *Anuario de Derecho Concursal*, 41 (2017), págs. 85-97.

⁴⁸ *Manual, cit.*, pág. 347 (párrafo 72). «Si la insolvencia del empresario se produce durante la fase de explotación, el contrato debería prever expresamente que, si se le tiene que abonar alguna compensación cuando el Gobierno reciba la obra, dicha compensación no excederá el valor de mercado que tenga la obra en ese momento (minorado en el coste que se estime que requerirá poner el activo en condiciones adecuadas para su explotación), resultante de un nuevo proceso de licitación o calculado por expertos independientes».

⁴⁹ Aunque la decisión definitiva sobre la aplicación de las reglas SEC corresponde a EUROSTAT, dentro de cada Estado miembro existe una instancia encargada de aplicarlas a las distintas entidades públicas afectadas por ellas. En España, la IGAE es el órgano competente para revisar la adecuada contabilización de los gastos por las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Las decisiones de reclasificación (como la que afectó a distintas concesiones de obra) se adoptan en un procedimiento informal con audiencia de los entes afectados, que pueden optar por que el asunto se lleve a decisión de Eurostat, cuyas decisiones sobre la clasificación de distintas concesiones y proyectos de colaboración entre el sector público y el sector privado (que aplican las reglas sobre asunción del riesgo), se publican en su página web.

⁵⁰ Artículo 250.1.d), apartado 4.º, de la LCSP: «Deberá ser objeto de consideración específica [en el PEF, integrante del PCAP] la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión

mente son sensatas en el sentido de que distinguen entre el riesgo «ordinario», asumido por el concesionario, y el riesgo ante situaciones imprevistas (y teóricamente imprevisibles), que sería compartido por la Administración. A la vez, se evitarían situaciones de beneficios extraordinarios del concesionario, que vayan mucho más allá de la recuperación de costes y de la obtención de un beneficio «razonable». Pues bien, esta cláusula supone que la Administración pasa a compartir riesgos con el concesionario y se menciona expresamente en el Manual de Eurostat como cláusula que puede significar que el contratista no asume la mayor parte del riesgo y que la inversión debe ser computada íntegramente, elevando las cifras de déficit y deuda⁵¹.

El resultado, ciertamente sorprendente, es que se considera que el concesionario asume la mayoría del riesgo aunque no asuma el riesgo de demanda, porque es suficiente que asuma los riesgos de construcción y de disponibilidad. En cambio, una concesión en la que asume el riesgo de demanda pero con esa cláusula que limita dichos riesgos tanto por exceso como por defecto, puede no ser aceptada, de modo que la Administración concedente debe computar íntegramente la inversión en sus cuentas, lo que seguramente privará de interés (para ella) la operación. En definitiva, si la asunción de riesgo es muy elevada, la operación no será interesante para las empresas; si la asunción de riesgo es muy pequeña, la operación no será interesante para la Administración porque computará como déficit y deuda.

Las reglas SEC-2010 se aplican retroactivamente, en el sentido de que cada año deben ser tenidas en cuenta en la elaboración de las cuentas públicas, y deben ser aplicadas a la operaciones en marcha, sea cual sea el régimen aplicable (o la interpretación del mismo) cuando se adjudicó la concesión. Por ello, concesiones que fueron adjudicadas al amparo de la Ley 13/2003, y que en el momento de su adjudicación fueron clasificadas contablemente como concesiones (de modo que la Administración sólo computaba en sus cuentas los pagos anuales, no el importe completo de la obra), han sido «reclasificadas» después, con el consiguiente incremento del déficit público. Un incremento que evidentemente es sólo formal, porque no implica mayores pagos a cargo de la Administración, pero que puede ser relevante al suponer el incumplimiento de las normas de estabilidad presupuestaria y la limitación de otras inversiones.

En una valoración global, puede decirse que las reglas SEC-2010 no exigen que el concesionario asuma todos los riesgos, sino sólo la mayor parte⁵². También debe recordarse que no están pensando en las concesiones típicas, en las que son los usuarios los que remuneran al concesionario a través de peajes, sino más bien en proyectos en colaboración entre el sector público y el sector privado, en los que, o bien la obra es utilizada por la Administración (construcción de cárceles, hospitales, etc.) o bien se aplica el peaje en sombra. A diferencia de lo que sucedía con las concesiones típicas, que en principio son gratuitas para la Administración salvo que entre en juego alguna cláusula que le obligue a asumir pérdidas (como la «responsabilidad patrimonial administrativa»), en este caso estamos hablando de contratos que siempre van a tener un coste para la Administración, y lo que está en juego es el alcance y la previsibilidad de ese coste. Esta consideración debe tenerse en cuenta, en mi opinión, a la hora de regular el procedimiento de preparación del contrato, puesto que cuando se toma la decisión de aprobar un proyecto de obra, es necesario tener muy claro si el proyecto puede generar costes para la Administración o no. En este segundo caso (que es el que la Ley 13/2003 daba por supuesto, aunque después la realidad ha sido muy distinta como consecuencia de la entrada en juego de la «responsabilidad patrimonial administrativa») las cautelas son mucho menores y el procedimiento reviste una naturaleza casi autorizatoria de una iniciativa económica cuyos riesgos son asumidos por el sector privado.

5. LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA DIRECTIVA 2014/23

La aprobación de la Directiva 2014/23/UE supone que el Derecho comunitario pasa a regular por primera vez el procedimiento de licitación y adjudicación de las concesiones, que hasta ese momento en las concesiones de servicios carecía de regulación en las Directivas y sólo estaba sujeto a los criterios (más

previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de las obras y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta». En el mismo sentido, el artículo 131.1.c), apartado 4.º, del TRLCSP.

⁵¹ *Manual, cit.*, pág. 342 (párrafo 52). El Manual está pensando en cláusulas en cuya virtud la parte pública (la Administración concedente) percibe una parte del beneficio cuando éste supera un determinado nivel.

⁵² *Manual, cit.*, pág. 339 (párrafo 35).

amplios) del Derecho originario (los Tratados) y en las concesiones de obras tenía unos criterios mucho más laxos que en los demás contratos. De todas formas, las normas de esta Directiva son menos exigentes que las de la Directiva 2014/24 (de contratos), de donde se deriva que sigue siendo necesario interpretar estrictamente el concepto de concesión para evitar que los poderes adjudicadores lo utilicen como una vía de escape de los procedimientos de adjudicación de los contratos. Prueba de ello es la regulación de los contratos mixtos en la Directiva 2014/24 (artículo 3), según la cual, si un contrato mixto reúne prestaciones sometidas a la Directiva 2014/24 y otras sometidas a la Directiva 2014/23, y son objetivamente separables, se aplicará la Directiva 2014/24 a todo el contrato, aunque su objeto principal esté formado por prestaciones sometidas a la Directiva 2014/23.

En esta Directiva la asunción del riesgo sigue siendo un elemento imprescindible del concepto de concesión (como no puede ser de otro modo), si bien ahora se incorpora expresamente a la definición legal, mientras que con anterioridad tenía que ser deducido a partir de una definición legal que sólo se fijaba en la forma de remuneración del concesionario, consistente total o parcialmente en el derecho temporal a explotar la obra o el servicio concedidos. A esta definición del riesgo también se incorporan elementos procedentes de la jurisprudencia y de las normas SEC-2010, como veremos a continuación.

El artículo 5.1 recoge la definición de las concesiones de las Directivas anteriores (que exige, como ya sabemos, que se otorgue al concesionario al derecho temporal a la explotación de la obra o servicio concedidos), pero añadiendo la referencia al riesgo:

«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».

Nótese que, como he venido anticipando, no se exige la transferencia o la asunción **del** riesgo operacional, sino de **un** riesgo operacional, lo que quiere decir –y así se reconoce expresamente– que la transferencia puede ser parcial, por lo que la Administración podrá retener riesgos, lo que ratifica que la concesión no es inocua o gratuita para la Administración, porque no supone una transferencia total del riesgo. De hecho, ni siquiera se exige que el concesionario asuma el «riesgo operacional **sustancial**», como decía la propuesta de Directiva.

La posible retención de una parte del riesgo por la Administración se reconoce expresamente en el preámbulo (párrafo 18), que admite que la transferencia de riesgo es válida aunque «parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador». La doctrina alemana, siempre al quite para «salvar» bajo el cómodo ropaje de la Directiva de concesiones el mayor número posible de fórmulas de gestión de los servicios públicos, insiste en que basta una transferencia «mínima» de riesgos para que el contrato pueda ser calificado y licitado como concesión⁵³. El único límite impuesto por la Directiva es que la transferencia de riesgos no sea insignificante⁵⁴.

Por otro lado, en una cita muy evidente de la sentencia *Eurawasser* (también dirigida a «salvar» concesiones en ámbitos de muy escaso riesgo), se añade que «[e]l hecho de que el riesgo esté limitado desde el principio no impedirá que el contrato se considere una concesión» (párrafo 19).

Ese riesgo mayor o menor cuya transferencia sigue siendo necesaria, puede consistir (aquí el origen son las reglas SEC-2010) en el riesgo de demanda o el de oferta. El riesgo de demanda es «el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato» (párrafo 20 del preámbulo), mientras que el de oferta (que parece un trasunto del «riesgo de disponibilidad» de SEC-2010, aunque ciertamente no se ha

⁵³ Vid. M. OPITZ, “Die Zukunft”, *cit.*, pág. 756. El autor dice que la Directiva puede obligar a reconsiderar el criterio seguido por alguna jurisprudencia civil alemana (la encargada de resolver los litigios en materia de adjudicación de contratos, como sabemos), que exigía que el concesionario asumiera como mínimo el 50% del riesgo. Para M. KNAUFF/E. BADENHAUSEN, “Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe”, *NZBau*, 2014, págs. 395 y sigs., «la nueva regulación sigue la jurisprudencia del TJUE, pero se queda atrás, en la medida en que falta un pronunciamiento sobre hasta qué punto y en qué ámbito se debe asumir el riesgo operacional». R. STEIN, “Mehr Regeln (und Ausnahmen): Die neue Konzessionsvergaberichtlinie”, en PÜNDE/PRIEB (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II. Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung*, Hamburg, 2015, págs. 101-126, dice que «no existe ninguna indicación de que el concesionario debe asumir una parte “esencial” o “predominante” del riesgo. El riesgo asumido debe ser sustancial, pero no necesariamente superior a la parte del riesgo que asume la parte concedente» (pág. 110). En el mismo sentido, B. RUHLAND en GABRIEL/KROHN/NEUN (Hrsg.), *Handbuch des Vergaberechts*, Beck, München, 2014 (págs. 130-131).

⁵⁴ «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**». Se trata de una traducción gramaticalmente desafortunada. Lo que quiere decir el preámbulo es que se exige que la transferencia de riesgos «implique que el concesionario puede incurrir en una pérdida que no sea meramente nominal o desdeñable».

querido utilizar esa palabra) es «el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda» (párrafo 20 del preámbulo)⁵⁵. Esta posible identificación entre el «riesgo de suministro» de la Directiva y el «riesgo de disponibilidad» de las reglas SEC-2010 es una de las cuestiones abiertas a la discusión. Es significativo que en el procedimiento de elaboración de la Directiva no sólo se «cayera» la exigencia de que el concesionario asumiera una parte «sustancial» del riesgo, sino que se sustituyera «riesgo de disponibilidad» por «riesgo de suministro»⁵⁶.

Digamos que, si aceptáramos «riesgo de disponibilidad» como equivalente a «riesgo de suministro» y, por tanto, como una forma de asunción de riesgos suficiente para que el contrato sea una auténtica concesión, estaríamos al límite del concepto de concesión. ¿Por qué? Porque si alguna diferencia ha de existir entre el contrato de concesión y los contratos de obra o servicio, ésta consiste en que al concesionario, a diferencia de lo que sucede con los contratistas de obras o de servicios, no le basta, para cobrar, con ejecutar bien su prestación. El cobro de la prestación requiere algo más, que no depende de su voluntad sino de hechos ajenos a la misma. El ejemplo más claro es el riesgo de demanda: no basta construir y gestionar bien la autopista, hace falta que los usuarios quieran circular por ella. En cambio, el «riesgo de disponibilidad» supone que basta tener la autopista en condiciones de ser usada (con las características fijadas en el contrato). Parecería que, en el riesgo de disponibilidad, el único riesgo que asume el concesionario es el de que el contrato no sea rentable porque no le permita cubrir costes, pero ese riesgo lo asume cualquier contratista, público o privado (en el contrato de obra, pero también en el de servicios, por ejemplo). La única forma de entender el riesgo de suministro como una forma de riesgo operacional (es decir, concesional) consiste en interpretarlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, *como consecuencia de un posible exceso de demanda*, se agote el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida, de forma que, aunque él esté cumpliendo correctamente la prestación, se produzca una denegación de uso o no se cumplan los estándares de calidad. Por ejemplo, el concesionario asumiría el riesgo de que se produjeran embotellamientos en la autopista concedida, y en ese caso dejaría de cobrar la remuneración.

Por otro lado, no se exige (a diferencia de SEC-2010) que el concesionario asuma el riesgo de construcción **además** del riesgo de demanda o el de suministro/disponibilidad. Es suficiente uno de estos dos últimos. La explicación es sencilla: la Directiva no está pensando sólo en concesiones de obras o de servicios que impliquen la construcción de una obra. También se incluyen concesiones sin obra (ya se trate de concesiones de servicios o incluso de concesiones de obras para la gestión de obras ya construidas, como serán, por ejemplo, las que se adjudiquen próximamente para la gestión de las autopistas radiales que la Administración ha tenido que asumir en virtud de la «responsabilidad patrimonial administrativa»).

Una vez que ha quedado claro que no es necesario que el concesionario asuma el riesgo de construcción (que puede no existir en determinadas concesiones) ni el riesgo de demanda –que era, sin embargo, el elemento más característico del antes denominado «riesgo de explotación de la obra»– y que tampoco hace falta (como exigía parte de la jurisprudencia) que el concesionario asuma **todo** el riesgo, mucho o poco, que exista en la obra o servicio objeto de concesión, el único criterio que queda es la exigencia de que el concesionario corra **algún riesgo** económico, es decir, la posibilidad de que el negocio resulte ruinoso o genere pérdidas:

- «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

⁵⁵ Como estamos viendo, el preámbulo de la Directiva tiene una importancia decisiva, que va más allá del valor puramente interpretativo, porque hay elementos decisivos para entender el contenido real de la norma que sólo están presentes en él, no en la parte dispositiva.

⁵⁶ La propuesta de Directiva (artículo 2.2) decía que la concesión «implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que 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». El primer riesgo posible es el de demanda, y el otro es el «riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios».

El Comité competente del Parlamento Europeo aprobó (1 de febrero de 2013) una enmienda que dice que «la adjudicación de la concesión de obras o de servicios implicará la transferencia al concesionario de la parte sustancial del riesgo económico que conlleva la explotación de tales obras o servicios, definido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, y que incluye tanto el riesgo de demanda como el de suministro».

El texto finalmente aprobado por acuerdo entre el Parlamento y el Consejo dice que la concesión «implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional [ya no es “el riesgo operacional sustancial” ni “la parte sustancial del riesgo económico”] en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos [ya no se habla de disponibilidad, y queda claro que es suficiente uno de los dos riesgos]».

cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión» (art. 5).

- «la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados» (Preámbulo, párrafo 18).
- *A sensu contrario*, no nos encontramos ante una verdadera concesión «si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico **de cualquier posible pérdida** garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato» (párrafo 18).

La referencia a las «condiciones normales de funcionamiento» (artículo 5) ha sido interpretada (WILLENBRUCH, cit. en nota 18, pág. 113) en el sentido de que basta que el concesionario asuma el riesgo en condiciones normales de mercado, de modo que el apoyo de la Administración concedente en circunstancias excepcionales no obstaría a la calificación del contrato como concesión. Una idea muy interesante, porque permite incorporar cláusulas de apoyo de la Administración al concesionario en circunstancias excepcionales similares a las que podemos encontrar en los artículos 127 y 129 del RSCL.

La pregunta que surge a continuación es fácilmente imaginable: ¿no se encuentran todos los contratistas (todos los empresarios), y no sólo los concesionarios, en esa misma situación? ¿Existe algún contratista que tenga «garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído?» Creo que no. A fuerza de rebajar el «riesgo operacional» (*rectius*, la parte del riesgo operacional que tiene que asumir el empresario privado para que el contrato pueda calificarse como concesión), ese concepto ha «adelgazado» tanto que casi se ha quedado en el puro hueso del principio de riesgo y ventura, predicable de todos y cada uno de los contratos. Para salir al paso de esa reducción al absurdo, la Directiva retoma en su preámbulo (párrafo 20) las siguientes palabras, ya conocidas para el lector de este artículo, de la sentencia *Privater Rettungsdienst*:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes.

Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión.

Un riesgo de operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que pueden consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro» (párrafo 20).⁵⁷

Por tanto, la Directiva de concesiones incorpora la jurisprudencia del TJ pero pasada por el tamiz de las reglas SEC-2010 y con una considerable rebaja. Estamos muy lejos de la idea de que el concesionario tenga que asumir «el riesgo de explotación» de la obra o servicio concedidos, como exigía la primera jurisprudencia (2005, 2007) y la Comunicación interpretativa de la Comisión del año 2000.

Además, el juego conjunto de normas pensadas para tipos concretos de concesiones trae como resultado una regulación válida para todas las concesiones que suma las limitaciones de riesgos surgidas de todas las experiencias sectoriales: (1) se elimina el riesgo de construcción porque en muchas concesiones de servicios y algunas de obras no existe, (2) se elimina el riesgo de demanda (que puede ser sustituido por el disponibilidad) porque en muchos proyectos de colaboración público-privado (que es donde que surgen las reglas SEC-2010) ese riesgo no tiene sentido, (3) se admiten concesiones con un riesgo muy pequeño para salvar algunas concesiones de servicios en sectores sujetos a una fuerte regulación que reduce el riesgo (casos *Eurawasser* o *Privater Rettungsdienst*). El resultado: concesiones de obra en las que sí hay obra pero en las que el concesionario no tiene que asumir ni el riesgo de construcción ni el de demanda.

Queda claro, en todo caso, que estos contratos de concesión en ningún caso son negocios libres de riesgo para los poderes adjudicadores concedentes, porque la asunción del riesgo por el concesionario puede ser limitada.

⁵⁷ Nótese nuevamente cómo chirrían algunos conceptos. La Directiva, en el párrafo citado, dice que el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de situaciones de fuerza mayor no es suficiente para calificar el contrato como concesión, «ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato»... ¡salvo al contrato de obras del Derecho español, en que tales riesgos son asumidos por la Administración (artículo 239 LCSP)!

6. EL RIESGO OPERACIONAL EN LA NUEVA LCSP DE 2017

Veamos ahora cómo ha incorporado la nueva LCSP el concepto de riesgo operacional.

Recordemos, de entrada, que en España la distinción entre concesiones (de obras y de servicios) y contratos (de obras y de servicios, respectivamente) no tenía relevancia para el procedimiento de licitación, porque, a diferencia de lo que pasaba en Alemania, las concesiones se adjudicaban a través de procedimientos igual de respetuosos con los principios de publicidad y concurrencia que los contratos de obras y servicios. Ni antes de la aprobación de la Directiva 2014/23 (cuando la adjudicación de las concesiones era libre en las de servicios, y no muy rigurosa en las de obras) ni tras su entrada en vigor (que fija un procedimiento, aunque mucho menos exigente que el de licitación de los demás contratos públicos) se ha aprovechado por el legislador español el amplio margen de que disponen los Estados miembros en la regulación de los procedimientos de licitación de las concesiones.

También hemos visto que la verdadera diferencia de régimen jurídico entre las concesiones y los tipos contractuales que se habrían aplicado en su defecto (fundamentalmente, el contrato de servicios en relación con la concesión de servicios) se refería al plazo, mucho más largo en las primeras. Esta diferencia desaparece, en la práctica, con la nueva LCSP. El plazo de las concesiones (regulado en el artículo 29.6) ya no puede fijarse sin más en el máximo (40 años para las concesiones de obras y las de servicios que impliquen ejecución de obras, 25 años para las de servicios que no impliquen ejecución de obras y 10 para las de servicios sanitarios que no impliquen ejecución de obras). Esos plazos máximos (que hasta ahora eran los únicos que había) son eso, un límite que no se puede superar, pero el plazo concreto, si se quiere que supere los cinco años, tendrá que ser «el que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos»⁵⁸. Por otro lado, los contratos de servicios (artículo 29.4) ya no están sometidos a un rígido corsé, porque el plazo máximo (que ahora es de cinco años, incluidas prórrogas, ligeramente inferior al fijado en el artículo 303 TRLCSP, que era de 6 años, prórrogas incluidas), puede ser superior a ese máximo teórico en la medida en que «[e]xcepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación». Podría decirse que esa ampliación del plazo es una especie de «pista de aterrizaje» dirigida a facilitar el encaje en el contrato de servicios de aquellos contratos que se hayan concebido como concesiones (con sus plazos largos) pero no cumplan el requisito de la transferencia del riesgo.

Por tanto, el plazo ya no es una razón relevante para optar por la concesión frente al contrato de servicios. Sí lo es la búsqueda de un mejor tratamiento en la contabilidad pública, es decir, la pretensión de que la inversión no compute como déficit ni como deuda pública, aunque eso no va necesariamente ligado a la calificación del contrato, al tratarse de normas diferentes (aunque de contenido similar) que van a aplicar distintos órganos.

En todo caso, la nueva definición legal de las concesiones recoge el concepto de riesgo operacional en los mismos términos que la Directiva, como no puede ser de otro modo. El artículo 14.4 dice que la concesión «deberá implicar la transferencia al concesionario de **un riesgo operacional** en la explotación de dichas obras [o de dichos servicios] abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos». A continuación se incorporan textualmente las determinaciones de la Directiva sobre el riesgo operacional y sus clases⁵⁹.

⁵⁸ Con un punto de cinismo, imprescindible en esta materia, cabe decir que la Administración siempre puede «estirar» el plazo concesional hasta acercarse al máximo, imponiendo el pago de un elevado canon concesional para cuya amortización sea necesario un período de explotación prolongado.

⁵⁹ «Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una

Curiosamente, en múltiples preceptos de la Ley se exige la asunción por el concesionario **del** riesgo operacional, sin matices, no de **un riesgo** operacional [artículos 250.1.m), 258.b), 265.2, 285.1.c)], sin tener en cuenta esa posibilidad reconocida en la Directiva y subrayada, por ejemplo, en Alemania, de que la transferencia del riesgo al concesionario sea sólo parcial.

Como no es necesario que el concesionario asuma todo el riesgo, incluido el de demanda, siendo suficiente la asunción del riesgo de suministro, la LCSP permite expresamente que el concesionario sea retribuido mediante «pagos por disponibilidad» independientes de la demanda (art. 267, para la concesión de obra)⁶⁰. En cambio, no está prevista para la concesión de servicios (art. 289). Como se ha dicho, ese diferente trato carece de justificación, porque tanto en las concesiones de obras como en las de servicios es suficiente la asunción del riesgo de suministro⁶¹. Puede que el origen de esta diferencia normativa se encuentre en las reglas SEC-2010, que, como he explicado, están pensando siempre en contratos con un «activo» (una obra) que es necesario financiar. Sin embargo, la Directiva incorpora la regulación del riesgo de demanda y el de disponibilidad a todas las concesiones, sin distinción alguna, y no cabe distinguir allí donde la norma que se está tratando de incorporar no lo hace. Parece que la Ley, sin duda no por casualidad, ha querido terciar en la cuestión discutida sobre la relación entre «riesgo de suministro» y «riesgo de disponibilidad», admitiendo expresamente las concesiones de obra con pagos por disponibilidad (es decir, sin riesgo de demanda), que es probablemente el supuesto más discutible y también el que tendría más acogida en el mercado, lo que ya ha sido objeto de crítica⁶². Como he dicho *supra*, para sostener que el riesgo de suministro es algo más que el riesgo y ventura que asume todo contratista, hay que entenderlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, como consecuencia de un exceso de demanda, y aunque él esté cumpliendo correctamente el contrato, se produzcan denegaciones de uso de la obra o servicio o no se cumplan los estándares de calidad y disponibilidad (embotellamientos, listas de espera, etc.).

En todo caso, creo que esa diferencia entre los artículos 267 y 289 debería ser irrelevante en la práctica, porque tanto uno como otro son innecesarios para desplegar las potencialidades que para la configuración del contrato se derivan del artículo 14.4. Dicho de otro modo, aunque no existiera ninguno de esos dos preceptos, a partir de la regulación general del riesgo operacional, podría haber concesiones sin asunción del riesgo de demanda, en las que, por tanto, se prevean pagos no ligados a la utilización o demanda de la obra o servicio, sino al riesgo de suministro⁶³.

Por último, es necesario hacer referencia a esas otras previsiones de los contratos de concesión, que son ciertamente ajenas a las obligaciones básicas de las partes que son las que definen su estructura, pero que contribuyen a definir la atribución o transmisión de riesgos, hasta el punto de haber provocado en algunos casos, como vimos en el epígrafe 4, un cambio en la clasificación contable de algunas concesiones.

En este punto la LCSP intenta evitar que por la vía de los preceptos sobre la ejecución del contrato se incumpla la transferencia del riesgo, dando lugar a que el contrato deje de ser concesión y que la inversión consolide como déficit y deuda. Así, se excluye expresamente que el incumplimiento de las previsiones de demanda sea causa que justifique el restablecimiento del equilibrio económico (artículo 270.2, último

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».

⁶⁰ «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, e la forma prevista en el PCAP. 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».

⁶¹ Las observaciones del Observatorio de Contratación Pública sobre el Proyecto de Ley (que ya incluía estos dos preceptos, aunque con otra numeración) incidían en esta cuestión: «Se propone revisar los arts. 265.4 (concesión de obra) [actual artículo 267] y 287 (concesión de servicio) [actual artículo 289] para adecuarlos a la Directiva 2014/23 en materia de transferencia de riesgo operacional. Se propone la eliminación de la referencia a la "disponibilidad" en el art. 265.5 y su sustitución por "suministro" e introducir una referencia al "riesgo de suministro" en el art. 287. Es imprescindible que el tipo concesional sea coherente con la Directiva europea (la transferencia del riesgo es el elemento medular del tipo) y además no parece justificable introducir diferenciaciones entre la concesión de obras y la concesión de servicios ya que el legislador europeo exige en ambos casos la transferencia del riesgo (suministro y/o demanda)».

⁶² *Vid.*, desde una perspectiva económica, G. LLOBET, "De los creadores de las radiales... Llegan los pagos por disponibilidad" (20 de septiembre de 2017), <http://nadaesgratis.es/gerard-lobet/de-los-creadores-de-las-radiales-llegan-los-pagos-por-disponibilidad>.

⁶³ Un planteamiento opuesto al que se hacía en interpretación de la Ley de concesiones de obra de 2003: «El riesgo y ventura determina en definitiva que el concesionario dependa sustancialmente de los ingresos que obtenga por las tarifas que cobre a los usuarios que utilicen las infraestructuras» [F. SANZ GANDÁSEGUI, "El concepto de contrato de concesión de obras públicas", en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 81-108, pág. 101].

párrafo). Vemos cómo una norma de transparencia contable, como las reglas SEC-2010, interfiere sobre la aplicación de reglas sustantivas como el *rebus sic stantibus*.

En la misma línea, los artículos 281 y 295 regulan los efectos de la resolución de los contratos de concesión en los mismos términos de la reforma introducida por la Ley 40/2015, es decir, limitando la «responsabilidad patrimonial administrativa» a los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración concedente. Sin embargo, se mantiene la regla que permite limitar por encima y por debajo los ingresos del concesionario, cambiando las tarifas cuando la demanda supera un determinado nivel o no lo alcance [artículo 250.1.d)], a pesar de que como hemos visto puede plantear problemas desde el punto de vista de SEC-2010.

La LCSP hace, así, una transposición leal de la Directiva, en términos generales. Como no puede ser de otro modo, el nivel de riesgo que debe asumir el concesionario es menor de lo que se pensaba en la Ley 13/2003 (aunque ésta acompañaba la transmisión del riesgo de demanda, que se daba por supuesta, con la aplicación general de la «responsabilidad patrimonial administrativa», que alteraba el nivel de riesgo de forma significativa). Los cambios son más aparentes que reales, porque ya se venían licitando concesiones en las que el concesionario no asumía el riesgo de demanda.

Esa incorporación de las categorías de la Directiva ha provocado que pierda toda relevancia, como criterio de distinción entre el contrato de servicios y la concesión de servicios, el hecho de que el servicio gestionado tenga –o no– la naturaleza de servicio público. Tanto la concesión como el contrato de servicios pueden referirse a la gestión de un servicio público o de un servicio que no tenga esa condición. De ahí que el régimen de ambos contratos se desdoble, con algunas normas especiales para el caso de que tenga por objeto un servicio público (artículos 284.2 y 312). Aunque el cambio haya sido polémico, creo que no habría tenido demasiado sentido una transposición que borrara la distinción entre las categorías utilizadas por las Directivas, es decir, una transposición en la que también se llamase «concesión» a algunos contratos que las Directivas califican como contratos de servicios. Y ello aun suponiendo que el régimen aplicable a esas «concesiones» cumpliera todos los requisitos exigidos por el Derecho comunitario a los contratos de servicios⁶⁴.

7. DUDAS Y CUESTIONES ABIERTAS

Cabe plantearse, en primer lugar, si está garantizada la coordinación entre las normas de contratación pública (LCSP) y las normas contables (SEC-2010), de tal modo que todo contrato correctamente licitado y adjudicado como concesión, vaya a ser tratado contablemente de ese modo, es decir, sin imputar el montante total de la inversión al déficit público y a la deuda pública. La respuesta es que la Directiva ha intentado (sin decirlo) coordinarse con las reglas SEC-2010 (hasta cierto punto, porque se habla de «riesgo de suministro», no de «disponibilidad»), pero que no está garantizado que en el futuro la interpretación de los conceptos de ambas normas vaya a permanecer unida. Lo normal es que los contratos que la LCSP considere concesiones lo sean también a efectos contables, aunque no es totalmente seguro porque se trata de normas paralelas, no sometidas jerárquicamente una a otra.

También conviene preguntarse si el legislador podía haber ido más allá y exigir que el concesionario asuma más riesgos, por ejemplo para evitar que los poderes públicos tengan que asumir obligaciones económicas importantes si el negocio concesional fracasa. En mi opinión sí, porque la Directiva 2014/23 sólo exige que las Directivas se liciten por un procedimiento determinado (que es un procedimiento de mínimos) y que todo lo que no sean concesiones se licite por el procedimiento previsto en la Directiva 2014/24. Pero no impide que un Estado regule su actividad contractual, limitando el uso de determinados tipos contractuales o reduciendo su ámbito frente al que la Directiva contempla.

Pero la cuestión abierta más importante es la que se refiere a la definición del «riesgo de suministro» y su distinción respecto al «riesgo y ventura». Los órganos consultivos españoles ya venían interpretando la jurisprudencia comunitaria en el sentido de exigir «algo más» que el principio de riesgo y ventura, para que un contrato fuese calificado como concesión. Los resultados que se alcanzan en ese esfuerzo, cuando no incluyen la asunción del riesgo de demanda, no dejan de ser forzados, al sustantivar determinados riesgos

⁶⁴ La crítica a la nueva tipología, asumida por el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, la desarrollan J. L. MARTÍNEZ ALONSO en «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», *Revista General de Derecho Administrativo*, 40 (2015), y F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», *El Cronista*, 60 (2016), págs. 50-57.

(como el de insolvencia de los ciudadanos que tienen que pagar el coste del servicio) que no tienen verdadera entidad y que parecen servir fundamentalmente para justificar la calificación del contrato como concesión. Ya hemos visto la posible interpretación integradora que supone que el concesionario asume el riesgo de que por un incremento de la demanda, se produzcan denegaciones de uso o no se alcancen los estándares de calidad estipulados.

Aun teniendo en cuenta esta interpretación, una concesión basada sólo en la asunción del riesgo de disponibilidad tiene poco que ver con la concesión tradicional en la que el concesionario asumía el «riesgo de explotación de la obra». Si entendemos el «riesgo de suministro» como equivalente, más o menos, al de disponibilidad, llegamos a un resultado que no es muy diferente del que asumen muchos contratistas de servicios, que tienen obligaciones similares (garantizar que la obra o el servicio se preste en las condiciones de calidad, continuidad, etc., fijadas en el contrato) y cuya remuneración depende del cumplimiento de esas obligaciones, sin tener garantizada la recuperación de sus costes.

En definitiva, asistimos a una desnaturalización del concepto de concesión por razones puramente financieras (*rectius*, contables). Esa desnaturalización ya comenzó con el «peaje en sombra», pues a partir de ese momento la concesión pierde la que constituía su característica principal, que consiste en que el coste de la obra no lo asuma la Administración, sino los usuarios⁶⁵. La concesión ya no sirve para ahorrar costes a la Administración, sino para que esos costes se reflejen de otro modo en la contabilidad. Si el concesionario asume el riesgo de demanda, la concesión con «peaje en sombra» se convierte, además, en un juego de azar, en el que la Administración puede «perder» o «ganar» en comparación con lo que le habría costado ese mismo activo a través de un contrato de obra (más la correspondiente financiación mediante deuda pública). Si esa misma concesión se basa en «pagos por disponibilidad», tiene de concesión poco más que el nombre, al que se saca partido a efectos financieros.

Por otro lado, recordemos que la exigencia de mayor o menor asunción de riesgos por parte del concesionario, más que señalar lo que se puede y lo que no se puede hacer, marca el límite entre dos contratos, la concesión y el contrato de servicios (o el de obra). Lo que no quepa en el contrato de concesión podrá rescatarse en otros contratos, especialmente en el de servicios, cuya regulación ya se ha modificado en esta línea, porque al quitar corsés sobre el plazo se ha querido ofrecer una «pista de aterrizaje» a aquellos proyectos que no quepan en el contrato de concesión pero exijan un plazo largo para la amortización de las inversiones.

Esta desnaturalización de los tipos contractuales, dirigida a aprovechar al máximo las técnicas de financiación privada y sobre todo para exprimir los límites de déficit y deuda, obligan a reaccionar, en mi opinión, en los procedimientos de aprobación de proyectos, para vigilar el principio de eficiencia (estas fórmulas pueden acabar siendo muy caras) y porque ya no podemos partir de que la concesión supone que el riesgo lo asume el concesionario.

⁶⁵ Lo expresa con toda claridad R. GÓMEZ-FERRER MORANT: «la verdadera naturaleza de este caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión (peaje en la sombra)» («El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales», en la obra por él dirigida, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, 2.ª ed., págs. 1.085-1.204, pág. 1.105).



Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017

Concepción Barrero Rodríguez
Universidad de Sevilla
barrero@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Entre sus líneas de investigación se encuentran la contratación pública, el procedimiento administrativo, el régimen local o el Derecho del Patrimonio Histórico.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESOLUCIÓN. 1. LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 1.1. LA DEMORA POR EL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. 1.2. EL INCUMPLIMIENTO POR EL CONTRATISTA DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. 1.3. LA RESOLUCIÓN DERIVADA DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. 1.4. EL INCUMPLIMIENTO POR EL CONTRATISTA DE SUS OBLIGACIONES LABORALES. 2. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 2.1. LAS DISPOSICIONES GENERALES. 2.2. LAS NORMAS CONCRETAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DIFERENTES CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 2.2.1. La resolución derivada de la potestad de modificación del contrato. 2.2.2. La resolución con origen en una declaración de concurso. 3. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 3.1. LAS PREVISIONES DE CARÁCTER GENERAL. 3.2. LOS EFECTOS CONCRETOS DE ALGUNAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 3.2.1. Las consecuencias de la resolución por incumplimiento culpable del contratista. 3.2.2. Los efectos de una resolución ligada a la modificación del contrato. 3.3. LA INSUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 213 DE LA LCSP EN RELACIÓN CON ALGUNAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. 3.3.1. Consideraciones generales. 3.3.2. La resolución por concurso del contratista. 3.3.3. La ruptura del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1 j). III. LAS CAUSAS PROPIAS DE RESOLUCIÓN DE CADA CONTRATO. 1. EL CONTRATO DE OBRAS. 2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. 3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS. 4. EL CONTRATO DE SUMINISTRO. 5. EL CONTRATO DE SERVICIOS.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece que «los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución». La norma no define sin embargo, en lo que sigue una importante tradición histórica, este último modo de conclusión de la relación contractual, ante lo que es preciso acudir al concepto civil de la institución, desde el que puede afirmarse, y ello es válido también para el Derecho Administrativo, que la resolución supone la ruptura anticipada del contrato antes del transcurso del plazo previsto para su ejecución y sin la completa realización de su objeto¹.

Las razones que llevan a esa disolución del vínculo contractual pueden ser muy variadas. Nuestro ordenamiento jurídico, y así lo hace también la Ley de 2017, las ha sistematizado siempre a partir de su

¹ Al respecto puede verse C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

diferenciación entre causas generales y causas propias de los diversos contratos que regula, distinción de la que nos valemos en este estudio cuyo objeto no es otro que el dar cuenta de las innovaciones introducidas en esta materia por la nueva LCSP, prescindiendo, por consiguiente, del análisis de aquellas causas cuya regulación no ha sufrido variación respecto de la establecida en el Texto Refundido de Contratos del sector público aprobado por el RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre (TRCSP).

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESOLUCIÓN

La LCSP distingue, y así también lo haremos nosotros, entre causas de resolución, su aplicación y la determinación de sus efectos, objeto de tratamiento en sus artículos 211, 212 y 213, respectivamente. Una regulación aplicable exclusivamente a los contratos administrativos con la excepción de la causa prevista en el artículo 211.1.g) que, como determina el 26.3, abarca también a «los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas... cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley».

1. Las causas de resolución

Con carácter general e introductorio, cabe destacar que el artículo 211 LCSP ha establecido una nueva causa general de resolución de los contratos administrativos: el incumplimiento de determinadas obligaciones laborales por parte del contratista, y ha modificado algunas de las ya existentes en el ordenamiento precedente: las relativas a la demora en el plazo de ejecución del contrato, el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales y el ejercicio por la Administración de su potestad de modificación del contrato. En otros casos, la LCSP mantiene sin alteración causas procedentes del Derecho anterior. Así sucede con «la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista», la «declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento», «el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista» y «las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato», determinadas, respectivamente, en las letras a), b), c) y h) del artículo 211.1. Finalmente, suprime la tradicional cláusula residual, presente hasta ahora en nuestras disposiciones sobre contratación pública, que declaraba causa de resolución «las establecidas expresamente en el contrato».

Centramos nuestra atención en aquéllas en las que la LCSP aporta alguna novedad en relación con lo dispuesto por el TRCSP.

1.1. La demora por el contratista en la ejecución del contrato

El incumplimiento por el contratista del plazo contractual ha figurado siempre entre las causas generales de resolución de los contratos administrativos, expresión de la trascendencia que para la satisfacción de los intereses públicos tiene la ejecución del contrato en el tiempo inicialmente previsto. El artículo 193.1 de la LCSP establece, en términos tomados de normas anteriores, la obligación del contratista de «cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva». El artículo 211.1.d), en consonancia con ello, considera «la demora en el cumplimiento de los plazos...» causa de resolución. Ahora bien, la mera infracción del plazo contractual no constituye, nunca lo ha sido, motivo de ruptura del contrato. Este es un resultado que nuestro ordenamiento ha reservado tradicionalmente, y así lo recogen hoy los artículos 192.2 y 193.3 de la LCSP, a los supuestos en los que obedezca a «causas imputables al contratista». De no ser así, y siempre que ofrezca «cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución», el órgano de contratación, artículo 195.2, deberá concederle la ampliación que «será, por lo menos, igual al tiempo perdido», a no ser que «pidiese otro menor». Tampoco el incumplimiento imputable al contratista determina inexorablemente la resolución del contrato. Simplemente faculta a la Administración para poder acordarla «atendidas las circunstancias del caso», aunque puede optar también por su continuidad con la imposición de las correspondientes penalidades en las cuantías y términos establecidos en el artículo 193.

Ahora bien, esta regla general, y única en nuestro ordenamiento hasta ahora, se excepciona por el artículo 211.1.d) de la LCSP en los supuestos de «retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido

en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas». Unos supuestos que, «en todo caso», determinan la resolución del contrato. Con esta previsión, introducida en la Ley por el Congreso de los Diputados², la Administración, ante un incumplimiento de estas características imputable al contratista, así ha de calificarse «el retraso injustificado» al que se refiere la norma, queda privada de la capacidad con la que siempre ha contado, y de la que sigue disponiendo fuera de estas concretas hipótesis, para decidir entre la ruptura o no del contrato que necesariamente deberá resolverse.

1.2. El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales

La LCSP ha modificado, al igual que hicieron las disposiciones que la han precedido, esta causa de resolución del contrato. Así, su artículo 211.1.f) considera, ante todo, motivo posible de ruptura de la relación contractual el incumplimiento por el contratista de «la obligación principal del contrato» que, en principio, cabe identificar con la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley, «la dificultad interpretativa» que planteaba el TRCSP en los casos en los que los pliegos declaraban «esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista», pero omitían, sin embargo, esa «calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad».

El artículo 211.1.f) establece también, en segundo lugar, que el contrato puede resolverse ante el incumplimiento por el contratista «de las restantes obligaciones esenciales siempre que éstas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los Pliegos o en el correspondiente documento técnico descriptivo»³. Una cláusula procedente del artículo 223.f) del TRCSP a la que se incorporan, no obstante, dos exigencias inexistentes en esta norma: 1) Que la delimitación efectuada respete «los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos», esto es, que no sea contraria «al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración»; y 2) Que tales obligaciones «figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general». Unas exigencias con las que LCSP, en opinión del Consejo de Estado expresada en ese mismo dictamen, trata de impedir que el pliego del contrato «configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista». No hace falta pues insistir en la importancia de que estos documentos definan las obligaciones de estas características, importancia que, como manifestó igualmente ese órgano consultivo, se ve hoy reforzada por el hecho de que el artículo 211.1, a diferencia de las Leyes precedentes, no contiene ya una remisión genérica a otras posibles causas de resolución «establecidas expresamente en el contrato», lo que supone que para que «este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la definición en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta en la confección del mismo».

Cabe esperar que los nuevos requisitos de tipificación de las obligaciones contractuales introducidos por la Ley pongan fin, o al menos reduzcan, los problemas interpretativos planteados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público y su Texto Refundido en el extremo relativo a la capacidad de la entidad contratante para resolver un contrato ante el incumplimiento de obligaciones no calificadas como esenciales en los pliegos pero que pudieran revestir tal carácter de acuerdo con la normativa reguladora del contrato⁴. No obstante, no cabe excluir, aunque con menor incidencia desde luego que antes, que puedan,

² El Informe de la Ponencia manifiesta que el nuevo texto es «consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 388 del GP Ciudadanos» que pedía, en efecto, incorporar esa causa de resolución con la justificación de que así se «otorga una mayor seguridad a la administración del buen término del contrato, ...».

Las enmiendas se encuentran publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 2-2, 16 de marzo de 2017 y el Informe de la Ponencia en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 2-4, 2 de agosto de 2017.

³ Cabe recordar que fue de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas la que en su artículo 112.g), estableció, recogiendo el criterio mantenido por el Consejo de Estado y la jurisprudencia en su interpretación de la normativa anterior –artículos 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 y 52.1 y 75.1 de la Ley de Contratos de 1965– el carácter «esencial» de la obligación cuyo incumplimiento por el contratista faculta a la Administración para resolver el contrato.

⁴ Su previsión, sin mayor especificación, de que es causa de resolución «el incumplimiento de las obligaciones que estén calificadas, como tales, en los pliegos o en el contrato» va, en efecto, a dividir a los órganos consultivos en su respuesta a esta cuestión, aunque finalmente se impondrá la tesis favorable a la posible ruptura del contrato en estos supuestos. Una interpretación que, según

en determinadas ocasiones, seguir suscitándose dudas al respecto. Habrá que estar atentos a la interpretación que puedan ofrecer sobre el particular los órganos consultivos y la jurisprudencia.

1.3. La resolución derivada de la modificación del contrato

La LCSP establece una regulación de la modificación de los contratos que parte de la diferenciación introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, entre modificaciones pactadas y modificaciones que operan *ex lege*. Así su artículo 203.2 determina que los contratos solo podrán modificarse «cuando así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares» en los términos previstos en el artículo 204, o «excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205»; precepto que incorpora el conjunto de circunstancias que, de acuerdo con el artículo 72 la Directiva 2014/24, hacen posible la variación del contrato sin necesidad de acudir a una nueva licitación. Fuera de estos supuestos, añade el artículo 203.2, «si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, ...». En coherencia con esta previsión, el artículo 211.1.g) considera causa general de resolución «la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205».

Ahora bien, el artículo 211.1.g), y aquí radica su novedad en relación con lo establecido en el TRCSP, prevé también la resolución del contrato «cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205», esto es siendo posible su variación, «las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido». El artículo 206.1 declara obligatorias para el contratista las modificaciones impuestas por la Ley que no excedan de esta cuantía. Si la supera, requiere su «previa conformidad por escrito», resolviéndose «el contrato, en caso contrario». De esta forma, la LCSP recupera un supuesto de resolución previsto para el contrato de obras en el ordenamiento anterior y que la Ley de Economía Sostenible había eliminado⁵, recuperación que el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley situó entre las reformas del régimen de resolución que «resultan acertadas».

1.4. El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales

El artículo 211.1.i) de la LCSP, sin precedente alguno en nuestro ordenamiento, establece como causa de resolución «el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato».

Con la previsión de este motivo de ruptura del contrato, que se introduce por el Congreso de los Diputados que acepta diversas enmiendas presentadas con tal fin⁶, la resolución se desvincula del incumplimiento

concluye el Consejo de Estado en su Dictamen 47/2016, de 23 de diciembre, «trata de evitar un rigorismo literalista que impida el ejercicio de la potestad administrativa de resolución cuando los incumplimientos sean materialmente esenciales, ya que la voluntad evidente del legislador es incentivar el celo de los redactores de los documentos de contratación y moderar el empleo de la potestad de resolución, pero no impedirla en casos de incumplimientos groseros y flagrantes o que demuestren una voluntad del contratista rebelde al cumplimiento».

⁵ Véanse artículos 150.e) de la Ley Contratos de 1995 y 220.e) de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 antes de su modificación por la Ley de 2/2011, de Economía Sostenible.

⁶ Así en el Informe de la Ponencia puede leerse que ésta «ha aprobado por unanimidad un nuevo texto en relación con este artículo..., como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 147 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 297 y 306 del GP de Esquerra Republicana, 676 del Grupo Parlamentario Socialista y 917 del GP Mixto-PDeCAT».

El primero de estos Grupos parlamentarios había propuesto que fuera causa de resolución «el impago de los salarios por parte del adjudicatario a la plantilla que participa de la ejecución del contrato o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor durante su ejecución». Por su parte, los Grupos de «Ezquierda Republicana», «Socialista» y «Mixto» solicitaban incluir como motivo de resolución «los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios, o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa». En su justificación, la enmienda 147 señalaba que «el incumplimiento de la legislación en materia laboral debe ser un motivo básico de resolución de un contrato puesto que la Administración no puede permitir que existan trabajadores que prestan servicios públicos y cobren sus salarios de manera regular, mientras que otros, que también participan en la prestación de servicios públicos aunque sea a través de la forma de gestión

de las obligaciones derivadas del propio contrato, ámbito al que tradicionalmente había estado circunscrita, para alcanzar a la infracción por el contratista de otros deberes al margen de la relación contractual, como son los impuestos por la normativa laboral⁷. Más adelante tendremos oportunidad de comprobar como la introducción de este motivo de ruptura de la relación contractual, cuya conveniencia no se cuestiona, no ha ido acompañada de un régimen que garantice su efectiva aplicación, lo que hace dudar de su eficacia. Habrá, no obstante, que esperar a que transcurra cierto tiempo para comprobar su grado de aplicación y valorar la interpretación que, en su caso, puedan ofrecernos las diferentes instancias consultivas y la jurisprudencia contencioso-administrativa.

2. La aplicación de las causas de resolución

El artículo 212 de la LCSP regula la «aplicación de las causas de resolución». En él puede diferenciarse entre normas aplicables a todas ellas y normas referidas específicamente a concretas causas de resolución del precepto anterior. Analizamos separadamente unas y otras.

2.1. Las disposiciones generales

La resolución del contrato se ha de acordar, como determina su apartado 1.º, por «el órgano de contratación, de oficio o a instancias del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca». Esta regla se excepciona, por el propio precepto, en los supuestos en los que la causa de resolución sea la prevista en el artículo 211.1.i), en cuyo caso, «solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista», lo que supone que la capacidad de instar el procedimiento de resolución contractual escapa a las partes contratantes, las únicas que pueden hacerlo respecto del resto de las causas, dejando en manos de los propios trabajadores la decisión sobre la continuidad del contrato. Una regla que, a su vez, se excluye «cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio».

Aunque el procedimiento de resolución queda remitido a norma reglamentaria, el artículo 191 de la LCSP establece, al igual que las Leyes anteriores, dos trámites de obligado cumplimiento: la audiencia al contratista y «el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva» cuando «se formule oposición» por su parte. En espera del anunciado desarrollo reglamentario, el procedimiento aplicable será el previsto en el RD 1098/2001, de 12 de octubre, del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), en vigor en lo que no se oponga a las nuevas disposiciones legales. Con carácter supletorio se aplicará, como determina la disposición final 2.ª.1 de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común (LPAC).

El artículo 212.8, lo que no hacían las disposiciones precedentes en materia de contratación, determina el plazo máximo en el que estos procedimientos «deberán ser instruidos y resueltos», ocho meses, a contar, como establece el artículo 21.3 de la LPAC, desde «la fecha del acuerdo de iniciación» en el caso de incoarse el procedimiento de oficio, o desde que la solicitud «haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación» en los supuestos en los que sea el contratista el que con su petición da lugar a la apertura del procedimiento. Se trataba, sin duda, de una previsión necesaria dado que, ante la ausencia de un plazo específico, se venía aplicando el supletorio de tres meses previsto en la norma común del procedimiento administrativo, a todas luces insuficiente, como manifestaban los distintos órganos consultivos, ante la complejidad que, por lo general, muestran estos procedimientos⁸. La

indirecta, no lo hagan»; la 297 se refería a una «mejora técnica para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales de los contratistas y subcontratistas»; y la 917 a que «esta cláusula permite garantizar la negociación colectiva y la capacidad de asumir incrementos tributarios o de las cotizaciones de seguridad social no previstos en el momento de la adjudicación».

⁷ M. RUÍZ DAIMIEL ha reflexionado sobre las dudas interpretativas que se suscitan en la conexión entre dos relaciones jurídicas, en principio independientes, como son la que unen al contratista, de una parte, con la Administración y, de otra, con sus trabajadores («Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista de determinados servicios», *Observatorio de la Contratación Pública*, Sección Opinión).

⁸ En tal sentido, Dictámenes, entre otros, del Consejo de Estado 690/2015, de 27 de julio, o 750/2016, de 10 de noviembre.

falta de resolución y notificación en plazo determina, si el procedimiento se inició a instancias del contratista, que «podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver» de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 2.^a.1 de la LCSP. De haberse incoado de oficio, se producirá, como reconocen una consolidada doctrina de los órganos consultivos y la propia jurisprudencia, su caducidad y el consiguiente archivo de las actuaciones⁹.

Con carácter general igualmente, aunque en un plano muy diferente, debe significarse que ante la presencia de una causa de resolución las partes disponen de la facultad de optar entre el ejercicio de su potestad resolutoria o el mantenimiento del contrato, a excepción de aquellos supuestos en los que la propia norma impone su extinción, que es lo que ocurre, por disposición del artículo 112.2, ante «la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento del contratista» y «las modificaciones del contrato en los casos en los que se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205». Llama la atención la falta de mención del precepto al tercero de los supuestos que, a tenor de lo establecido en el artículo 211.1.d), provoca igualmente la ruptura necesaria del contrato: «el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas». Un supuesto que, por consiguiente, tendría que haber figurado también en el artículo 212.2 entre aquéllos que «darán siempre lugar a la resolución del contrato». En todo caso, y aunque esta omisión pudiera generar alguna confusión, ante un incumplimiento del plazo de las características previstas en ese precepto procede la ruptura del contrato, lo que, sin duda, constituye una importante novedad en nuestro ordenamiento.

Entre las causas generales de resolución con origen, de otra parte, en la entidad contratante no existe ninguna que, de acuerdo con el artículo 212.7: «el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta Ley», pueda determinar esta consecuencia.

Finalmente, cabe destacar que la LCSP positiviza en su 211.2 la regla, plenamente asentada en la doctrina de los órganos consultivos y en la jurisprudencia, que ante la presencia de «diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción», dispone que «deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo»¹⁰.

2.2. Las normas concretas sobre la aplicación de las diferentes causas de resolución

El artículo 212 de la LCSP completa sus previsiones generales en la materia con una serie de reglas particulares. Detendré mi atención en aquéllas en las que la nueva regulación ofrece variaciones respecto de la existente en el TRCSP de 2011. Prescindiendo pues del análisis de los supuestos en los que la causa de resolución sea «la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual», respecto de la que el artículo 212.3 mantiene la regla tradicional en nuestro Derecho que permite a la Administración «acordar la continuidad del contrato con sus herederos o sucesores»¹¹, así como de las resoluciones basadas en el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista que «solo podrá tener lugar», como dispone el apartado 4.º del precepto reproduciendo igualmente una norma procedente de Leyes anteriores, «cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato»¹².

⁹ Como establece el Consejo de Estado, Dictamen, por ejemplo, 363/2017, de 29 de junio, y puede comprobarse en las recientes Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 15 de diciembre de 2016 (JUR 2017/43612) o de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 16 de diciembre de 2016 (JUR 2017/16054) que dan cuenta además de la posición del Tribunal Supremo en la materia.

¹⁰ La redacción final de este artículo es la sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, que la consideraba más clara que la establecida en el texto sometido a su consideración, que señalaba que «cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición». La redacción propuesta por el órgano consultivo coincide con su doctrina tradicional en la materia. Ya en su Dictamen número 47.892 de 4 de julio de 1985, frecuentemente citado a partir de esa fecha, había señalado que esa regla de prioridad tiene sentido «cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas», toda vez que, si como indica el Dictamen 985/2014, de 4 de diciembre, éstas «son idénticas», procede «resolver el contrato por cualquiera de ellas».

¹¹ El RGCAP dispone en su artículo 110 que el acuerdo sobre la continuidad del contrato «será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o del representante del incapaz».

¹² Se trata de unas exigencias mantenidas con todo rigor por los órganos consultivos en aplicación de las disposiciones de igual contenido de las Leyes anteriores, como puede comprobarse, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado 178/2016, de 31

2.2.1. La resolución derivada de la potestad de modificación del contrato

El artículo 212.2 de la LCSP diferencia entre una resolución del contrato de aplicación necesaria, la que aparece en los supuestos en los que no sea posible modificarlo al no concurrir las circunstancias que lo hacen posible de conformidad con los artículos 204 y 205; y una segunda, inexistente en el TRCSP tras su modificación por la Ley de Economía Sostenible, de ejercicio potestativo tanto para la Administración como para el contratista, que surge en los casos en los que las modificaciones producidas «impliquen aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido».

2.2.2. La resolución con origen en una declaración de concurso

«En caso de declaración de concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, y siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes a juicio de aquélla para su ejecución». Con esta norma, el artículo 212.5 de la LCSP modifica la regla establecida en el artículo 224.4 del TRCSP precedente, a su vez, del de 2000 tras su modificación por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹³, que determinaba que la apertura de la fase de liquidación del concurso daba «siempre lugar a la resolución». Una causa automática de ruptura del contrato que ahora parece que desaparece para, en el sentido apuntado por la doctrina¹⁴, dejar, en todo caso, en manos de la Administración contratante su posible continuidad. Interesa significar, no obstante, que en la reforma del precepto por el Congreso de los Diputados, consecuencia de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, se eliminó la previsión del Proyecto de Ley que expresamente reconocía la posibilidad de la Administración de continuar en el contrato «aun cuando ya se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación»¹⁵. Su desaparición no impide, sin embargo, mantener que la apertura de dicha fase no obliga ya necesariamente a la ruptura del contrato. El tenor literal del artículo 212.5: «en caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato...» y el hecho de que la regla general en nuestro ordenamiento sea la de la posible pervivencia del contrato incurso en una causa de resolución a menos que la norma disponga expresamente lo contrario, permiten entender, en espera de lo que en su caso puedan determinar los órganos consultivos y, en último término los tribunales, que la entidad contratante cuenta con la capacidad de mantener el contrato con el contratista declarado en concurso, aun abierta la fase de liquidación.

La decisión de la Administración sobre la continuidad o no del contrato se deberá adoptar, como también dispone el artículo 212.5, atendiendo a las «razones de interés público» concurrentes en cada caso y a sí las garantías adicionales prestadas por el contratista son «suficientes para su ejecución». La LCSP, lo que no hacía la disposición precedente, concreta, tras la modificación introducida en el precepto en su tramitación parlamentaria¹⁶, qué garantías adicionales, exigencia que igualmente se introduce ahora, cuentan, en todo

de marzo, o en los Dictámenes 3/2014, de 10 de febrero del Consejo de Navarra; 223/2014, de 21 de julio, del Consejo jurídico de la Región de Murcia; 458/2014, de 16 de octubre del Consejo Consultivo de Castilla y León; 43/2015, de 5 de marzo, del Consejo consultivo del Principado de Asturias; 18/2016, de 27 de junio del Consejo consultivo de La Rioja; o 310/2016, de 11 de mayo del Consejo consultivo de Andalucía.

¹³ En su redacción originaria, el artículo 212.2 de ese Texto Refundido disponía que «la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato».

¹⁴ I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 93-95.

¹⁵ Cabe notar que este Grupo parlamentario (enmienda número 677) proponía que la Ley estableciera que la apertura de esa fase diera «lugar a la resolución automática del contrato» porque «la protección del interés público parece exigir que con la liquidación deban resolverse los contratos. En definitiva, si quien contrata con la Administración debe generar en todo momento confianza ésta no existe ni puede existir cuando se ha producido la apertura de la fase de liquidación cuya finalidad es la extinción del ente societario». La petición no fue atendida pero, sin embargo, se suprimió la previsión que reconocía expresamente la posibilidad de la Administración de mantenerse en los contratos aún abierta la fase de liquidación, y que había servido al Consejo de Estado para señalar en su dictamen al Anteproyecto de Ley que la norma en proyecto consumaba una «evolución legislativa tendente a privar de automatismo a la resolución de los contratos administrativos a raíz de concursos de acreedores». El propio órgano consultivo dejaba apuntadas «las condiciones extraordinarias que han de concurrir para que sea factible la pervivencia del vínculo contractual que une a la Administración con una sociedad en liquidación».

¹⁶ La modificación del entonces artículo 209 es, como indica el Informe de la Ponencia, «consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 677 del GP Socialista», enmienda que también proponía, lo que sin embargo no fue aceptado, que se considerase «garantía suficiente» la «aprobación judicial del plan de viabilidad que acompañe la propuesta convenio cuando se prevea –para atender al cumplimiento del convenio– contar con los recursos que genere la continuación en el ejercicio de la

caso, con esa condición de «suficientes» que la Ley exige: «a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108; b) El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista». Debe advertirse que el precepto no determina realmente el importe de estas garantías. En el primer caso establece su cuantía mínima, mientras que en el segundo ni siquiera ello, lo que significa que deberá ser fijada, en atención a las circunstancias de cada supuesto, por la entidad contratante. El hecho, de otra parte, de que las indicadas cuenten, «en todo caso», con esa condición de «suficientes» hace pensar en la posibilidad de que puedan existir otras cuya aceptación sigue quedando en manos de la Administración.

En definitiva, la Administración puede, una vez declarado el concurso y con independencia de la fase en la que se encuentre, optar entre la continuidad del contrato –siempre que se aporten las garantías adicionales suficientes para su ejecución– o su ruptura. Una facultad que quizás deba excluirse, como viene manteniendo el Consejo de Estado en un criterio que no tiene por qué variar, en los supuestos en los que los pliegos del contrato, al amparo de la libertad de pactos que rige en la contratación administrativa, hayan previsto la resolución como consecuencia de la declaración de concurso o, en su caso –puede añadirse ahora–, de la apertura de la fase de liquidación¹⁷. De hecho, la norma que sirve al Consejo de Estado para apoyar su posición, el artículo 100.c) del TRCSP, que entre las «responsabilidades a que están afectas las garantías», sitúa «la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido» figura, sin variación alguna, en el artículo 110.d) del nuevo texto legal.

3. Los efectos de la resolución

Al igual que hemos hecho en el análisis de las causas de resolución y su aplicación, también aquí nos centramos en el examen de las novedades que aporta la LCSP, a las que añadiremos la exposición de aquellos extremos que hubieran merecido una atención que, sin embargo, el legislador no le ha dispensado. No nos adentramos, por tanto, en el examen de los efectos propios de la resolución por mutuo acuerdo que, como dispone en los mismos términos que disposiciones anteriores el artículo 213.1, «se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas». Tampoco merece la pena detenerse en el apartado siguiente del precepto que consagra la regla, tradicional igualmente en nuestro ordenamiento, que impone a la Administración, en caso de incumplimiento de «las obligaciones del contrato», el «pago de los daños y perjuicios que se irroguen al contratista». Entre las causas generales de resolución del contrato, a las que específicamente se refiere este precepto, solo existe una que tenga su origen en la infracción por la entidad contratante de las obligaciones que la vinculan, la demora en el pago que, transcurridos los plazos previstos en el artículo 198, faculta al contratista para romper el contrato con el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que «como consecuencia de ello se originen», ámbito en el que, como la experiencia demuestra, surgen las mayores dificultades en la aplicación de una causa que, en sí misma, no suscita especiales problemas¹⁸.

3.1. Las previsiones de carácter general

Dos previsiones de muy distinta naturaleza se dan cita aquí, las establecidas en los apartados 5.º y 6.º del precepto.

El primero el de ellos reproduce la regla, clásica en nuestras normas de contratación pública, que impone, «en todo caso», al acuerdo de resolución un «pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida». Ahora bien, aunque la interpretación literal del precepto pudiera llevar a pensar que el órgano competente cuenta

actividad profesional o empresarial», así como que la decisión correspondiera «al Juez concursal con la intervención de la Administración a través del correspondiente incidente concursal mediante informe vinculante de ésta».

La motivación de la enmienda señalaba que «referirse a «garantías suficientes» no es sino emplear un concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha planteado no pocos problemas y las opiniones que sobre la materia se han vertido son ciertamente opuestas por lo que resulta razonable su concreción. Parece que la Administración no pueda rehusar una petición del contratante si son realmente suficientes; esto es, han de prestarse garantías adicionales a las originariamente prestadas por el contratista...».

¹⁷ En tal sentido, Dictamen 726/2016, de 22 de septiembre.

¹⁸ Sobre el alcance, en estos supuestos de resolución contractual, de los derechos económicos del contratista, puede verse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de diciembre de 2015 (JUR 2016/33939).

con la capacidad para decidir discrecionalmente sobre el destino de la garantía, ello no es así. De una parte, porque el propio artículo 213 determina para ciertos supuestos de resolución contractual la solución procedente; de otra, porque su decisión habrá de respetar siempre la regla general que hoy recoge el artículo 111.1 que condiciona la devolución o cancelación de la garantía a que la resolución «se haya producido sin culpa del contratista».

El artículo 213.6 contiene una previsión aplicable a las resoluciones fundadas en diversas causas. Concretamente extiende a las derivadas de la situación de concurso del contratista y el incumplimiento por su parte de las obligaciones principal o esenciales del contrato, incluida la infracción del plazo de ejecución, una regla que el TRCSP solo establecía para aquéllas con origen en una modificación del contrato. La que, con el fin de asegurar la continuidad en la ejecución de la prestación, dispone que «al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución» podrá iniciarse «el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato» que «quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución», aplicándose «la tramitación de urgencia» a «ambos procedimientos». Además, y hasta que se formalice el nuevo contrato, «el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado». Su retribución, a falta de acuerdo, se fijará por «el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato». El contratista «podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles». Si el contratista no puede asegurar «las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero».

3.2. Los efectos concretos de algunas causas de resolución

El artículo 213 regula específicamente los efectos de la resolución del contrato por «incumplimiento culpable del contratista» y como consecuencia de su modificación.

3.2.1. Las consecuencias de la resolución por incumplimiento culpable del contratista

Los efectos de esta causa de resolución, ahora vinculada al incumplimiento por el contratista de «la obligación principal del contrato» o de «las restantes obligaciones esenciales» así calificadas en los pliegos en los términos establecidos en el artículo 211.1.f), han sido tradicionalmente controvertidos y han variado en todas las disposiciones sobre contratación pública que se han sucedido a lo largo de los siglos XIX y XX. La LCSP modifica, de nuevo, estos efectos para volver a la regla establecida en la Ley de 1995 poniendo fin así a la solución prevista en la de 2007 y que tantos problemas interpretativos había planteado al no prever expresamente en su artículo 208.4, 225.3 de su Texto Refundido, la incautación de la garantía como efecto necesario de una ruptura del contrato por este motivo, suscitando con ello la duda de si estaba reconociendo el derecho del contratista a su reintegro en la medida en que no fuera necesaria para indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración, pues la garantía, aquí la norma no generaba discusión, se encontraba adscrita a la compensación de tales daños, quedando además facultada la Administración para exigir al contratista la parte no cubierta, en su caso, por su importe¹⁹. Desde luego, el tenor literal de esos preceptos que, por primera vez en nuestra historia, no imponen la incautación automática de la garantía en estos supuestos, podía avalar esta interpretación que, sin embargo, encontraba un escollo importante en la disposición, artículo 102.1 del TRCSP, que condiciona su devolución a una resolución «sin culpa del contratista»²⁰. Los propios órganos consultivos darán buena cuenta de las dudas planteadas por el precepto que se va a derogar sin haberse alcanzado una interpretación uniforme, con el resultado de que una dis-

¹⁹ Disponía el precepto: «Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».

²⁰ En tal sentido, T. CANO CAMPOS “La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista”, J. E. SORIANO GARCÍA (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santa-maría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1.810-1.824.

posición de carácter básico llamada, en consecuencia, a establecer una misma solución en el conjunto del territorio del Estado, terminaba aplicándose con contenidos muy diferentes en función de la interpretación que de ella se efectuara²¹. El propio Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley dio cuenta de esta «problemática» y declaró el «pleno acierto» de la modificación legal en este punto.

El artículo 213.3 de la LCSP establece que «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada». Es, sin alteración alguna, la misma regla que, con precedentes claros en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953²², estuvo recogida en la Ley de 1995 y su Texto Refundido, lo que permite disponer para su interpretación de la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de estas disposiciones. Dos ideas merecen ser destacadas en el nuevo precepto. Así: a) La garantía se incauta por el simple hecho de la ruptura del contrato por culpa del contratista con independencia de que existan o no daños y perjuicios que indemnizar a la Administración y de cuál sea su importe²³; y b) La garantía está afectada a la indemnización de esos daños y perjuicios y solo de no ser suficiente su cuantía, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los no cubiertos por ella. De esta forma, la garantía cumplirá con una función liquidatoria en los supuestos en los que los daños causados a la Administración por la extinción del contrato la superen y con una finalidad total o parcialmente punitiva en aquéllos otros en los que no ocasione daños o los provoque en una cifra inferior a la de su cuantía; lo que significa que esos daños habrán de quedar siempre debidamente demostrados y cuantificados²⁴, pues solo así podrá saberse el montante de la indemnización a abonar por el contratista y sí la garantía incautada es suficiente a tal efecto²⁵.

Los efectos establecidos en el artículo 213.3 se completan con la posible inhabilitación del contratista establecida en el artículo 71.2.d) de la LCSP que prohíbe contratar «con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley» a quienes hubieran «dado lugar, por causa de la que hubieran sido declarados culpables,

²¹ Toda vez que el propio Consejo de Estado y otros órganos consultivos mantendrán, en una interpretación avalada por algunos pronunciamientos judiciales, la posible devolución de la garantía al contratista que, sin embargo, otras instancias consultivas autonómicas denegarán. Al respecto puede verse C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma» (*Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, págs. 82-94).

²² Su artículo 97 estipulaba que la resolución del contrato por incumplimiento del contratista determinaba la «pérdida de la garantía provisional o definitiva», a lo que el precepto siguiente añadía que si «resultare insuficiente para hacer efectivas las responsabilidades del licitador o contratista, se procederá contra los demás bienes del deudor».

²³ Cabe notar que las normas de contratación pública no han determinado nunca, tampoco lo hace la Ley de 2017, cuando existe culpa del contratista en el incumplimiento. Han sido los órganos consultivos y la jurisprudencia los que han establecido que esta circunstancia concurre cuando el contratista actúa sin la diligencia que le es exigible, de ahí que quede exonerado de responsabilidad en los supuestos en los que su incumplimiento trae causa de un hecho «imprevisible o inevitable» o de una previa infracción del contrato por la Administración que le impide atender a sus obligaciones (Un desarrollo del tema puede encontrarse en C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, op. cit., págs. 68-129).

²⁴ Es importante insistir en esta idea, toda vez que, bajo la vigencia de la Ley de 1995 y de su Texto Refundido, ciertos autores y algunos dictámenes de diferentes órganos consultivos siguieron manteniendo esa doctrina, desarrollada en aplicación de disposiciones más antiguas, de acuerdo con la cual la garantía sería una cláusula que tasa esos perjuicios de difícil cuantificación que comporta siempre la ruptura del contrato sin la realización de su objeto. Una tesis que, como estudié en una ocasión anterior, quizás no tuviera cabida, como tampoco la tendría hoy, en el régimen establecido por la disposición de ese año, cuya correcta aplicación exigía la acreditación y cuantificación de los daños causados a la Administración (*La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid 2006, págs. 189-193). Hay que reconocer, no obstante, que el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley no parece apuntar en esta línea al manifestar que «el incumplimiento culpable determinará para el contratista la pérdida de la fianza, que desarrollará por sí misma una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe, para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria».

²⁵ La acreditación y valoración de los daños se ha de producir, como establece el artículo 113 del RGCP, «por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo», lo que puede tener lugar, como siempre han reconocido el Consejo de Estado y otros órganos consultivos en un criterio que no tiene por qué variar, tanto en el propio acuerdo de resolución del contrato como en el curso de un procedimiento posterior (Dictámenes, por ejemplo, del Consejo de Estado 112/2016, de 31 de marzo, 612/2016, de 20 de julio, 716/2016, de 6 octubre o 750/2016, de 10 de noviembre; o en los Dictámenes, entre otros, 43/2017, de 27 de febrero, del Consejo consultivo de Aragón o 46/2017, de 24 de febrero del Consejo jurídico de la Región de Murcia), pues lo importante es que el contratista pueda rebatir la valoración efectuada por la Administración. Cuestión distinta es que no se muestre interesado en discutirla en las hipótesis en las que la propia Administración los considera reparados con la garantía, toda vez que ésta, en ningún caso, va a reintegrarse.

a la resolución firme de cualquier contrato celebrado» con una entidad, igualmente, «de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley». Una prohibición que el apartado 3.º del precepto extiende «a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que la rigen o de otras circunstancias pudiera presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas». La prohibición de contratar, artículo 72.5, se ha de declarar «siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca» y que, como dispone el apartado 7.c) del precepto, «no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años» computados «desde la fecha en la que fuese firme la resolución del contrato». La prohibición no podrá exceder, artículo 72.6, de tres años frente a los cinco que regían bajo la vigencia del TRCSP, a contar, artículo 73.3, «desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente»²⁶, extendiendo sus efectos, artículo 72.1, a todas «las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley»; esto es, a todas las incluidas en su ámbito de aplicación, lo que supone igualmente un cambio de criterio respecto de la norma precedente, en cuya aplicación, artículo 61.3 del TRCSP, solo alcanzaba «a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración», sin perjuicio de la posibilidad reconocida al Ministerio correspondiente para extender sus efectos.

Finalmente cabe llamar la atención sobre el silencio de la LCSP en relación con los supuestos en los que al incumplimiento del contratista causante de la resolución del contrato se suma el de la entidad contratante. Unas hipótesis frecuentes en la doctrina de los órganos consultivos y en la jurisprudencia contencioso-administrativa, cuya regulación, al igual que lo hiciera en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, al Anteproyecto de la Ley de Contratos de 1995, reclamó sin éxito el Consejo de Estado durante la tramitación de la disposición de 2017²⁷. Cabe, desde luego, manifestar la frecuencia con la que se presentan supuestos de esta naturaleza y la disparidad de respuestas que ante ellos ofrecen los distintos órganos consultivos y la jurisprudencia, lo que hacía, sin duda, conveniente una regulación cuya ausencia no cabe sino lamentar. Tampoco atiende, de otra parte, la nueva LCSP, en el sentido apuntado igualmente por esa misma doctrina y jurisprudencia, a la posible modulación de las consecuencias de la resolución en atención al distinto alcance del incumplimiento del contratista y las concretas circunstancias en las que se ha producido.

3.2.2. *Los efectos de una resolución ligada a la modificación del contrato*

El artículo 213.4 de la LCSP regula las consecuencias propias de la resolución del contrato con origen en su modificación, supuestos en los que reconoce el derecho del contratista «a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar», aplicable tanto a los supuestos en los que la resolución se impone ante la imposibilidad de ejecutar la prestación sin una variación del contrato que su regulación no permite, como a aquéllos otros en los que opera con carácter potestativo al exceder la cuantía de la modificación acordada del límite legalmente previsto. En ambos casos, sin embargo, el propio artículo 213.4 reconoce la posible exclusión de este derecho. En el primero de ellos, cuando «la causa sea imputable al contratista», esto es, cuando él sea el responsable de la situación que determina que sea necesaria esa modificación que no puede efectuarse, circunstancia que deberá determinarse a partir de una valoración de cada uno de los casos en los que pueda presentarse. En el segundo, cuando «rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205». Esta previsión, que no figuraba en las versiones iniciales del Anteproyecto de Ley, se incorpora tras las consideraciones efectuadas por el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto²⁸, deja sin indemnización al contratista en los casos en los que ejercita la facultad resolutoria del contrato, circunscribiendo así el ámbito de aplicación de la previsión a las hipótesis en las que es la Administración la que, en aplicación del artículo 212.2, insta la resolución del contrato.

²⁶ El apartado anterior de este mismo precepto exige que la prohibición de contratar, «una vez adoptada la resolución correspondiente», se comunique «sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado».

²⁷ Así lo hizo en su dictamen al Anteproyecto de Ley en el que propuso, incluso, cual podría ser el texto de la disposición que las regulase: «Excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada en el caso de que al incumplimiento culpable del contratista hubiera concurrido la actuación de la Administración».

²⁸ Advertía el Consejo que «no debe surgir el derecho del contratista» cuando, «planteada la modificación por la Administración y estando la misma amparada por el artículo 205, el contratista decline firmar el proyecto modificado». Y ello, razonaba, «por cuanto una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20% del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3% de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla».

Nada dispone específicamente la LCSP sobre el destino de la garantía en estos supuestos. Tampoco lo hacía el Texto Refundido de 2011 ante lo que los órganos consultivos no dudaron en declarar la procedencia de su devolución si, como con carácter general ocurre en estos casos, nos encontramos ante «una causa de resolución ajena al incumplimiento de la empresa contratista»²⁹. Un criterio que no tiene por qué variar ante la coincidencia, en este punto, de la regulación actual con la de la norma precedente.

3.3. La insuficiencia del artículo 213 de la LCSP en relación con algunas causas de resolución

3.3.1. Consideraciones generales

El análisis de este precepto no debe concluir sin la exposición de las carencias que presenta respecto de algunas de las causas de resolución legalmente previstas, concretamente de la derivada de la declaración de concurso del contratista y del impago «de los salarios a los trabajadores que participan en la ejecución del contrato y el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos». Ya hemos destacado, de otra parte, las insuficiencias de su regulación en el extremo relativo a los supuestos de concurrencia de Administración y contratista en el incumplimiento del contrato, debiendo añadirse ahora que el artículo 213 tampoco se pronuncia sobre los efectos propios de una resolución basada en la infracción del plazo contractual, de la que tan solo determina en su apartado 3.º, reiterando la regla ya establecida en el artículo 193.4, que cada vez que las penalidades por demora «alcanzasen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato», el «órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades». No obstante, las consecuencias de la resolución por este motivo no han suscitado nunca discusión al constituir un incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales al que, por consiguiente, resultan aplicables los efectos que hoy prevé el párrafo 3.º del precepto.

3.3.2. La resolución por concurso

Una de las principales lagunas del artículo 213 es la que afecta a los casos de resolución del contrato con origen en la situación de concurso del contratista, de la que nada determina el precepto al haber desaparecido la norma del artículo 225.4 del TRCSP anterior que establecía que «sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable»³⁰. Ese precepto, sin embargo, no se pronunciaba sobre la posible exigencia al contratista de una indemnización por los daños y perjuicios que la ruptura anticipada del contrato hubiera podido ocasionar a la Administración, reconocida, sin embargo, por la jurisprudencia y los órganos consultivos, en las hipótesis en las que el concurso fuera culpable con fundamento en las consecuencias propias de la resolución «por incumplimiento culpable del contratista», al estimarse que ésta es la situación que, en definitiva, se produce en estos supuestos³¹; parecer que también compartían numerosos autores³². Más problemáticos resultaban los casos de concursos fortuitos respecto de los que no se encuentran pronunciamientos en esa jurisprudencia y doctrina que avalen de manera clara ese posible deber del contratista indemnizar los daños que hubiera podido causar a la Administración, posibilidad que, en algunos supuestos, parece, incluso, excluirse³³.

En definitiva, los efectos de la resolución por este motivo parecían necesitados de una regulación que abordara éstos y otros extremos que en su ámbito se presentan³⁴. Una necesidad a la que, sin embargo,

²⁹ En términos tomados, por ejemplo, del Dictamen 195/2015, 9 de abril del Consejo de Estado.

³⁰ La previsión tenía su origen en la modificación del artículo 208.4 de la LCSP por el RDL 6/2010, de 9 de abril efectuada con el objeto, según manifiesta expresamente su Preámbulo, de «favorecer la actividad empresarial».

³¹ En tal sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2011/17911) y Dictámenes, entre otros, 136/2008 de la Comisión Jurídica asesora de Euskadi; 96/2009, de 13 de mayo, del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha; 471/2012, de 26 de julio, del Consejo consultivo de Madrid; o 273/2013, de 22 de julio, del Consejo consultivo de Canarias.

³² Así, M. CARLON, M. (Comentario al artículo 67), en ROJO, A. y E. BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1.246-1.247), M. I. LINARES GIL (“Concurso de acreedores y contratación administrativa”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm 14, 2011, pág. 203) o T. VÁZQUEZ LEPINETTE (“Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 22, 2011, pág. 330).

³³ Así en el Dictamen 113/2016, de 16 de febrero, del Consejo de Estado.

³⁴ De entre los que destaca, sin duda, la concurrencia de esta causa de resolución con la basada en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones y que no siempre se resuelven de manera satisfactoria con la regla que aboga por la aplicación preferente

no ha sido sensible la LCSP que no solo no ha regulado las posibles consecuencias indemnizatorias que pudieran derivar en favor de la entidad contratante en estos supuestos de ruptura del vínculo contractual, sino que además ha venido a plantear un nuevo problema inexistente bajo el régimen jurídico anterior, el del destino de la garantía, pues ha eliminado, lo que el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley consideró que debía «reevaluarse», la previsión del artículo 225.4 del TRCSP que vinculaba su pérdida a la calificación del concurso. En ausencia de reglas específicas, habrá que estar a lo que, en cumplimiento del artículo 213.5, pueda disponer la Administración en el acuerdo de resolución que deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 111.1 que condiciona la devolución de la garantía al hecho de que la resolución se haya producido «sin culpa del contratista». De esta forma, podría mantenerse, lo que supondría la pervivencia de la solución del TRCSP, su incautación en los supuestos de concurso culpable, de aceptarse, lo que no está nada claro, que el hecho de que el concurso cuente con esta calificación supone que también es culpable la resolución del contrato que trae causa de esa declaración³⁵. Confiemos en que los órganos consultivos y los tribunales aclaren pronto esta importante cuestión. De igual modo, habrá que permanecer atentos a ver si siguen mostrándose favorables a una posible indemnización a la Administración por los daños causados cuando el concurso cuente con esa calificación. También es de esperar, finalmente, que aclaren las consecuencias de la resolución en las hipótesis, por el contrario, de concursos fortuitos.

La LCSP sí establece en su artículo 71.1.c) la prohibición de contratar de las personas que hayan «solicitado declaración de concurso voluntario», hayan «sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento», «declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos» o «inhabilitadas» conforme a la LC «sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso»³⁶. Igualmente prevé la posible cesión del contrato aún abierta la fase de liquidación y sin necesidad de que concurra la exigencia general establecida en el artículo 214.2.b) de que el contrato se encuentre ejecutado en «al menos un 20 por 100» de su importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o de servicios, haya sido explotado «durante al menos una quinta parte del plazo de duración».

3.3.3. La ruptura del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1.i)

Tampoco regula la LCSP las consecuencias propias de una resolución por la nueva causa establecida en el artículo 211.1.i), el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones con los trabajadores, lo que deja completamente indefinidos estos efectos ante las dificultades existentes para buscar una solución en la aplicación supletoria de las reglas previstas en el artículo 213 para otros supuestos de resolución contractual. En principio, pudiera pensarse en la inserción de estos casos en el ámbito de aplicación de su apartado 3.º, bajo la premisa de que nos encontramos ante hipótesis de incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales. Ahora bien, siendo ello cierto, no pueden ocultarse las sustanciales diferencias existentes entre la causa de resolución regulada en el artículo 211.1.i) y la establecida en la letra f) para la que están previstos los efectos determinados en el artículo 213.3. Y es que ésta última sanciona los incumplimientos surgidos en el ámbito de la relación contractual, mientras que la letra i) se proyecta, sin embargo, sobre incumplimientos producidos en una relación jurídica ajena a la Administración titular del contrato. El deber de indemnizar a la entidad contratante los daños causados por la resolución, principal efecto previsto

de la causa de resolución primera en el tiempo. En los Dictámenes, entre otros, 181/2016, de 31 de marzo y 182/2016, de 14 de abril, del Consejo de Estado; 99/2014, de 9 de abril del Consejo jurídico de la Región de Murcia; 459/2014, de 4 de septiembre, del Consejo jurídico consultivo de Valencia; 449/2015, de 22 de octubre, del Consejo consultivo de Extremadura; y 15/2016, de 21 de enero, del Consejo consultivo del Principado de Asturias o en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 2015 (JUR 2015/271911) o de La Rioja de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016/77958) pueden encontrarse diversos ejemplos de estos supuestos extraordinariamente frecuentes en la práctica.

³⁵ El Dictamen, entre otros, 20/2016, de 27 de junio, del Consejo consultivo de la Rioja advierte que «una cosa es que el contratista pueda ser declarado culpable de un incumplimiento contractual y otra que sea culpable del concurso de acreedores, ya que la situación de insolvencia del concursado puede deberse a otras causas». En la misma línea puede verse la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 12 de Barcelona de 23 de enero de 2017 (JUR 2017/138574).

³⁶ Sobre la inhabilitación del contratista en estos supuestos pueden verse, entre otras, las consideraciones de I. DEL GUAYO CASTIELLA (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, op. cit., págs. 31-61), M. LINARES GIL «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el RDL 6/2010» (op. cit., págs. 196-7), T. VÁZQUEZ LEPINETTE («Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», op. cit., págs. 317-321) o I. FERNÁNDEZ TORRES («Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatista*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 143/2009, págs. 500-506).

en este precepto, cobra sentido en los casos en los que es la Administración, en cuanto parte de la relación de jurídica, la que padece las consecuencias negativas de los incumplimientos del contratista, lo que no sucede en los supuestos en los que se sanciona, no la infracción del propio contrato, sino deberes impuestos al margen de la relación contractual por un orden completamente diferente como es el laboral. En suma, los presupuestos de hecho de las causas de resolución de las letras f) e i) del artículo 211.1 de la LCSP son muy diferentes, de ahí la imposibilidad, en principio, de aplicar las consecuencias previstas en el artículo 213.3 para la primera ellas a las establecidas en la letra i), por más que, en ambos casos, exista un incumplimiento del contratista. De otra parte, tampoco debe de pasar por alto que la aplicación del artículo 213.3 exige como condición *sine qua non* que el incumplimiento del contratista sea culpable, circunstancia que, en presencia de la causa prevista en el artículo 211.1.i), habrá que determinar no se sabe por quién ni de acuerdo con qué parámetros y que puede ser, incluso, que no concurra.

La única consecuencia posible, a partir de lo dispuesto en el artículo 213, de una resolución fundada en este motivo es la de la eventual pérdida de la garantía adoptada por el órgano competente en el acuerdo de resolución de conformidad con lo dispuesto en su apartado 5.º, lo que exige igualmente la culpa del contratista, dado que, en caso, contrario, este efecto no será posible de acuerdo con el artículo 111.1 de la Ley.

Habrà que esperar a la interpretación que puedan ofrecernos las distintas instancias consultivas y la jurisprudencia. El tiempo determinará también el grado de aplicación que esta causa de ruptura del contrato pueda tener.

III. LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN PROPIAS DE CADA CONTRATO

Abordamos seguidamente, de forma más breve, las modificaciones de la LCSP relativas a la resolución de los diferentes contratos que regula. Aquí sus innovaciones, más reducidas en número y en muchos casos incorporadas durante la tramitación parlamentaria de la Ley, son, salvo alguna excepción, de menor trascendencia que las que afectan al régimen general de resolución del contrato.

1. El contrato de obras

La regulación de la resolución del contrato de obras en los artículos 245 y 246 de la LCSP coincide sustancialmente con la establecida en el TRCSP, procedente, a su vez, de disposiciones más antiguas.

Así, y en lo que hace en primer término, a las causas propias de resolución de este contrato, el artículo 245 mantiene las ya previstas en el 237 de la disposición anterior: a) La demora en la comprobación del replanteo; b) La suspensión de la iniciación de las obras; c) La suspensión de las obras en curso de ejecución; y d) El desistimiento. No obstante, presenta algunas modificaciones de interés. En la letra a) se introduce la exigencia de que la demora en la comprobación del replanteo sea, a los efectos de poder fundar la resolución del contrato, «injustificada». Ahora bien, no puede considerarse que aquí exista realmente una novedad, toda vez que esta exigencia viene a sustituir a la remisión que la disposición de 2011 efectuaba, y que ahora desaparece, al precepto relativo a la comprobación del replanteo, el artículo 229, que, al igual que el 237 de la nueva Ley, establecía la posibilidad de que ésta pudiera efectuarse fuera del plazo dispuesto al efecto «en casos excepcionales justificados», considerándose cualquier otro incumplimiento causa de resolución. En principio, pues, cabe identificar esos supuestos de «demora injustificada» a los que alude el nuevo artículo 245.a) con aquellos que no encuentran cobertura en esos «casos justificados excepcionales» a los que se refiere el 237. La segunda novedad del artículo 245 de la LCSP es la relativa al plazo de suspensión del inicio de las obras a los efectos de que el contratista pueda ejercitar su facultad resolutoria del contrato, que pasa de los seis meses existentes en la disposición anterior a las cuatro que establece la letra b) del nuevo precepto³⁷.

Tampoco se aprecian variaciones sustanciales en la regulación que ofrece el artículo 246 de la LCSP de los efectos de la resolución del contrato. Se sigue reconociendo, en idénticos términos a los de la disposición

³⁷ En relación con esta causa ha de notarse también que en la Ley de 2017 ha desaparecido el precepto, el artículo 238, del Texto Refundido de 2011, sobre «suspensión de la iniciación de la obra», lo que ha de considerarse lógico en la medida en que no aportaba nada a lo que ya disponían los artículos 237 y 239. El precepto establecía que «en la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración, cuando ésta dejare transcurrir seis meses a contar de la misma sin dictar acuerdo sobre dicha situación y notificarlo al contratista, éste tendrá derecho a la resolución del contrato».

anterior, que «dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista», que tendrá que ser citado «en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición»; y se mantienen, en cifras objetivas, las indemnizaciones a las que tendrá derecho ante los diferentes supuestos de ruptura del contrato determinados en el precepto anterior, con la novedad de que se aclara que en su cálculo, referido siempre al precio de adjudicación, ha de excluirse el IVA. Así, en los casos de resolución por demora injustificada en la comprobación del replanteo, la indemnización será «equivalente al 2 por 100 del precio de la adjudicación»; en los de desistimiento o suspensión antes de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses, «el 3 por 100 del precio de adjudicación»; y en los de desistimiento o suspensión de obras ya iniciadas por plazo superior a ocho meses, el «6 por cien del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o la suspensión se hubieran ejecutado»³⁸. La Ley mantiene finalmente en el apartado 5.º del precepto, previsión tomada de la norma anterior sin variación alguna, que «cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de quince días».

2. El contrato de concesión de obra pública

La LCSP determina las causas de resolución del contrato de concesión de obra pública en su artículo 279 que certeramente suprime de su listado, sí figuraban en el artículo 269 del TRCSP, las causas generales de resolución del contrato, que quedan sustituidas por una remisión al artículo 211 «con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e)»; esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y de la Administración en el pago. Como causas específicas de resolución de este contrato, las letras a), b), d) y e) del precepto recogen, en términos idénticos o sustancialmente coincidentes con los de la disposición precedente, las siguientes causas de resolución, «La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley»; «La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato»³⁹; «La supresión de la explotación de las obras por razones de interés público»⁴⁰ y «La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato». La LCSP introduce, sin embargo, en su artículo 279.c) modificaciones de interés en la causa que en la letra g) del 269 del TRCSP figuraba como «el rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación», entendiéndose por tal «la declaración unilateral» de ese órgano, «discrecionalmente adoptada», por la que «dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular». De una parte, el nuevo precepto sustituye la decisión «discrecionalmente adoptada» por «la adoptada por razones interés público», exigencia, no obstante, que puede considerarse implícita en la figura. De otra, impone que el rescate de la explotación de la obra, condición inexistente en esa norma, se produzca para «su gestión directa por la Administración», siendo necesaria además, lo que no parece fácil, «la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional»⁴¹⁻⁴².

³⁸ En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2016 (JUR 2016/116569) puede encontrarse un análisis de los derechos de contratista en los casos de resolución por desistimiento de la Administración de las obras.

³⁹ Sobre la resolución basada en este motivo puede verse la STS de 22 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6327).

⁴⁰ Causa de resolución que analiza, por ejemplo, la Sentencia de 23 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid (JUR 2016/204850).

⁴¹ La previsión tiene su origen en la enmienda número 930 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo mixto que proponía también, lo que sin embargo no fue aceptado, la incorporación del siguiente texto: «y que no resulta posible introducir competencia efectiva. A este último efecto deberá solicitarse informe de la autoridad de competencia. Los requisitos del rescate serán de aplicación a la expropiación de la concesión o de la empresa concesionaria».

⁴² Sobre el rescate en el nuevo marco comunitario de la contratación pueden verse las reflexiones de J. M. GIMENO FELIU, J. M., P. SALA SÁNCHEZ, P. y G. QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración pública-privada*.

El artículo 279.f) mantiene, finalmente, el secuestro como causa de resolución de este contrato, al que añade la intervención fijando su plazo posible por remisión al artículo 263.3.

El artículo 280 regula los «efectos de la resolución» con algunas innovaciones respecto de la regulación precedente. La Ley establece un régimen que varía, al igual que en el artículo 271 del TRCSP, en función de cual haya sido la parte a la que es imputable el incumplimiento. De esta forma, el apartado 1.º establece que «en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de tres meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares». No hay aquí más novedades que la reducción a la mitad, tres meses frente a los seis anteriormente previstos, del plazo existente para la fijación de la cantidad a abonar al contratista⁴³. En los casos, añade este mismo artículo 280.1, «en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por cualquiera de las causas posibles será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 281». La LCSP sustituye aquí la enumeración de los conceptos de la disposición anterior que determinaban el importe a abonar: «la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración» por una fórmula comprensiva de éstos y otros posibles, «por cualquiera de las causas posibles»⁴⁴. El precepto, en este primer apartado, concluye con la determinación, lo que sin duda otorga seguridad jurídica, de cuando «la resolución de la concesión no es imputable a la Administración», cuando «obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b), y f) del artículo 211, así como en las letras a) y f) del artículo 279»⁴⁵.

El artículo 280.2, de otra parte, reitera la regla general ya establecida en el artículo 213.3 al disponer, para el caso de que «el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario», la incautación de la garantía y el deber, además, de «indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada»⁴⁶. El apartado 3.º se ocupa, por el contrario, de los supuestos en los que la resolución tenga su origen en la actuación de la entidad contratante, los de «las letras b), c), d) y e) del artículo 279, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo». En todos ellos, «la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen», estableciendo el propio precepto las reglas conforme a las cuales se ha de determinar esta indemnización.

Otras disposiciones completan la regulación de este precepto en términos coincidentes con los del TRCSP. Así, el apartado 4.º prevé la posibilidad de que el órgano de contratación acuerde también la resolución de los contratos para el aprovechamiento de zonas complementarias o de explotación comercial; el 5.º el incumplimiento por el concesionario de «las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones»; y el 6.º el derecho del contratista al «abono del interés de demora» en los supuestos de resolución ante el retraso superior a seis meses por el órgano de contratación «en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato». Los artículos 281 y 282 de la LCSP recogen, también sin variación alguna en sus términos, las disposiciones de los artículos 271 bis) y 271 ter) del TRCSP incorporados por la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre el

Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017, págs. 69-72.

⁴³ Modificación introducida en el Proyecto de Ley por el Congreso de los Diputados en donde se acepta la enmienda propuesta por «Ciudadanos» (enmienda número 403) con la siguiente justificación: «El éxito de la concesión de obras, como instrumento de colaboración público-privado, depende fundamentalmente de la posibilidad de financiar las obras objeto de concesión. Es necesario por tanto extremar la seguridad jurídica y reducir en lo posible la incertidumbre respecto de los derechos económicos de las partes implicadas en el supuesto de resolución anticipada del contrato».

⁴⁴ Una previsión que tiene su origen en la enmienda número 404 presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos en el Congreso de los Diputados.

⁴⁵ Esto es, a la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, la declaración de concurso o de insolvencia en cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera y el secuestro o intervención de la concesión.

⁴⁶ Esta es hoy, en efecto, la regla general por lo que el contrato de concesión de obra pública no muestra en este punto ninguna singularidad en relación con el resto de los tipos contractuales. No fue así, sin embargo, durante la vigencia de la Ley de 2007 y de su Texto Refundido, en donde tales efectos no coincidían con los entonces dispuestos en los artículos 208.4 y 225.3, respectivamente.

«nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración» y la «determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración». El artículo 283 finalmente regula el «destino de las obras a la extinción de la concesión» aquí, sí, con dos novedades de interés respecto de la regulación precedente. La que exige cuando se proceda, al término de la concesión, a la entrega a la Administración de los «los bienes e instalaciones» que corresponda, que se levante «un acta de recepción formal», cuyo contenido se ajustará a los establecido en el artículo 243; y la que en el apartado 3.º dispone que «los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración no podrán ser objeto de embargo».

Por último, y aunque al margen de los preceptos que comentamos, cabe destacar que los acuerdos de rescate de las concesiones tanto de obras como de servicios cuyo valor supere los tres millones de euros son susceptibles del recurso especial en materia de contratación de acuerdo con la nueva regulación establecida en el artículo 44 de la LCSP.

3. Contrato de concesión de servicios

Las causas específicas de resolución de este contrato están establecidas en el artículo 294 que suma a las propias del desaparecido contrato de gestión de servicio público, otras tomadas del contrato de concesión de obra pública. Entre las primeras se encuentran las recogidas en sus letras b), c), d) y e): «la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato»; «el rescate del servicio por la Administración» con la importante novedad, al igual que en el contrato de concesión de obra pública, de que se limita el uso de la figura para una «gestión directa por razones de interés público», con la obligación además de acreditar que dicha «gestión es más eficaz y eficiente que la concesional»⁴⁷; «la supresión del servicio por razones de interés público» y la imposibilidad de su explotación «como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato»⁴⁸. Entre las segundas, las recogidas en sus letras a) y f): «la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley» y «el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones».

La regulación de los «efectos de la resolución» en el artículo 295 guarda un paralelismo claro con la dispuesta en el artículo 280 para el contrato de concesión de obras. Su apartado 1.º dispone que «en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal». Llama la atención, no obstante, que aquí la Ley no determine, como sí lo hace para la concesión de obra pública, el plazo, tres meses salvo que en el pliego se haya estipulado otro, en el que se ha de fijar «la cantidad resultante». Para los supuestos, de otra parte, en los que «la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración», el artículo 295.1, en términos coincidentes con los del artículo 280.1 de la LCSP, establece que «el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 281». Debe repararse, sin embargo, en que aquí la LCSP mantiene el elenco de conceptos procedentes del TRCSP que determinan la cantidad de abonar. No ha optado, a diferencia del 280.1, por una fórmula, «cualquiera de las causas posibles», susceptible de englobarlos a todos. El artículo 295.1 concluye con la delimitación de los supuestos en los que «se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato», cuando «obedezca», son los mismos que para el contrato de concesión de obras, «a alguna de las causas previstas a), b), y f) del artículo 211, así como en las letras a) y f) del artículo 279».

⁴⁷ Previsión, ésta última, que se introduce por el Congreso de los Diputados a instancias, al igual que en el artículo 279.c), del Grupo Parlamentario Mixto (enmienda número 938).

⁴⁸ Sobre esta causa de resolución pueden verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/3102) o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid de 22 de abril de 2015 (RJCA 2015/569).

El artículo 295.2 determina, en los mismos términos en los que lo hacía el TRCSP, que «con independencia de lo dispuesto en el artículo 213, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos». Sus apartados siguientes establecen reglas propias para algunas de las causas de resolución legalmente previstas. Así, y para «el supuesto de la letra b) del artículo 294», la demora en la entrega al concesionario de «la contraprestación o de los medios auxiliares» a que la Administración se obligó en el contrato, el apartado 3.º reproduce la norma del TRCSP que reconoce el derecho del contratista «al abono del interés de demora previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre,... de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega y hasta la liquidación de la indemnización resultante de la resolución, así como de los daños y perjuicios sufridos», sin más novedad que la determinación del momento final al que se extiende el derecho del contratista al abono de esos intereses, «hasta la liquidación de la indemnización resultante de la resolución»⁴⁹. Para los supuestos, en segundo lugar, «de las letras b), c), d) y e) del artículo 294, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración», el apartado 4.º dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir» que se cuantificarán «conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización».

4. El contrato de suministro

La LCSP mantiene en su artículo 306 las mismas causas de resolución del contrato de suministro que existían en el ordenamiento anterior. En primer término, letra a), «la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración», a la que ahora, sin embargo, se añade expresamente «el desistimiento antes de la iniciación del suministro» y se rebaja el plazo de seis meses, previsto en el artículo 299.a) del TRCSP, a cuatro «a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor». El contrato, en segundo lugar, podrá resolverse, letra b), por «desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor»⁵⁰, previsión que reduce igualmente el más amplio de un año establecido en la disposición anterior.

En cuanto a los efectos de la resolución, el artículo 307.1 recoge la regla tradicional en nuestro ordenamiento según la cual «la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad». El apartado 2.º del precepto, como también lo hacía el TRCSP, reconoce, para los supuestos de resolución previstos en la letra a) del artículo anterior, el derecho del contratista a percibir «una indemnización del 3 por 100 del precio de la adjudicación», aclarando, frente a lo dispuesto en la norma precedente, que dicha cantidad es «por todos los conceptos» y que en su cálculo ha de quedar excluido el IVA. Dos precisiones que mantiene el apartado 3.º aplicable a los supuestos de resolución del artículo 306.b) en los que el contratista tendrá derecho al «6 por 100 del precio de adjudicación del contrato de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido». El artículo, lo que no hacía la norma de la que procede, especifica que se entienden «por suministros dejados de realizar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado».

5. Contrato de servicios

El artículo 313.1 de la LCSP establece las mismas causas de resolución del contrato de servicios que ya existían en la legislación anterior con la incorporación expresa del desistimiento, junto a la suspensión.

⁴⁹ Previsión que tiene su origen en la aceptación de las enmiendas número 408 del Grupo Parlamentario «Ciudadanos» y 731 del Grupo Parlamentario socialista, con el objeto, indicaba ésta última, de incorporar «una regulación paralela a la del contrato de concesión de obras...».

⁵⁰ Sobre las notas básicas del desistimiento de la Administración en estos contratos puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2014 (JUR 2014/61398).

También, y al igual que ocurre en el contrato de suministros, reduce los plazos de suspensión del contrato cuyo transcurso faculta al contratista para ejercer la potestad resolutoria. Son así causas específicas de resolución de este contrato «el desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor» y «el desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor». La LCSP mantiene igualmente, en la letra c), que «los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal».

El propio artículo 313 determina en su apartado 2.º los efectos de la resolución de estos contratos. Dará «derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración». Una previsión que el apartado 3.º, para «los supuestos de resolución previstos en las letras a) y c)» del apartado 1.º, completa con el reconocimiento del derecho del contratista «a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido». En los supuestos de resolución de la letra b), el derecho alcanzará, «por todos los conceptos» igualmente, al «6 por 100 del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado». La LCSP ofrece aquí, en su comparación con la regulación precedente, algunos cambios de interés. Así y junto a una rebaja en la cuantía de esas indemnizaciones que pasan del 5 y 10 por ciento, al 3 y 6 respectivamente y la especificación de que en su cómputo queda excluido el IVA, cabe destacar el reconocimiento de este derecho en los supuestos de resolución de los contratos complementarios, así como la sustitución del listado de conceptos del artículo 309.3 del TRCSP, «los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar» por una fórmula comprensiva de estos y otros posibles, «por todos los conceptos».



El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Rafael Fernández Valverde
Magistrado del Tribunal Supremo y Vocal del CGPJ

NOTA BIOGRÁFICA

Rafael Fernández Valverde es vocal del Consejo General del Poder Judicial, magistrado del Tribunal Supremo y profesor del Centro de Estudios Financieros (CUNEF). Había pertenecido con anterioridad (1996/2001) al CGPJ.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL RESCATE DE LAS CONCESIONES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ASPECTOS DESTACADOS. 1.º NOVEDADES GENERALES DESATACADAS. 2.º NOVEDADES DESATACADAS EN RELACIÓN CON EL RESCATE. III. REFERENCIAS AL RESCATE EN OTRAS LEGISLACIONES SECTORIALES. IV. REFERENCIAS AL RESCATE Y SUS EFECTOS EN EL ANTERIOR TRLCSP. A) REDACCIÓN ORIGINARIA DEL TRLCSP EN RELACIÓN CON EL RESCATE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. B) MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TRLCSP, ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LCSP, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. V. RESCATE DE LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP). 1.º UBICACIÓN NORMATIVA. 2.º CONFIGURACIÓN DEL RESCATE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS (ARTÍCULO 279) Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (ARTÍCULO 294) EN LA LCSP. 3.º LOS EFECTOS DEL RESCATE. VI. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) ha sido publicada en el BOE de 9 de noviembre de 2017 y entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018, con algunas concretas y puntuales excepciones, que anticipan o posponen la eficacia de la mismas en ciertos aspectos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Décimo Sexta de la Ley.

La nueva LCSP ha venido a derogar (Disposición Derogatoria) el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma Ley.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la presente reforma es evidente, como pone de manifiesto el propio Preámbulo de la Ley, en el que si bien reconoce el carácter nacional de la legislación de contratos públicos, recuerda, sin embargo, que el fundamento de muchas de sus instituciones se encuentra más allá de nuestras fronteras:

«... en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la

Unión Europea», recordando que «[l]a exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.».

Pues bien, el Preámbulo de la LCSP insiste y ejemplariza dicha incidencia comunitaria:

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

El mismo Preámbulo pone de manifiesto que tal influencia europea ha continuado produciéndose en los últimos años:

«En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.».

Con este fin, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.».

Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014.».

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.».

Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas.».

Así lo reconoce de forma expresa la Disposición final quinta de la LCSP («Incorporación de derecho comunitario») cuando dispone:

«Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; así como la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de

concesión, sin perjuicio de lo incorporado respecto a esta última Directiva a través de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.».

II. EL RESCATE DE LAS CONCESIONES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ASPECTOS DESTACADOS

1.º Novedades generales desatacadas

En la nueva LCSP se deben destacar diferentes aspectos novedosos: Así, se introducen la generalización de la declaración responsable para participar en las licitaciones, el fomento de la contratación económica en todos los aspectos del proceso, la introducción de un nuevo procedimiento abierto simplificado, o la inclusión en el ámbito de aplicación de la ley de partidos, sindicatos y patronales, que deberán someterse a la LCSP a la hora de realizar cualquier tipo de contrato, obteniéndose con esta medida una menor posibilidad de fraude y corrupción. Por otra parte, se lleva a cabo una ampliación del recurso especial en materia de contratación, incluyendo más supuestos; se suprime el concepto de oferta económicamente más ventajosa, lo que implicará que el precio no será determinante a la hora de elegir al adjudicatario, sino que se primará la oferta con mejor relación calidad-precio y la valoración de la calidad como criterio de adjudicación.

En consecuencia, la LCSP viene al Ordenamiento jurídico con clara vocación de simplificar el análisis y la aplicación de la normativa contractual, facilitando el conocimiento de los criterios manifestados por los diversos órganos administrativos y judiciales, y alcanzando, así, una contratación pública basada en los principios de integridad, transparencia, igualdad y competencia, habiendo introducido novedades dirigidas a la consecución de todos ellos y eliminando preceptos que atentaban claramente contra los citados principios.

Debe destacarse como novedad significativa la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, que, a partir de ahora se usará de forma excepcional en los supuestos tasados de la LCSP. Por otra parte, se crean nuevos procedimientos con publicidad: el abierto simplificado, el de licitación con negociación (limitado a determinados supuestos tasados en la Ley debidamente motivado) y el de asociación para la innovación, que tiene como base encontrar soluciones innovadoras. Por otra parte, la LCSP recoge una serie de novedades para facilitar el acceso de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME) a la contratación, como son las modificaciones introducidas en relación con los requisitos de solvencia empresarial, pudiendo recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, lo que permitirá a la PYME hacer frente más fácilmente a requisitos de capacitación y solvencia financiera exigentes.

En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos, surgiendo en su lugar la nueva figura de la concesión de servicios. Sin embargo, con la nueva norma –y esto es lo más significativo a los efectos que nos ocupan–, tanto en los contratos de concesión de obras como en los de concesión de servicios, se ha producido una transferencia del riesgo de la Administración al concesionario. Desaparecen los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de colaboración público-privada.

2.º Novedades desatacadas en relación con el rescate

En concreto, en la nueva LCSP –como en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), derogado por la misma– existen diversas referencias al rescate de las concesiones, siendo conveniente que destaquemos estos aspectos con la finalidad de analizarlos luego de forma comparativa con normativas anteriores.

En la nueva LCSP se realizan las siguientes referencias a los rescates de los contratos y concesiones:

A) Recurso especial en materia de contratación

En el artículo 44 de la LCSP se regula el denominado «Recurso especial en materia de contratación», señalando que, entre otros, se consideran, actos recurribles a través de tal recurso especial en materia de contratación, «*los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes*

entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores», incluyéndose, en dicho ámbito (apartado c) a las *«[c]oncesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros».* Pues bien, entre los relacionados en el citado apartado 2 del artículo 44 de la LCSP, se consideran (apartado f) susceptibles de tal recurso especial *«[l]os acuerdos de rescate de concesiones».*

B) Causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas

En el artículo 279 de la LCSP se consideran causas de resolución del contrato de concesión de obras –además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e)–, las siguientes:

«c) El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.».

Como después veremos, el artículo siguiente, 280, apartados 1 y 3, regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, y, en concreto, cuando la misma se produce como consecuencia del rescate de la concesión.

C) Causas de resolución del contrato de concesión de servicios

En el artículo 294 de la LCSP se consideran causas de resolución del contrato de concesión de servicios –además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e)–, las siguientes:

«c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.».

Por su parte, el siguiente artículo 295 determina los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios, y, en concreto, los efectos cuando la causa de resolución (apartado 4) del contrato ha sido el rescate de la concesión.

D) Efectos y extinción de los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas

El artículo 319 de la LCSP dispone que *«[l]os efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado»*, siéndoles, no obstante, de aplicación determinadas normas de la LCSP en las materias que en el precepto se relacionan (obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución; supuestos de modificación del contrato; cesión y subcontratación; racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los determinados apartados).

Pero, no obstante la remisión a las normas de derecho privado, con las excepciones expresadas, el apartado 2 del citado artículo 319 dispone:

«En estos contratos será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 así como la recogida en la letra i) del artículo 211.».

A los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les será de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos, se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador.».

E) La Disposición Transitoria Primera de la LCSP regula el régimen de transitoriedad de la misma, haciendo una referencia, en su apartado 3, a los acuerdos de rescate:

«La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate ... que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor.»

III. REFERENCIAS AL RESCATE EN OTRAS LEGISLACIONES SECTORIALES

A) La Ley 33/2003, del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, de 3 de noviembre, regula en su artículo 100 la extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales, incluyendo en su apartado d) el «Rescate de la concesión, previa la indemnización, o revocación unilateral de la autorización». En el artículo 101 siguiente se regula el destino de las obras a la extinción del título, señalando al efecto:

«Cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida.

2. En tal caso, las obras, construcciones e instalaciones serán adquiridas gratuitamente y libres de cargas y gravámenes por la Administración General del Estado o el organismo público que hubiera otorgado la concesión.

3. En caso de rescate anticipado de la concesión conforme a lo previsto en el párrafo d) del artículo anterior, el titular será indemnizado del perjuicio material surgido de la extinción anticipada. Los derechos de los acreedores hipotecarios cuya garantía aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad en la fecha en que se produzca el rescate serán tenidos en cuenta para determinar la cuantía y receptores.»

B) El artículo 78.1.i) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de *Costas* dispone que *«[e]l derecho de ocupación del dominio público se extinguirá por: ... i) Rescate»*. Por su parte, la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de *Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*, ha introducido en dicho precepto cuatro nuevas causas (incurrir en prohibición de contratar, falta de comunicación de transmisión *mortis causa*, falta de reconocimiento previo por la Administración y revocación cuando las obras e instalaciones soporten riesgo cierto de ser alcanzadas por el mar). Esta Ley, sin embargo, no ha modificado las reglas sobre «la valoración de las concesiones, en caso de rescate total o parcial», previstas en el artículo 89 de la Ley de *Costas*:

«a) Se indemnizará por el valor de las obras no amortizadas, incluidas en el acta de reconocimiento de la concesión, suponiendo una amortización lineal para el período de duración de aquélla, actualizando los precios del proyecto, incluso honorarios del mismo y dirección de obras, con arreglo a las normas oficiales y considerando el estado de las obras.

b) Se indemnizará también por la pérdida de beneficios en el ejercicio económico o año en curso, en el que se realiza el rescate, debidamente justificada con las declaraciones presentadas a efectos fiscales.

c) En cualquier caso, no se tendrán en cuenta las obras e instalaciones realizadas por el concesionario sin previa autorización, que pasarán al dominio público sin derecho a indemnización.»

C) El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley de *Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, en cuyo artículo 96.h) señala al rescate como causa de extinción de las concesiones portuarias. Causa de extinción que es desarrollada en el siguiente artículo 99, que dispone:

«1. En el caso de que el dominio público otorgado fuera necesario, total o parcialmente, por razones de interés general vinculadas a la seguridad, a la protección contra actos antisociales o a la protección del medio ambiente, así como para la ejecución de obras, para la ordenación de terminales o para la prestación de servicios portuarios y que, para realizar aquéllas o prestar éstos, fuera preciso disponer de los bienes otorgados en concesión o utilizar o demoler las obras autorizadas, la Autoridad Portuaria, previa indemnización del titular, podrá proceder al rescate de la concesión. Asimismo, se podrá proceder al rescate de una concesión cuando no sea posible alcanzar un acuerdo con el concesionario en un procedimiento de revisión de concesiones.

2. *El rescate de la concesión exigirá la previa declaración de su necesidad por razones de interés general vinculadas ... Corresponde al Consejo de Administración las declaraciones de interés general o de interés portuario, respectivamente, y al Presidente, previa audiencia del interesado, el acuerdo de necesidad de ocupación. La declaración de urgencia de la ocupación, cuando proceda, corresponderá adoptarla al Ministro de Fomento.*

El interés portuario se entenderá implícito con la aprobación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios. Asimismo, la aprobación de los proyectos llevará implícita la declaración del interés portuario de las obras y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por las mismas.

3. *Cuando el rescate implique la necesidad de ocupación de sólo una parte de la concesión, de tal modo que a consecuencia de aquél resulte antieconómica para el concesionario la explotación de la parte no rescatada, el titular podrá solicitar de la Autoridad Portuaria su rescate total.*

4. *La Autoridad Portuaria y el titular de la concesión podrán convenir el valor del rescate.*

En el supuesto de no llegar a un acuerdo, el valor del rescate será fijado por la Autoridad Portuaria de conformidad con los criterios establecidos en el apartado 6 de este artículo. Dicha valoración será notificada al concesionario a fin de que, en el plazo de 10 días, presente las alegaciones que estime pertinentes.

5. *El Director de la Autoridad Portuaria, a la vista de las alegaciones formuladas, dictará propuesta de resolución.*

En el caso de que el concesionario haya manifestado oposición al rescate, se deberá solicitar dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Corresponde al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria dictar la correspondiente resolución (...).».

Se trata, sin duda, de la regulación más completa del rescate de las concesiones, de la que debemos destacar:

- a) La causa del rescate es la necesidad de recuperación del dominio público cuyo uso fue otorgado con la concesión.
- b) A su vez, la necesidad de tal recuperación ha de fundamentarse en la concurrencia de razones de interés general o portuario (como son las vinculadas a la seguridad, a la protección contra actos antisociales o a la protección del medio ambiente, así como la necesidad de ejecución de obras, para la ordenación de terminales o para la prestación de servicios portuarios; igualmente dicha necesidad de recuperación concurre cuando no sea posible alcanzar un acuerdo con el concesionario en un procedimiento de revisión de concesiones). Es decir que la necesidad de recuperación y el rescate se fundamentan en la concurrencia de interés público, que la Autoridad portuaria deberá acreditar que concurre con base en alguna de las razones expresadas.
- c) Procedimentalmente es necesario proceder a la previa declaración de su necesidad de recuperación por razones de interés general o portuario (interés público), que se entiende implícito con la Delimitación de los espacios o portuarios o aprobación de proyectos.
- d) También, desde la perspectiva procedimental, el precepto requiere la audiencia del concesionario, y, en el caso de oposición, el dictamen del Consejo de Estado.
- e) El precepto contiene (apartado 6) unas detalladas reglas de valoración de las indemnizaciones, en relación con de las instalaciones rescatadas y con la pérdida de beneficios imputables al rescate.
- f) En el artículo 100 se regulan los efectos de la extinción de la autorización o rescate y la retirada de los materiales, equipos e instalaciones.

IV. REFERENCIAS AL RESCATE Y SUS EFECTOS EN EL ANTERIOR TRLCSP

A) Redacción originaria del TRLCSP en relación con el rescate del contrato de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos

Con la finalidad de poder llevar a cabo una comparación con lo establecido en la LCSP –y así obtener unas conclusiones–, debemos dejar constancia de algunas referencias contenidas en el TRLCSP de 2011,

que en sus artículos 221 y siguientes, regulaba la extinción de los contratos («por cumplimiento o por resolución»), no incluyéndose en el artículo 223 al rescate entre las causas generales de extinción de los contratos, aunque sí contemplaba, en su apartado b), «[l]a declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento». En términos similares se expresaba el artículo 266 en relación con las concesiones, que, sin embargo, si contemplaba al rescate, como causa de extinción de los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos.

1. Así en artículo 269.g) del TRLCSP se recogía como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública «[e]l rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que se dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular». Esta causa de resolución –junto con la declaración de insolvencia o de concurso (cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación); el secuestro de la concesión (cumplidos ciertos plazos); la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público; o la imposibilidad de explotación de la misma como consecuencia de acuerdos posteriores de la Administración– «originará(n) siempre la resolución del contrato». Esto es, que se consideraba una causa obligatoria y, por tanto, en modo alguno potestativa.

En el artículo 271 del TRLCSP se especificaban los efectos de la resolución:

a) Con carácter general (271.1):

«la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de los terrenos, ejecución de la obra de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión.»

b) Con carácter específico (271.3), para determinadas causas de resolución –entre las que se encuentra el rescate de la concesión–, el TRLCSP añade que, además, «la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen», incluyendo los «beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir», y la «pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas», para cuya valoración se fijan reglas en el citado precepto.

2. Por su parte, el artículo 286.b) del TRLCSP señalaba como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos «el rescate del servicio por la Administración», añadiéndose en el artículo 287.2 siguiente que «[p]or razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente».

a) Como en el supuesto anterior del contrato de concesión obras públicas, en caso de resolución (ahora artículo 288):

«la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.»

b) Y, con carácter específico (288.4), para determinadas causas de resolución –entre las que se encuentra el rescate de la concesión–, el TRLCSP añade que, además, «la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen», incluidos «los beneficios futuros que deje de percibir», y «la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir» a la Administración, para cuya valoración se fijan reglas en el citado precepto.

B) Modificaciones introducidas en el TRLCSP, anteriores a la aprobación de la LCSP, en relación con el contrato de concesión de obra pública

El artículo 271 del TRLCSP, que regulaba los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, tuvo una doble modificación con anterioridad a la aprobación de la LCSP:

1.ª El Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero, introdujo un nuevo apartado 7 en dicho precepto, que disponía:

«Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará

subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo.».

2.ª Sin embargo, la modificación más significativa en el citado artículo 271 del TRLCSP es la llevada a cabo por la Disposición Final 9.ª de la Ley 40/2015, de 1.º de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LSP), que, por lo que aquí interesa, consistió en lo siguiente:

- a) Dar nueva redacción a los apartados 1 y 3 del artículo 271 del TRLCSP (apartado 8).
- b) Introducir el nuevo artículo 271 bis, en el que se regula el «Nuevo proceso de adjudicación en la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración». Y,
- c) Introducir el nuevo artículo 271 ter, en el que se regula la «Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración».

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la LSP los apartados 1 y 3 del TRLCSP quedaron redactados en los siguientes términos:

«1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a este por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deba revertir a la Administración al concesionario por cualquiera de las causas posibles será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b), c), e) y f) del artículo 269 de esta Ley».

(...) 3. En los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 269, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:

- a) *Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último.*
La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.
- b) *La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.».*

V. RESCATE DE LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

1.º Ubicación normativa

En relación con la redacción existente en el TRLCSP en la materia, la LCSP introduce las siguientes novedades:

- a) Las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas se contienen, ahora, en el artículo 279 de la LCSP, en cuyo apartado c) se incluye como causa «*el rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación*»; y, en el 294 de la LCSP, como causa de resolución del contrato de concesión de servicios, también apartado c), se incluye igualmente «*[e]l rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público*».
- b) El artículo 280 de la LCSP, asumiendo las novedades introducidas en el anterior artículo 271 del TRLCSP, mediante el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero (apartado 7) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (apartados 1 y 3), introduce, no obstante, algunos matices de interés en los efectos derivados de la resolución de los contratos públicos.
- c) El artículo 281 de la LCSP es ahora el que regula el «*Nuevo proceso de adjudicación en la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración*». Y,
- d) El artículo 282 de la LCSP, el que regula la «*Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración*».

2.º **Configuración del rescate de los contratos de concesión de obras públicas (artículo 279) y de concesión de servicios (artículo 294) en la LCSP**

Efectivamente, dichos preceptos configuran al rescate como causa de resolución de los citados contratos:

- a) «*El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».
- b) «*El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».

De tales disposiciones podemos extraer las siguientes consecuencias:

1. El rescate es una *declaración unilateral*.
Se configura, pues, el rescate como una forma anormal de finalización de determinados contratos y concesiones públicas, por oposición a la causa normal de hacerlo, cual su cumplimiento, en el caso de los contratos, o el transcurso del plazo, en el caso de las concesiones; se trata, pues, de una forma anticipada de concluir la relación contractual o concesional, con anterioridad al cumplimiento de la fecha prevista para su finalización.
Se está, pues, en presencia de una actuación administrativa cuyas presunciones de validez y eficacia se presumen, y, por tanto, susceptibles de control jurisdiccional, aunque, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, que regula el denominado «Recurso especial en materia de contratación», con carácter potestativo, esta decisión es susceptible de ser rescindida en dicha vía administrativa de control.
2. El contenido de la declaración implica, como efecto principal, que se dé *por terminada la concesión*.
Constituye, pues, el rescate una decisión ejecutiva de la Administración que, no obstante el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales, –audiencia del contratista, dictamen del órgano consultivo, acreditación del interés público y mejor eficacia y eficiencia–, se impone irremisiblemente al contratista o concesionario; en el artículo 211 del TRLCSP se establecían dichos requisitos procedimentales.
Como consecuencia, implica la privación –a la persona física o jurídica concesionaria– de un derecho previamente reconocido (explotar una obra o gestionar un servicio público)
3. La declaración de rescate se lleva a cabo *por el órgano contratante*, con la excepción de los contratos de los órganos adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas (artículo 319 de la LCSP), pues en tales supuestos «*se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador*».
4. La declaración se producirá, necesariamente, *por razones de interés público*. Es decir, que sólo el interés público constituye la causa del rescate, siendo su auténtica razón.

Sobre este particular, y comparando el actual artículo 279 LCSP con el anterior 269 del TRLCSP, se produce un importante y doble modificación.

- a) *Desaparece* la referencia expresa que, en el anterior precepto, se realizaba a la *discrecionalidad* (decisión «*discrecionalmente adoptada*»); y, por el contrario,
- b) *Se introduce* la citada referencia al *interés público como causa determinante* del rescate (decisión «*adoptada por razones de interés público*»).

Es cierto que no se especifican dichas razones de interés público (como con precisión realiza la legislación portuaria que antes reseñamos), pero, sin duda, tal doble modificación puede implicar un vuelco en la exigencia de motivación y justificación de la decisión de rescate que se pretenda adoptar. Esto es, la desaparición de la referencia a la discrecionalidad, junto con la introducción de la exigencia de la especificación del interés público determinante del rescate, llevará, sin duda, a los órganos administrativos y jurisdiccionales a una mayor exigencia de la motivación, justificación o acreditación del interés público para poder proceder al rescate.

La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama hoy el artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa).

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al «Derecho a una buena Administración», entre otros particulares, «*la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*». Tal precepto se integra hoy en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, que en su artículo 6 dispone que «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*».

5. *Es indiferente la gestión llevada a cabo por el titular de la concesión*, por cuanto la decisión de rescate, se adopta «*no obstante la buena gestión de su titular*». Siendo ello así, sin embargo, el tipo de gestión realizada por el concesionario no es una realidad inocua en la decisión de rescate, pues no debe olvidarse –como acabamos de exponer– que la Administración ha de justificar el interés público por el que adopta la decisión de rescate, y que, por otra parte –como enseguida veremos– la Administración también debe justificar una mayor eficacia y eficiencia en la futura gestión, lo que, sin duda, implicará una valoración comparativa con la gestión llevada a cabo por el concesionario.
6. Otra novedad en la nueva LCSP –que no se encontraba en el TRLCSP– es la *finalidad perseguida*, cual es «*su gestión directa por la Administración*». Late, pues, la idea, que conecta con lo que veremos enseguida, de que el rescate sólo será posible cuando la Administración, con su futura gestión, se presente como más eficaz y eficiente, para el interés público.
7. Efectivamente, como novedad fundamental, la LCSP requiere una *mayor eficacia y eficiencia en la gestión de la concesión*: «*El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».

Tal requerimiento no se contemplaba en el rescate que se regulaba en los artículos 269 y 286 del TRLCSP, y que ahora se impone tanto en el 279 (concesión de obras públicas) como con el 294 (concesión de servicios) de la LCSP. La acreditación de tales requisitos se presentan como esenciales en el marco de la actual economía sostenible considerada en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículo 2.º) como «*un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo*

de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

8. La decisión de rescate *no supone el ejercicio de la potestad sancionadora*, por lo que no le son de aplicación las normas reguladoras de la misma tanto en la LPAC como en la LSP.
9. Por último, la extinción de la relación jurídica contractual o concesional, implica la correspondiente indemnización, cuyo contenido analizamos en el apartado siguiente.

3.º Los efectos del rescate

El actual artículo 280 de la LCSP regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública; con anterioridad dichos efectos se encontraban en el TRLCSP que fue modificado, por el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero y por la LSP. Por otra parte, el actual artículo 295 de la LCSP regula los efectos de la concesión de servicios, sin introducir variación alguna en el anterior artículo 288 del TRLCSP.

Como quiera que el rescate (artículo 279.c de la LCSP) es una causa de resolución imputable a la Administración (artículo 280.1, párrafo 3.º) nos limitaremos a la concreción de los efectos del rescate, en su consideración de causa imputable a la Administración, reproduciendo, sólo, los efectos con ello relacionados del citado artículo 280 de la LCSP:

«1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de tres meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

(...)

3. En los supuestos de las letras b), c), d) y e) del artículo 279, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:

- a) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.*
- b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.*

4. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias. El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a este. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

5. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta queda-

rá subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo (...).».

De tal precepto podemos deducir las siguientes consecuencias:

1. El rescate, en principio, es una causa de resolución del contrato de concesión imputable a la Administración (causa c del 279 de la LCSP)
2. En consecuencia, al concesionario le corresponde el abono de la correspondiente indemnización por los gastos efectuados por el mismo antes del rescate.
3. La indemnización abarca tres aspectos concretos, cuales son los gastos realizados por el concesionario por la expropiación de terrenos, por la ejecución de obras de construcción y por la adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión.
4. La regla general, para la determinación del importe de las indemnizaciones se atenderá al grado de amortización (en concreto el sistema de amortización lineal), variándose, así, el criterio anterior del TRLCSP (antes de su modificación por la LSP), en función del tiempo que restara para el término de la concesión y de lo establecido en el plan económico-financiero.
5. Se acorta a tres meses el plazo de determinación el importe de la indemnización (responsabilidad patrimonial de la administración, RPA), reduciendo el de seis del TRSLSP.
6. Además de tal indemnización, la Administración también indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen, como consecuencia [1] de los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, y [2] como consecuencia de la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a la Administración.
7. La liquidación de la indemnización por los beneficios se cuantificará, como regla general, con la aplicación de la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión, salvo que el tiempo que restare fuera superior al transcurrido. Para la determinación del importe de la indemnización por la pérdida de valor de las instalaciones se tendrá en cuenta el grado de amortización.
8. El rescate podrá implicar la de los contratos de aprovechamiento de zonas complementarias así como la de los contratos de explotación comercial abonando la correspondiente indemnización.
9. Por último, en el supuesto de que concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y, en virtud de resolución judicial, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará subrogada en el crédito del expropiado, y las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda.

En términos similares sentencia expresa el artículo 295 de la LCSP, que regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios, una vez previsto el rescate como causa de resolución en el anterior artículo 294.c) de la misma LCSP.

VI. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es de sobra conocida la situación de crisis económica de algunas concesionarias de autopistas de peaje, muchas de ellas participadas por empresas constructoras; sin entrar en otro tipo de causas, es información mediática económica que [1] el aumento del importe de las expropiaciones para construcción de estos sistemas generales (valorable, en síntesis, como suelo urbanizable –por cuanto crean ciudad–, y no como suelo rústico); [2] el descenso de utilización de las citadas vías de pago; y [3], en síntesis, la crisis económica iniciada en 2007, han sido los elementos determinantes de tal situación.

Las obligaciones económicas, sin embargo, resultaban claras en nuestro ordenamiento jurídico: La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, dispone, en su artículo 17.2 que *«en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales para la ejecución del proyecto»*.

Por su parte, el artículo 242 del TRLCSP de 2011 reiteró el tradicional principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras, que hoy se mantiene en el artículo 254 de la LCSP de 2017. Pues bien, las medidas –de tipo político, fundamentalmente– adoptadas por el Gobierno con la evidente finalidad de no incrementar el déficit público (préstamos participativos por sobreprecio de las expropiaciones, a partir de la Ley de Presupuestos de 2010; modificación de las concesiones con incremento de tarifas y aumento de plazos de concesión; y compensación a las concesionarias), no consiguieron la no interposición de acciones judiciales de las concesionarias contra el Estado con la finalidad de proceder a la resolución de las concesiones que habrían de ser asumidas por el propio Estado y, por otra parte, formulando, ante la jurisdicción civil la declaración de concurso de acreedores. Ello implicaría la puesta en marcha de la responsabilidad prevista en el artículo 271 del TRLCSP, antes examinado, que –posiblemente por ello– sería modificado por el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disposición Final 9.^a). Y, posiblemente ello, ha dado lugar, entre otras causas, a la actual redacción de los artículos 280 y siguientes de la LCSP de 2017.

En tal situación, hemos de limitarnos a dejar constancia de dos pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la cuestión, teniendo en cuenta que el artículo 211 de la LCSP, que señala las causas de extinción de los contratos (sin hacer referencia al rescate), sí menciona (apartado 1.b) al concurso de acreedores –como antes hacía el 223.b) del TRLCSP–, habiéndose eliminado, no obstante, la concreción que se realizaba en el artículo 224.2 del TRLCSP, según la cual, era la apertura de la fase de liquidación del concurso la que determinaba la resolución del contrato. Dicha referencia ya no se contiene en el actual artículo 212 de la LCSP, tratando de eludir, posiblemente, lo expuesto por el Tribunal de Conflictos jurisdiccionales que a continuación citaremos.

1.º Por una parte debemos dejar constancia de la respuesta del Tribunal Supremo, en relación con la pretensión deducida por las concesionarias en relación con el restablecimiento económico-financiero de su concesión, derivado, según exponían, del descenso de tráfico por la autopistas de peaje. Al respecto citamos la STS de 28 enero de 2015 (RCA 449/2012), que se remite a otras anteriores. Como doctrina general previa, en relación con el citado equilibrio económico financiero, el Tribunal Supremo realiza las siguientes cuatro puntualizaciones:

«La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del “ius variandi”; el

artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de “ius variandi”, fuerza mayor, “factum principis” y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.».

Con base en tales puntualizaciones el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la recurrente sobre el restablecimiento económico-financiero de su concesión, por considerar insuficientes las especiales medidas de reequilibrio económico financiero de las concesiones de peaje, y sostener que la disminución de tráfico que invoca justificaría que se le otorgaran las concretas medidas de restablecimiento que reclamaba. En concreto, se alegaba [1] que una las bases del contrato era la previsión de obtener ingresos en un nivel financiero suficiente para sufragar los gastos de la explotación objeto de su concesión; y [2] que, por otra parte, la disminución de tráfico, acaecida desde el inicio mismo de la explotación, resultaba encuadrable en el riesgo imprevisible que dicha regulación general configura como uno de los supuestos en los que la Administración viene obligada a adoptar medidas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La respuesta fue la siguiente:

«Ninguna de esas dos razones puede ser compartida. La primera porque la actora en ningún lugar de su reclamación administrativa, ni de su demanda, indica que las estipulaciones de su contrato incorporaran un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual y de sus obligaciones como concesionaria, por lo que tal nivel económico fue tan sólo para ella una mera expectativa que no quedó incorporada en el contenido del contrato como una de sus bases.

En cuanto a la segunda, porque es de reiterar lo que ya declaró esta Sala en litigio similar al presente en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011) sobre que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión; y para reforzar lo anterior merece transcribirse de ella esta concreta declaración:

“Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo.”.

Como también resulta conveniente reproducir de esa anterior sentencia su fundamento duodécimo, porque invoca otras sentencias anteriores de esta misma Sala para negar que puedan calificarse de hechos imprevisibles o extraordinarios tanto la disminución de tráfico debida a la remodelación y mejora de una vía paralela, como la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje:

Ese fundamento se expresa en los siguientes términos:

“(…) La segunda cuestión relevante es la pretendida disminución de tráfico en razón de la remodelación y mejora de la A-4.

Procede aquí tomar en consideración lo vertido en el FJ Quinto de la STS de 16 de mayo de 2011, más arriba mencionada e invocada por el Abogado del Estado.

Se dijo que:

‘La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad. Por otro lado, no debe considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos. Tampoco debe considerarse fuera de lo previsible que esa mejora consista en desdoblamiento de las calzadas conforme se incrementa el tráfico pues se viene haciendo desde hace años en distintas vías o tramos de vías. Por otro lado, hay coincidencia en que la decisión de transformar la M-407 en autovía se tomó por la Comunidad de Madrid a causa o después del período de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001. Y, si bien la presentación pública del proyecto correspondiente se produjo en enero de 2004, unas semanas más tarde del vencimiento del plazo de presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, parece difícil que empresas que operan en el sector no tuvieran noticia de ello’.

Se añadió por esta Sala y Sección que:

‘no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km’.

Lo acabado de exponer es extrapolable al supuesto de autos. La concesión de una autopista de peaje no puede ser una traba para que la administración mejore, amplíe o construya una nueva carretera es decir desarrolle las infraestructuras de transporte.

En tal sentido no solo se ha pronunciado la sentencia precitada sino también la STS de 20 de junio de 2011, recurso 62/2009 desestimando la pretensión impugnatoria de una concesionaria de la construcción, conservación y explotación de determinados tramos de autopista de un Real Decreto modificando los términos de la concesión al incluir un enlace sin peaje.

Y también la STS de 19 de diciembre de 2011, recurso 159/2010 considera que forma parte del riesgo y ventura del contrato la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje que comunica con otra autopista conexas dos ciudades que carecían de vínculo por autopista. (...)».

2.º Otro reciente pronunciamiento –al que hemos aludido antes– es el contenido en diversas Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: 3/2016, de 5 de diciembre (Recurso 6/2016), 5/2016, de 15 de diciembre (Recurso 5/2016), 1/2017, de 9 de mayo (Recurso 3/2016) y 3/2017, de 12 de julio (Recurso 1/2017). Dejamos constancia de la doctrina contenida en la primera de ellas en la que se resolvía el Conflicto de Jurisdicción del artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (38-6-2016) suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en el seno del Concurso 701/2012 de una entidad concesionaria de autopista de peaje. En el requerimiento de inhibición el Ministerio de Fomento, formulado en relación con el Auto del Juzgado de 3 de mayo de 2016 (de apertura de la fase de liquidación del concurso), se solicitaba:

«1. Tenga por suspendidos por Ministerio de la Ley, hasta la resolución del conflicto jurisdiccional, los pronunciamientos de dicho auto en los que “declara resuelto por ministerio de la ley” el contrato de concesión adjudicado a la concursada ACCESOS DE MADRD, S. A. “poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligada contractualmente” y “autoriza a la concursada a dejar de cumplir el contrato concesional”, y por ende, todos aquellos efectos que se derivan del fundamento jurídico octavo y dispositivo número 11 del auto de fecha 3 de mayo de 2016.

2. Se inhiba en su jurisdicción de tales pronunciamientos, revocándolos y reconociendo que, en el ejercicio de las prerrogativas administrativas aplicables a dicho contrato de concesión, corresponde a la Administración del Estado, con carácter previo a cualquier pronuncia-

miento judicial:

- a) *la potestad de declarar resuelto el contrato a todos los efectos, cuando concurra causa legal para ello y previa la tramitación del procedimiento administrativo legalmente establecido;*
- b) *la potestad, hasta que el contrato se extinga, de declarar la obligación de seguir cumpliéndolo, en garantía de su continuidad;*
- c) *la potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución.».*

La respuesta de la Sala de Conflictos fue la siguiente, contenida en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia, rechazado la extralimitación jurisdiccional del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en su Auto de 3 de mayo de 2016, de apertura de la fase de liquidación.

«Ninguna duda se plantea sobre el carácter administrativo del contrato de adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista estatal de peaje R-3/R-5 (R. D. 1515/1999, de 24 de septiembre). El marco normativo que debe tenerse en cuenta lo constituye la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de contratación, y la legislación sobre contratación del sector público, según la cual el servicio que presta la concesionaria constituye una actividad del Estado que el concesionario gestiona, en su nombre y durante el período establecido en el contrato, bajo la supervisión de la Administración.

Antes de abordar la cuestión en conflicto debe señalarse que las resoluciones invocadas por el Ministerio de Fomento, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal abordan supuestos en los que se ha promovido procedimiento para resolver un contrato administrativo o en los que se ha acordado la resolución por el juez del concurso antes de declararse la apertura de la fase de liquidación. Con todo la doctrina contenida en ellas, cuyo contenido extractado puede formularse en el sentido de que el ejercicio de las facultades del Juez del concurso no puede vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración contratante, no sólo no estorba en el presente, sino que constituye la base sobre la que asentar el análisis que abordamos; sucede sin embargo, que lo que no cabe es hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de que precisamente de lo que se trata es de comprobar si en el auto que analizamos se ha producido dicho vaciamiento, invadiendo el Juez del concurso las competencias que le resultan ajenas por ser propias del órgano concedente.

El art. 67 de la L. Co., sobre Contratos con Administraciones públicas, en fase de declaración de concurso, distingue entre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con la Administración, cuyos efectos se regirán por lo establecido en su legislación especial, de los de carácter privado, que se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en la Ley concursal. Si bien es cierto que se dio por terminada la fase común de concurso, iniciándose la fase de liquidación, como bien señala el Sr. Abogado del Estado, establece el art. 147 de dicho texto, en relación con su Disposición Adicional Segunda ter, Ley 9/2017, aplicable conforme establece la Disposición Transitoria 1.8 de esta Ley, que durante esta fase seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo, encontrándose el art. 67 en el citado Título, y, además específicamente en los concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones Públicas, se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación concreta reguladora de cada tipo de contrato administrativo.

No se discute que en la fase de liquidación concursal el Juez del concurso, como se pone de manifiesto expresamente en el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de 3 de octubre de 2016, tiene atribuida jurisdiccionalmente la competencia “de declaración de ineficacia sobrevenida del universo de contratos civiles, mercantiles y laborales”, es más se desprende de los términos en los que el Sr. Abogado del Estado ha formulado sus alegaciones, que este lo admite abiertamente, aunque a la par plantea la paradoja de que “resulta evidente que la resolución del contrato citado constituye un presupuesto de las medidas que hayan de adoptarse sobre los contratos civiles, mercantiles y laborales celebrados por la comisionaria no pudiéndose resolverse estos sin que previamente la Administración haya declarado resuelto el contrato de

concesión que constituye la piedra angular de la explotación de la autopista”, contradicción que solo cabe salvar entendiendo que lo que hace el Sr. Abogado del Estado es negar la propia jurisdicción del Juez concursal, que sólo la recuperará cuando la Administración siga el procedimiento resolutorio y establezca los efectos pertinentes de la extinción de la concesión, supeditando la culminación del proceso concursal a la decisión administrativa, como denuncia el Juez concursal en el auto que analizamos, con grave riesgo para las masas activa y pasiva y con perjuicio para el interés de los acreedores concursales, lo que quebranta el régimen concursal.

La disputa suscitada y los términos en los que se produce ponen en evidencia la inconsistencia, indeterminación y la aparente falta de coordinación entre ambas legislaciones, la concursal y la de contratación del sector público, en tema tan sensible para los intereses públicos como el que nos ocupa. Así es, atendiendo estrictamente a las competencias que la ley concursal le atribuye al Juez del concurso, en tanto que posee competencia exclusiva y excluyente sobre el conjunto de contratos civiles, mercantiles y laborales suscritos por la entidad concesionaria respecto de terceros, resulta diáfano que las medidas que tome sobre estas relaciones jurídicas afecta directamente a la propia vigencia de la concesión, en tanto que basta con declarar dentro de sus facultades la resolución de aquellos, lo que forma parte de las consecuencias obligadas de la fase de liquidación –ya no se trata de procurar la continuación de la actividad empresarial, sino de proceder a su cese y liquidación–, para que cese el contrato consesional ante la imposibilidad del desarrollo de la actividad empresarial-concesional; pero si atendemos a las potestades y prerrogativas que la Administración concedente tiene reconocidas legalmente, art. 249.1.d) TRLCSP, a la misma le corresponde por exigencia del interés público que subyace en la concesión, entre otras, “Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 269 y 270”, que comprende la liquidación ordenada de la concesión para evitar perjuicios a dicho interés público.

La aparente contradicción, en tanto que la lectura separada de las normas nos conduce a consecuencias jurídicas incompatibles y excluyentes, esto es, la apertura de la fase de liquidación del concurso conlleva la cesación de vigencia de la concesión, lo que resulta contradictorio a las previsiones normativas sobre concesiones que prevén que el cese de la vigencia de la concesión se haga ordenadamente para evitar perjuicios a los intereses públicos, debe salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia y conexión entre ambos bloques normativos.

Acudiendo a la legislación especial de aplicación al contrato de concesión que nos ocupa, ha de estarse a la legislación que le es de aplicación, con carácter general y en lo que ahora interesa, arts. 221 y ss. del TRLCSP sobre extinción de los contratos, los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución, lo que se repite en el art. 266 de dicho texto sobre los modos de extinción de las concesiones.

El art. 269 hace una relación de las causas de resolución, entre las que se encuentra la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; y el art. 270, después de prevenir que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos, establece en su apartado 2 que la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato, y en los restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución.

De la regulación vista se colige un régimen distinto según estemos ante unas u otras causas de extinción de los contratos. En el concreto campo que nos ocupa en la fase de declaración de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, de suerte que es factible que durante la misma continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión, precisando el art. 270.1 que la resolución se ordene por el órgano competente; ciertamente corresponde a la Administración, en virtud de la prerrogativa de autotutela que le atribuye el ordenamiento jurídico, la “facultad” de resolver el contrato; se trata de una potestad resolutoria discrecional de la Administración Pública en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso y que, al estar sujeta a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, es susceptible

de control judicial en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, cuando a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase de liquidación, la resolución es obligada, opera por imperativo legal; no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que como recoge el auto de 3 de octubre de 2016, «imponiendo al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo», así es, la Administración queda obligada por mandato legal, sin que quepa obviar que dicho mandato deriva directamente de la decisión del órgano judicial competente que inicia la fase de liquidación en el procedimiento concursal, pues es la consecuencia que anuda la ley a su declaración y que imperativamente se impone a la Administración. Por tanto, cabe convenir que la apertura de la fase de liquidación produce siempre la resolución de la concesión, como se desprende categóricamente del art. 224.2, “dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato”, y 270.2, “originará(n) siempre la resolución del contrato”.

Los arts. 271 y ss. regulan los efectos de la resolución de la concesión y el destino de las obras a la extinción de la concesión; correspondiendo a la Administración, dentro de las prerrogativas propias que le confiere la legislación especial, proveer lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones prevenidas al efecto, dentro de lo que puede considerarse liquidación de la concesión, esto es, el rescate de la misma y la asunción, en su caso, de la explotación por parte de la Administración, la determinación de las indemnizaciones pertinentes y, art. 272, la entrega a la Administración concedente por el concesionario, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción y, en su caso de preverlo los pliegos las obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, que deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción.

El auto de 3 de mayo de 2016, dictado en el ejercicio de las facultades propias del Juez del concurso, ya se ha dicho, además de declarar la apertura de la fase de liquidación, lo que significa la renuncia a procurar la continuación de la actividad empresarial, se acuerda la suspensión a la deudora de las facultades de administración y disposición, el cese de los administradores sociales y, sobre todo, en lo que ahora interesa, la disolución de la sociedad, con la obligación por parte de los administradores concursales de presentación de un plan de liquidación sobre los bienes y derechos de la masa activa. Todo ello representa la consecuencia obligada de la apertura de la fase de liquidación concursal; la disolución de la sociedad ordenada por el Juez concursal en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el art. 145 de la L. Co., con el resto de medidas previstas, conlleva, como no puede ser de otra manera, la extinción de la sociedad, pero durante el proceso de liquidación la concesionaria subsiste jurídicamente y conserva su personalidad jurídica, lo que constituye, en general, un fenómeno jurídico complejo, en tanto que la propia existencia de la sociedad y la concesión obtenida le ha permitido desarrollar una rica trama de relaciones jurídicas tanto con la Administración concedente como con terceros, que no finaliza de forma abrupta e instantánea con la mera declaración de disolución de la concesionaria, ni con que se prevea por ministerio de la ley la resolución de la concesión, sino que se requiere que a la declaración de disolución siga la liquidación de aquellas relaciones jurídicas, la liquidación de los vínculos que une a la concesionaria con la propia Administración concedente y la liquidación de las relaciones jurídicas con los terceros con los que ha entablado relaciones jurídicas civiles, mercantiles y laborales.

La apertura de la fase concursal conlleva, art. 145.3 de la L. Co., “Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución”, la disolución de la sociedad, tal y como así lo declaró el Juez concursal en el legítimo ejercicio de sus facultades por así disponerlo la norma. Conectado el referido artículo con las previsiones contenidas en los arts. 224.2 y 270.2 antes referidos, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad, produce siempre la resolución del contrato, como se desprende categóricamente del art. 224.2, “dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato”, y 270.2, “originará(n) siempre la resolución del contrato”, resolución que se produce por “voluntad de la ley”, mediando la previa decisión

judicial abriendo la fase de liquidación del concurso. Mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.

Con la disolución, pues, se inicia un proceso de liquidación, dentro del cual cabe distinguir la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso, y la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece, que en lo que ahora nos interesa, conlleva la de preservar el interés público mediante el rescate de la concesión y asumir, en su caso, su explotación directa con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes, asegurando la continuidad ininterrumpida del servicio de interés público.

La correcta lectura del auto de 3 de mayo de 2016 acredita que el Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, no se arroga unas prerrogativas propias de la Administración, sino que simplemente se limita a aplicar la norma y dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley, porque si alguna confusión pudiera crear cuando en el apartado Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, sobre “Resolución del contrato de concesión por Ministerio de la Ley” –ya sólo la propia titulación del apartado resulta esclarecedora– se afirma que “Abierta la fase de liquidación resulta imperativa acordar en sede concursal la resolución de pleno derecho del contrato concesional...”, se aclara y despeja con la lectura del citado apartado, del que se colige sin dificultad alguna que la resolución se ha producido ope legis, se habla de “mandato resolutorio”, no la ha acordado el Juez concursal, sino que este se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal, cosa distinta es que producida la disolución y extinción de la concesión, sea preciso a partir de dicho instante proceder a su liquidación.

La segunda potestad que reclama la Administración carece de virtualidad alguna, pues se parte de un presupuesto inexistente, “hasta que el contrato se extinga”, pues como se ha dicho el contrato se ha extinguido al abrirse la fase de liquidación y declarar el Juez concursal la disolución de la sociedad, sin perjuicio, claro está, de atender a los efectos derivados de dicha extinción.

Queda por examinar si las medidas adoptadas recogidas en el apartado 11 de la parte dispositiva del auto de 3 de mayo de 2016 ha supuesto una inmisión en las prerrogativas de la Administración para la liquidación de la concesión, esto es la solicitada “potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución”.

Pues bien, para el Juez concursal las medidas acordadas se circunscriben en exclusividad al contenido material propio del concurso, quedando al margen la liquidación de la concesión, cuya potestad, no se discute ni se cuestiona por el Juez concursal. Así se expresa de manera clara y categórica en el apartado B del Primero de los Fundamentos de Derecho del Auto de 3 de octubre de 2016, “resulta que en modo alguno y en ninguna resolución judicial este tribunal se ha arrogado o ha procedido a liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, por lo que el apartado c) del requerimiento excede del ámbito jurisdiccional debatido”.

Recordemos, lo hemos recogido en el Primero de los Fundamentos Jurídicos de la presente sentencia, que se ordenó “el cese total de la actividad empresarial de la concursada a las 00.00 horas del día 1-10-2016 en relación con dicha concesión; poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligado contractualmente, con las consecuencias concursales relativas al reconocimiento, calificación y clasificación crediticia inherente a dicho pronunciamiento”.

A pesar de la advertencia que se realiza por el Juez del concurso, el Sr. Abogado del Estado considera que lo ordenado constituye un indudable efecto de la resolución del contrato concesional, que excede de la liquidación concursal, en tanto que si esta se caracteriza por el conjunto de operaciones dirigidos a convertir en dinero los bienes que integran la masa activa para satisfacer a los acreedores, la puesta a disposición de los bienes ordenada en el auto constituye una actuación de liquidación del contrato de concesión, lo que se inserta dentro de las potestades administrativas que son imanes a los contratos administrativos.

La cuestión a debatir no es dilucidar si a la Administración le corresponde o no la potestad de liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, lo que le reconoce abiertamente el Juez del concurso, sino determinar si las medidas ordenadas constituyen operaciones propias de la liquidación de la concesión. Cabe hacer la advertencia de que conforme al art. 9 L. Co, sobre la extensión de la jurisdicción del Juez del concurso, su jurisdicción se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas «directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal».

Ya anteriormente se ha dejado constancia de las facultades que en el procedimiento concursal corresponde al Juez del concurso, y se ha dejado dicho que a la disolución de la sociedad sigue la liquidación de las relaciones jurídicas y contractuales, correspondiendo en plenitud jurisdiccional al Juez del concurso la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales. De los términos del Fundamento Jurídico Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, en el que se deja razón y se justifica la adopción de la medida plasmada en el apartado 11 de la Parte Dispositiva, se desprende que el pronunciamiento se circunscribe al ámbito estrictamente concursal, se señala una fecha en la que definitivamente, por resolución de los contratos civiles, mercantiles y laborales se pone fin a la actividad empresarial de la concesionaria y con ello se pone fin a los efectos y consecuencias que para el concurso tenía la continuación de la explotación por parte de la concesionaria. En principio, pues, hubiera bastado que se estableciera una fecha para el cese completo de la actividad empresarial, por resolución definitiva de los contratos civiles, mercantiles y laborales con terceros, sin más, para permanecer en el marco competencial propio del procedimiento concursal; sucede sin embargo, que consciente de las implicaciones de interés público que se cierne con el cese de la explotación por parte de la concesionaria, en base “a la necesaria coordinación de múltiples aspectos entre la concursada y la Administración del Estado para dicho traslado de la gestión y la posesión de infraestructuras, y el establecimiento de una fecha de corte con puesta a disposición de la gestión, conservación, personal y explotación comercial a favor del órgano concedente”, establece un plazo para el cese total de la actividad empresarial de la concursada y el traslado de bienes, derechos e infraestructuras a la Administración, intentando asegurar con ello la continuidad del servicio al posibilitar a la Administración el rescate de la concesión y la prestación del servicio y la explotación de las infraestructuras sin consecuencia concursal alguna. Todo ello descubre, sin perjuicio de la mayor o menor oportunidad o corrección de las medidas, lo que no nos corresponde dilucidar en este, constando que el citado auto se ha recurrido ante la Audiencia Provincial, que la medida contenida en el referido apartado 11 se inscribe dentro del estricto ámbito del concurso, sin invadir ni inmiscuirse en potestades o prerrogativas administrativas, representando la misma simplemente una fecha determinante para que las consecuencias y efectos de la explotación de las infraestructuras recaiga no sobre el concursado sino sobre la Administración al tener que asumir directamente o a través de una nueva concesionaria la gestión de la autopista.».

Pues bien, con independencia de lo anterior, el artículo 212 de la LCSP, eliminando la referencia a la apertura de la fase de liquidación del concurso, deja abierta la cuestión. El Consejo de Ministros celebrado el 17 de julio pasado ha aprobado un convenio de gestión directa para que el Ministerio de Fomento, a través de la empresa pública Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITTSA), pueda hacerse cargo de las autopistas de peaje en quiebra una vez que el Juez de lo Mercantil establezca su reversión al Estado, por cuanto en la actualidad hay 8 concesiones de autopistas de peaje que se encuentran en concurso de acreedores. El convenio de gestión directa atribuye a SEITTSA la explotación de todas las infraestructuras que están incluidas en los ocho contratos de concesión que se van a liquidar, así como la preparación de la licitación de los nuevos contratos para la gestión de estas vías. SEITTSA estará obligada a explotar, conservar y mantener las infraestructuras desde que los juzgados aprueben los planes de liquidación de las mismas con las mismas exigencias que tiene hoy los contratos de concesión.

La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITTSA) es una sociedad mercantil estatal creada al amparo del artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005 y fue constituida el 30 de noviembre de 2005. La forma jurídica de la Seittsa es de sociedad anónima, con la particularidad de ser el Estado el propietario de la totalidad de sus acciones. Esto supone que su Junta General de Accionistas está representada por la Dirección General de Patrimonio del Estado y que su Consejo de Administración

está formado por personal y altos cargos de la Administración General del Estado, siendo su Presidente el Secretario General de Infraestructuras.

Como se ha expuesto, la LCSP prevé que cuando una concesión de obra pública inicia la fase de liquidación en un concurso de acreedores, existe la obligación legal de resolver el contrato de concesión y, por lo tanto, la infraestructura revierte a la Administración concedente. Técnicamente no se puede hablar de un rescate de las autopistas de peaje en quiebra porque no hay una acción de Gobierno dirigida a rescatar una concesión en vigor, ya que lo que existe son unos procedimientos judiciales que lleva a la liquidación de la concesión y a la reversión del activo a la Administración.



La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública¹

Isabel Gallego Córcoles
Universidad de Castilla-La Mancha
Isabel.Gallego@uclm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Isabel Gallego Córcoles es Doctora en Derecho por la UCLM, profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha. Sus líneas de investigación prioritarias son la contratación pública, el derecho de aguas y las privaciones coactivas de la propiedad.

SUMARIO

1. ANTECEDENTES: LA PROGRESIVA CONSAGRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE POLÍTICAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN. 2. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO ESTRUCTURANTE DE LA LCSP. LA PRECEPTIVA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN TODO PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN. 3. LA UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. 3.1. HACIA LA SUPERACIÓN DE LOS OBSTÁCULOS IMPUESTOS TRADICIONALMENTE POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA RELAJACIÓN DE LA EXIGENCIA DE VINCULACIÓN CON EL OBJETO DEL CONTRATO. 3.2. LA REGULACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER ESTRATÉGICO EN LA LCSP. 3.3. LOS LÍMITES A LA INTRODUCCIÓN DE CONSIDERACIONES ESTRATÉGICAS COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. 4. LA OBLIGADA INTRODUCCIÓN DE CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE TIPO ESTRATÉGICO. 4.1. EXPERIENCIAS PREVIAS: LA DIFÍCIL INTELIGENCIA DE LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL DERECHO SOCIAL EUROPEO AL EMPLEO DE CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER SOCIAL. 4.2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA LCSP: LA OBLIGATORIEDAD DE INCLUIR EN CADA LICITACIÓN CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER ESTRATÉGICO. 5. LAS HERRAMIENTAS PROCEDIMENTALES AL SERVICIO DE LA INNOVACIÓN: EN ESPECIAL, LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN. 6. NOTA FINAL: LA INCORPORACIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN RETO QUE VA MÁS ALLA DE LO NORMATIVO.

1. ANTECEDENTES: LA PROGRESIVA CONSAGRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE POLÍTICAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN

En la contratación pública late una indudable tensión entre el servicio al interés público y el principio de libre concurrencia. El Derecho español ha otorgado tradicionalmente una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo².

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P.

² Entre otros, MEILAN GIL J. L. (2013): "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", núm. 191, pág. 38. Vid. igualmente MORENO MOLINA J. A./PLEITE GUADAMILLAS F. (2009): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2.ª ed., 2009, pág. 63 y ss.

Todo ello ha implicado una honda transformación en el instituto de la contratación pública que ha conducido a un sustancial vaciamiento de las prerrogativas administrativas, elemento tradicionalmente definitorio del contrato administrativo. Sin embargo, esta evolución no implica que el servicio al interés general quede reducido a su mínima expresión, realizado únicamente a través de la consecución de la libre competencia. Los intereses generales vuelven a teñir la contratación una vez que se reconoce el valor de ésta como instrumento para la consecución de distintos mandatos y principios constitucionales (art. 1.1, art. 45 CE entre otros) y de diversas políticas públicas.

La contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental³. En este sentido, debe advertirse que tomando en consideración solamente las cifras relativas a la adjudicación de obras, suministros y servicios, la contratación pública supone aproximadamente el 14% del PIB de la Unión Europea⁴. Además, como subrayara GIMENO FELIU⁵, ignorar la versatilidad estratégica de la contratación pública supone renunciar al liderazgo institucional que corresponde a los poderes públicos.

Esta visión instrumental de la contratación pública implica la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, sin que necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁶. De esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales, aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente⁷. Entre estos objetivos se

³ GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), págs. 16 y 17. En relación con el empleo estratégico de la contratación pública es imprescindible la cita a GIMENO FELIU J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi; PERNÁS GARCÍA J. (dir.) (2013): *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi; MEDINA ARNÁIZ T. (2011): "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Aranzadi; GONZÁLEZ GARCÍA, V. (2015): "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública", *Revista Española de Derecho Europeo*.

⁴ Vid. la reciente Comunicación de la Comisión Europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, 3-10-2017, COM (2017) 572 final, pág. 3.

⁵ GIMENO FELIÚ (2014).

Como destaca RODRIGUEZ ARANA ["La contratación del sector público como política pública", en PERNÁS GARCÍA (2013: 43)], las nuevas políticas públicas sugieren una llamada a la superación del falso dilema público-privado, y desde esta óptica, el contratista es también colaborador del sector público para la obtención de resultados sociales, de humanización de la realidad, de fortalecimiento de la dignidad del ser humano y de su entorno.

⁶ MEDINA ARNÁIZ (2011: 45).

⁷ Sobre todo ello, vid. MEDINA ARNÁIZ (2011: 45) y la bibliografía allí citada.

⁸ La contratación ecológica se define en la Comunicación de la Comisión Europea *Contratación pública para un medio ambiente mejor* como «un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar» [COM (2008) 400, página 4]. En relación con ésta, vid. RAZQUIN LIZARRAGA M. M. (dir.) (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, y PERNÁS GARCÍA J. (2011), *Contratación Pública Verde, La Ley*.

⁹ Según el documento de la Comisión Europea. *Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública* (2010) la compra socialmente responsable se refiere a las operaciones de contratación que «tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento más amplio de la responsabilidad social de las empresas». Es este concepto amplio en el que se incluyen «compra pública social» y «compra ética». Como añade MEDINA ARNÁIZ T., [(2012): "La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *REDA*, 2012, pág. 218] la llamada «compra pública social» tiene por objeto integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo. Por su parte, la «compra ética» engloba otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos y derechos de los trabajadores. Para un examen en profundidad de la posibilidad de integración de las cláusulas sociales en la contratación pública, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2003): "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?" *Justicia Administrativa*, núm. 20, págs. 27-67; MARTÍNEZ PALLARÉS P. (2003): "Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos", *Contratación administrativa práctica*, núm. 18; MOLINA NAVARRETE, C. (2008): "Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 302, págs. 3-64; BERNAL BLAY, M. A. (2008): "Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, págs. 211-252, SAEZ LARA, C. (2009): "Las

encuentra la compra ecológica⁸, la compra socialmente responsable⁹ y de forma algo más reciente, el estímulo a la innovación¹⁰.

Desde una perspectiva Europea, el debate sobre la visión instrumental de la contratación pública no es en absoluto novedoso. Ya en el célebre Libro Verde *La Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*¹¹ se afirmó que «la normativa de contratación pública puede contribuir a lograr los objetivos de las políticas social y medioambiental». No obstante, las dudas sobre la forma de conciliar dichos objetivos con el principio de libre concurrencia fueron recurrentes. De este modo, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, permitió desbrozar el camino al autorizar a los poderes adjudicadores a tener en cuenta aspectos ambientales y sociales en sus procedimientos de adjudicación de contratos, si bien se exigía su puesta en práctica compatible con dichos objetivos con los principios que presiden la contratación pública, esto es, los principios de concurrencia, transparencia, igualdad de trato y no discriminación¹². Sin embargo, no se emplea ni una sola ocasión el término innovación, y ello aunque la integración formal de la contratación pública en la política más amplia de innovación se produce ya en 2003¹³. No obstante, hasta el año 2006 no se ha producido un esfuerzo para llevar esta integración a la práctica¹⁴, integración que obedece a un múltiple enfoque en el que se pretende estimular la innovación no sólo a través de la oferta –como ha sido tradicional–, sino a también a través de la demanda.

Ahora bien, de forma más reciente el Derecho europeo no sólo se permite, sino que fomenta la utilización estratégica de la contratación pública y, en este rápido recorrido introductorio, la cita a la Estrategia Europa 2020 es insoslayable¹⁵. La Estrategia Europa 2020 afirma con rotundidad que «el año 2010 debe marcar un nuevo principio». Y en el marco de este nuevo comienzo la Comisión propone para la UE cinco objetivos cuantificables para 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Al servicio de la consecución de los mismos aparece reiteradamente la contratación pública.

En este contexto, no causa perplejidad que uno de los dos objetivos de la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la contratación pública del año 2011¹⁶ consistiese en permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles¹⁷.

cláusulas sociales en los contratos del sector público”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, y MEDINA ARNÁIZ, T. (2011): “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), págs. 56-79; RAMOS PÉREZ-OLIVARES A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el RD Legislativo 2/2011*, La Ley, 2012.

¹⁰ Sobre este concepto, vid. *infra*.

¹¹ Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI, pág. 33.

¹² MEDINA ARNAIZ (2010: 50). Nos remitimos a este trabajo para un análisis detallado de la progresiva incorporación de los objetivos secundarios a la contratación pública. En todo caso, como subraya la autora, la voluntad clara y decidida por atender objetivos de interés general desde la regulación sobre contratos públicos llega en el año 2001 de la mano de dos Comunicaciones en las que la Comisión analiza las diversas opciones que ofrecía el marco jurídico comunitario entonces vigente para incorporar aspectos sociales y medioambientales en los contratos públicos. Se trata de la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública* [COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001] y la *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* [COM (2001) 566 final de 15 de octubre de 2001].

¹³ Vid. apartado 5.4 Comunicación de la Comisión *Invertir en investigación: un plan de acción para Europa*, COM (2003), 226 final/2, de 4 de junio de 2003.

¹⁴ Sobre la política de innovación y la contratación pública, vid. entre otros, EDLER J. y GEORGHIOU L. (2007): “Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side”, *Research Policy*, 36.

¹⁵ Comunicación de la Comisión Europea *EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3-3-2010. COM (2010) 2020 final.

¹⁶ COM (2011) 896 final, 2011/0438 (COD). En relación con estas de propuestas de Directivas, vid. MORENO MOLINA J. A., “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013 y GIMENO FELIU J. M., “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA*, núm. 159, 2013.

¹⁷ Como se afirma en la propuesta de Directiva, esta se basa en un *planteamiento de capacitación* consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 utilizando su poder adquisitivo para comprar bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales.

Estos objetivos se han plasmado en el considerando segundo de la finalmente aprobada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como se reconoce en dicho considerando,

«La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.»

Y en este ámbito, la nueva Directiva incorpora múltiples herramientas al servicio de la promoción de la contratación ecológica, social y de innovación. Así, sin ánimo de exhaustividad, puede destacarse la regulación de las etiquetas ambientales y sociales, la flexibilización de la vinculación con el objeto del contrato de los criterios de adjudicación, la inclusión del ciclo de vida como criterio de adjudicación, el énfasis en la definición funcional del objeto del contrato, la introducción de una mayor flexibilidad en el empleo del procedimiento de licitación con negociación –que sustituye al negociado con publicidad– y del diálogo competitivo y el diseño de un nuevo procedimiento, la asociación para la innovación creado específicamente como herramienta para estimular ésta desde la demanda, etc.

La relevancia de esta nueva batería de herramientas dirigidas a la plasmación de una visión estratégica de la contratación pública no debe soslayarse, más aún cuando se constata que existe una voluntad real por parte de las instituciones europeas de que todos estos mecanismos tengan plena efectividad práctica. La reciente Comunicación de la Comisión Europea «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa»¹⁸ ha llamado la atención sobre el hecho de que los Estados miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social sostenibles y la innovación. En consecuencia, la Comisión anuncia nuevas iniciativas tendentes a garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica. Entre ellas, actualizar las orientaciones sobre la contratación ecológica y social¹⁹ y ofrecer orientaciones sobre la contratación de innovación.

En el plano del Derecho interno, la preocupación por la utilización estratégica de la contratación pública tampoco es reciente²⁰, si bien, hasta la aprobación de las Directivas de 2014 la utilización de cláusulas sociales –no tanto ambientales, dado que su vinculación con el objeto del contrato resulta más aprehensible²¹– se encontraba rodeada de una innegable halo de inseguridad jurídica. La azarosa vida del Decreto de la Comunidad de Madrid 213/1998, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, prueba suficientemente este extremo. Tras

¹⁸ Comunicación de 3-10-2017, COM (2017) 572 final, pág. 4.

¹⁹ Las orientaciones vigentes son las siguientes: *Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública*. SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010, sólo existe una edición. *Manual Adquisiciones Ecológicas*, cuya tercera edición fue publicada en Abril de 2016.

²⁰ No obstante, también suscitaba dudas. *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, pág. 147.

Entre algunas de las primeras iniciativas, Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, aprobado por Orden 116/2008, de 21 de enero (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), Guía para la Contratación Pública Responsable en Andalucía, Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, IDEAS (Iniciativas de Economía Alternativa y Solidaria), 2006 y, la Guía para la Compra Pública Ética y Sostenible de las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, Red de Comercio Justo y Consumo Responsable de Castilla-La Mancha, 2007.

La integración de las políticas de innovación es mucho más cercana en el tiempo, si bien desde el año 2010 pueden señalarse una serie de hitos entre los que se encuentra la aprobación de la Estrategia Estatal de Innovación E2i (2 de julio de 2010), como parte de la Estrategia de Economía Sostenible aprobada en Diciembre de 2009 y la aprobación en 2011 de la Guía sobre Compra Pública Innovadora. Vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P. (2017): “La Compra Pública de Innovación (CPI). El procedimiento de adjudicación de Asociación para la Innovación” GAMERO CASADO/GALLEGO CÓRCOLES (dir.) *Tratado de Contratos del Sector Público*.

²¹ En todo caso, también se plantean algunas cuestiones prácticas de interés. Vid. *infra*.

una serie de sentencias contradictorias, el Decreto fue finalmente derogado ante las dudas que suscitaba su compatibilidad con el Derecho europeo²².

En la actualidad, son muchos los poderes públicos que han materializado esta visión estratégica de la contratación pública a través de instrumentos de diferente naturaleza²³. Entre las causas que pueden explicar esta realidad pueden encontrarse razones muy diversas, que abarcan desde la aprobación de las Directivas sobre Contratación Pública de 2014 –mucho más posibilistas en este sentido–, la superación de los momentos más oscuros de la crisis económica hasta los cambios en la realidad política acaecidos en los últimos años. Y entre las políticas que se pretenden integrar con más decisión se encuentran las políticas sociolaborales, ámbito en que existe cierta dificultad dada las interpretaciones jurídicas divergentes que se están realizando del marco jurídico –integrado principalmente por el RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)–, hoy vigente²⁴.

2. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO ESTRUCTURANTE DE LA LCSP. LA PRECEPTIVA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN TODO PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

Como se ha enfatizado, 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) introduce cambios sustanciales, que van más allá de una mera actualización formal del TRLCSP para hacerlo así compatible con las Directivas Europeas del año 2014²⁵. Y entre ellos ha de subrayarse que la visión estratégica se convierte en el principal eje de la contratación²⁶. No sólo el preámbulo de la nueva norma alude a la «Estrategia Europea 2020», fija entre uno de los dos objetivos que inspiran la regulación contenida el de conseguir una mejor relación calidad-precio, especialmente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato e insiste en que la Ley pretende conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes, sino que, lo que resulta todavía más importante, en el articulado de la nueva introduce la obligación de que esta visión estratégica impregne cada procedimiento de licitación. De esta forma, el artículo 1.3 LCSP establece que:

«En toda contratación pública se incorporarán de *manera transversal y preceptiva* criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contrac-

²² Es preciso recordar que la Comisión Europea envió el Dictamen Motivado de 21 de diciembre de 2001 corregido por el de fecha 8 de febrero de 2002. Sobre estas cuestiones, vid. GALLEGO CÓRCOLES I. (2011): «¿Pueden incluirse cláusulas sociales en la contratación pública (I)?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 114.

²³ Sin ánimo de exhaustividad: Acuerdo de 20 de junio de 2017: «Código para una contratación pública socialmente responsable en el ámbito de la Administración de la Generalitat y el sector público que depende»; Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal; Ley 3/2016, de 7 de abril, de Euskadi, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública; Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación. Al margen de todo ello, también son reseñables iniciativas privadas como el *Foro de la Contratación Socialmente responsable* (<http://www.conr.es/>).

²⁴ Como ya hemos advertido en GALLEGO CÓRCOLES I. (2017 a): «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», *Contratación administrativa práctica*, núm. 152 (en prensa) los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales han tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada sobre la admisibilidad de distintos criterios de adjudicación que contienen una dimensión social. Dada la complejidad de la materia y la ausencia de un criterio jurisprudencial claro es preciso destacar los intensos esfuerzos argumentativos que se realizan en la mayor parte de resoluciones. Del mismo modo, resulta innegable que no en todos los aspectos existe unidad de criterio, siendo en todo caso el TACRC el que está incorporando la visión más restrictiva. Por lo demás, tuve ocasión de analizar la jurisprudencia del TJUE, en cierto modo titubeante, en (2011), «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», núm. 113, *Contratación Administrativa Práctica*.

²⁵ Vid. GIMENO FELIU J. M. (2017 a), «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la LCSP*, Aranzadi (en prensa).

²⁶ *Ibidem*.

tual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social»

Este precepto no formaba parte del proyecto de Ley. Sin embargo, fue aprobado por unanimidad por la Ponencia constituida en el Congreso de los Diputados. Mediante la adición de este nuevo apartado al artículo 1 se persigue otorgar a estos objetivos estratégicos «no sólo la importancia debida sino la categoría jurídica necesaria que evite interpretaciones contrarias que todavía por desgracia se producen», de forma que se trata de «aclarar y explicitar [...] que los criterios sociales conforman un principio rector de la contratación pública y que su inclusión proporciona una mejor oferta de la prestación contractual, incluso desde el punto de vista económico»²⁷. Dada la interpretación confusa que del nuevo marco del Derecho de la Unión Europea se estaba produciendo²⁸, la inclusión de este precepto, en el que no está ausente cierto contenido didáctico²⁹, parece a nuestro juicio totalmente pertinente. Es más, dada su ubicación sistemática –en el pórtico de la norma– plasma con cierta solemnidad la superación de un modelo economicista de contratación pública³⁰.

Por lo demás, tanto del art. 1.3 LCSP como del resto del articulado de la norma se puede desprender una cierta jerarquización de políticas públicas, de forma que se priorizan las relativas a políticas ambientales y sociales frente a la innovación. No obstante, esta afirmación puede no resultar totalmente precisa, dada la estrecha vinculación innovación e introducción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación³¹.

El contenido prescriptivo del art. 1.3 LCSP no ha de ser desdeñado, ya que el mandato no sólo inequívoco, sino que se acompaña a lo largo de la norma de determinados mecanismos que permiten dotarlo de la necesaria efectividad. La visión estratégica de la contratación pública late en toda la norma. Así, en primer lugar, se reconocen una serie de cláusulas que tratan de asegurar el cumplimiento de obligaciones previas de tipo ambiental o social³². Igualmente ha de tenerse en cuenta la obligación de rechazar las ofertas incurtidas en presunción de temeridad cuando no se justifiquen en el cumplimiento de las obligaciones sociales, laborales o medioambientales –lo que incluye, y esta precisión no es en absoluto baladí, el incumplimiento de los convenios colectivos *sectoriales* vigentes (art. 149.4 LCSP³³)– y la obligación de los órganos de contratación de tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental social o laboral. En este sentido, el 201 LCSP previene que el incumplimiento de estas obligaciones, en especial, los incumplimientos o los retrasos

²⁷ Vid. justificación de la enmienda 1041 del GP Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso. En todo caso ha de tenerse en cuenta que la aceptación de dicha enmienda se efectúa con el añadido de «medioambientales», y «siempre que guarde relación con el objeto del contrato».

²⁸ Nos remitimos a nuestro trabajo anterior GALLEGO CÓRCOLES (2017 a).

²⁹ Así, en la Enmienda 1041 del GP Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso también insiste en la necesidad de transmitir (a todas las Administraciones Públicas, a todos los órganos contratantes, así como a todas las personas responsables de la redacción de pliegos y de la licitación de contratos públicos), la idea fundamental de que la inclusión de criterios sociales y ambientales debe impregnar de forma transversal y obligatoria toda la contratación pública, configurando de este modo un sistema de corresponsabilidad social y de contratación pública responsable.

Se trata igualmente de explicitar que la inclusión de criterios sociales y ambientales no supone tan solo una cuestión ética o de justicia social, sino una potente y sinérgica herramienta de transformación que resulta altamente eficiente desde el punto de vista del interés público y de la propia eficiencia y racionalización de los presupuestos públicos destinados a contratación.

³⁰ En todo caso, ha de advertirse que aunque el art. 1.3 LCSP hace referencia a «criterios» una interpretación sistemática de la norma aclara que no se refiere en exclusiva a criterios de adjudicación, sino al concepto más amplio de «cláusulas» ambientales y sociales, que no sólo engloban estos, sino también prescripciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, etc.

³¹ Para comprobar dicha afirmación basta una mera lectura de la *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*, 2015; edited by: Procurement of Innovation Platform. ICLEI-Local Governments for Sustainability (Project coordinator). www.innovation-procurement.org. Así, entre los casos prácticos que relatan se encuentran «una solución concreta para reducir la contaminación atmosférica» o «innovación en limpieza: priorizar a las personas y al medio ambiente».

Sobre la idea de vinculación entre innovación y políticas ambientales y sociales insiste el estudio *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies* realizado a instancias de la Comisión Europea, diciembre 2015.

³² Señala HERNÁNDEZ SALGUERO E. (2017): «Cláusulas sociales en la contratación pública», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch (en prensa), que este tipo de cláusulas no añadirían valor estratégico a la contratación pública.

³³ De manera conexa, el art. 129 LCSP regula la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad. Si el órgano de contratación señalase en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores pueden obtener la información pertinente, el órgano de contratación solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades. Por su parte, el apartado i) del artículo 211 de la LCSP establece entre las causas generales de resolución de los contratos «el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato»³⁴. Como es tradicional, determinadas prohibiciones de contratar están vinculadas con el cumplimiento de la legislación social, laboral y ambiental (vid. art. 71 LCSP).

Pues bien, al margen de estas cláusulas, se añaden otras cuya virtualidad es añadir un inequívoco valor estratégico a la contratación pública. Así, el art. 28.2 LCSP, cuando regula la necesidad e idoneidad del contrato, dispone que las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública. Por su parte, el art. 35.1 LCSP impone que cuando se defina el objeto y tipo del contrato, se tenga en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación³⁵. Y en relación con este aspecto es preciso destacar que el art. 99 LCSP dispone que el objeto del contrato se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer sin cerrar su objeto a una solución única, añadiendo el precepto que «en especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten»³⁶.

De forma consecuente, determinadas consideraciones de tipo social y ambiental se incluyen en la regulación de la solvencia de los licitadores³⁷. Por su parte, el art. 127 LCSP regula las etiquetas de tipo social o medioambiental –entre otras las relacionadas etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo–. Resulta igualmente novedoso el contenido del art. 157.5 LCSP, que prevé la posibilidad de que la mesa de contratación solicite informes que permitan la verificación de las consideraciones sociales y ambientales³⁸.

Finalmente, entre los mecanismos más potentes para dotar de efectividad al mandato de integración de las políticas sociales y ambientales en la contratación es preciso destacar no sólo la exhaustiva regulación de las cláusulas ambientales, sociales y ambientales como criterios de adjudicación, sino también la preceptiva utilización de condiciones de ejecución relacionadas con estas políticas sectoriales³⁹.

Un estudio exhaustivo de todos estos mecanismos desbordaría el objeto de este trabajo. Por ello nos limitaremos a analizar aquellos ámbitos en los que, a mi juicio, la intensidad de la reforma en aras a conseguir

³⁴ Esta causa de resolución se recoge igualmente en los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas. Vid. art. 319.2 LCSP.

³⁵ No debe soslayarse la importancia del momento de determinación del objeto contrato de cara a la consecución de objetivos estratégicos. Vid. por ejemplo IJCC Aragón 16/2015, de 4 de noviembre, que señala que la primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en el momento de elección del objeto del contrato, o en la fijación de sus especificaciones técnicas.

³⁶ Como explica la *Guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación* (2015) elaborada por el hoy Ministerio de Economía, Industria y de Competitividad, las especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales se definen como aquéllas que describen la función, objetivo o rendimiento que se pretende alcanzar, en vez de especificar el producto o servicio que es objeto del contrato. En otras palabras, las especificaciones funcionales se centran en las necesidades reales que el contrato busca satisfacer y dejan que el mercado sugiera el mejor camino para su consecución, sin establecer elementos técnicos obligatorios. Un ejemplo de especificación de este tipo sería la siguiente, Iluminación de vías urbanas con sistemas de iluminación capaces de reducir hasta el 70% de consumo eléctrico manteniendo un poder lumínico equivalente a sistemas AAA (pág. 48 y ss.).

³⁷ En relación con la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, vid. arts. 881.d) y 90.1f) LCSP en relación con el 94 LCSP. Mayor novedad revisten aspectos relacionados con la solvencia social. Así, en el ámbito de contrato de suministros, el art. 89.1 g) establece como forma de acreditación de la solvencia la «indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministros incluidos los que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato». Según el art. 90.3 LCSP, si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad y otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias. Finalmente, el art. 93 LCSP, al hacer referencia a la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad, alude expresamente entre estas las relativas a la «accesibilidad para las personas con discapacidad».

³⁸ En concreto, dispone el precepto se podrán requerir informes las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto el contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

³⁹ Especialmente, art. 202 LCSP, vid. *infra*.

una integración efectiva de objetivos políticos en la contratación pública es mayor: criterios de adjudicación, condiciones de ejecución y mecanismos procedimentales.

3. LA UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

3.1. Hacia la superación de los obstáculos impuestos tradicionalmente por el Derecho de la Unión Europea: la relajación de la exigencia de vinculación con el objeto del contrato

Uno de los requisitos que ha de cumplir cualquier criterio de adjudicación para resultar válido es su vinculación con el objeto del contrato. Se trata de una condición que de origen jurisprudencial, se incorpora en el art. 53.1 a) de la Directiva 2004/18/CE⁴⁰. En una interpretación estricta, este requisito supone un importante límite a la introducción de criterios de adjudicación que obedezcan a objetivos secundarios en la contratación pública. Porque si bien, como demuestra de la STJUE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland*⁴¹, la vinculación material de un criterio de tipo ambiental con el objeto del contrato no puede *a priori* resultar excesivamente difícil⁴², mayores dudas suscita este tipo de vinculación cuando de un criterio social se trata. Dudas que no aclaró la primera jurisprudencia del TJUE, pues los pronunciamientos STJUE de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes*. y STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, ambos relativos a la posibilidad de valorar en la fase de adjudicación la creación de empleo, fueron ciertamente contradictorios⁴³.

Es sabido que la Comisión Europea fue en un principio reacia a admitir cláusulas sociales como criterios de adjudicación⁴⁴. Por ello, en la *Guía de 2010 sobre incorporación de cuestiones sociales en la contratación pública*⁴⁵, realiza un importante esfuerzo para explicar qué criterios de adjudicación de carácter social guardan una relación directa con el objeto del contrato. Y se facilitan ejemplos de cláusulas admisibles y cláusulas que no lo son. Respetaría así el Derecho de la Unión que en una contratación pública para la atención de personas con discapacidad, los criterios de adjudicación pueden tener encuentra requisitos relativos a satisfacer las necesidades específicas de cada categoría de usuario (por ejemplo, personalización del servicio según la edad, el sexo o las dificultades sociales de los usuarios, etc.). Sin embargo, no sería posible utilizar criterios de adjudicación relacionados con la creación de nuevos puestos de trabajo en el mercado local, pues un criterio de ese tipo no está vinculado al objeto del contrato (por ejemplo, la construcción de una obra)⁴⁶.

⁴⁰ Más en extenso, ARROWSMITH S. (2014): *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and MaxWell, Tercera Edición, págs. 531.

⁴¹ En dicha sentencia, el Tribunal concluyó que los criterios relativos al nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno y al nivel de ruido de los autobuses deben considerarse relacionados con el objeto de un contrato relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús.

⁴² En todo caso, dichas dificultades pueden existir, como demuestra la Resolución del TACPJ Andalucía 410/2015 relativa a un «Servicio de gestión de residuos», en el que se puntuaba la existencia de una planta de tratamiento de residuos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo que se justificaba con el argumento de que tenía por finalidad minimizar el riesgo medioambiental y sanitario. El Tribunal concluyó que el criterio de «la distancia entre los centros y la planta de tratamiento es una cuestión puramente accidental, lo que impide considerarla como directamente vinculada al objeto del contrato» y por tanto infringe los principios de igualdad de trato y no discriminación y de libre competencia. Por su parte, la Resolución del TACRC 407/2017 analiza la exigencia de la inscripción en el Registro de la huella de carbono impuesta por los Pliegos para la conservación y mantenimiento de los jardines de un municipio, que considera que no tiene directa relación con el objeto del contrato, y además es contraria al principio de igualdad.

Sobre la utilización de criterios de adjudicación de carácter ambiental vid. en la obra colectiva RAZQUIN LIZARRAGA M. M. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, los siguientes trabajos FERNÁNDEZ ACEVEDO R.: «Los retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta» (pág. 114 y ss.); RAZQUIN LIZARRAGA M. M.: «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos» (pág. 147 y ss.); ALENZA GARCÍA J. F., «Contratación pública y residuos» (pág. 230 y ss.) y MIRANZO DÍAZ J.: «Los criterios de adjudicación ambientales en las Directivas de 2014».

⁴³ Según la primera de dichas sentencias, la cláusula «condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado» no guarda relación con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva. Según la segunda, el «criterio de adjudicación adicional relacionado con la lucha contra el desempleo» es compatible con el Derecho Europeo. Para un análisis más exhaustivo, me remito a mi anterior trabajo GALLEGO CORCOLES (2011).

⁴⁴ Vid. *Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, COM (2001) 566 final.

⁴⁵ Citada, pág. 37.

⁴⁶ Cfr. con la doctrina establecida en la STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98,

De esta forma, la Comisión abogaba por una interpretación estricta de la vinculación del criterio con el objeto del contrato que resulta definitivamente superada tras la relevante STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión c. Países Bajos, as. C-368/10⁴⁷. Esta sentencia analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de una etiqueta ecológica (EKO) y de una etiqueta relativa al comercio justo (MAX HAVELAAR) en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de té y café. La sentencia reviste particular interés porque analiza si estas etiquetas eran admisibles tanto como especificación técnica, criterio de adjudicación y como requisito de capacidad técnica.

En lo que a los criterios de adjudicación respecta, la sentencia introduce una interpretación del Derecho de la contratación pública europeo que supera las concepciones más estrictas de la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato. Porque, se admite que los poderes adjudicadores pueden elegir criterios de adjudicación basados en consideraciones de carácter social sin que tengan que referirse necesariamente a los usuarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato. De esta forma, se entiende que una etiqueta relativa al comercio justo presenta una vinculación suficiente con el objeto del contrato controvertido. Ello es así porque:

« [...] con arreglo a la descripción del contrato [...], ese contrato tenía por objeto, [...] el suministro del café, el té y otros ingredientes necesarios para la elaboración de las bebidas disponibles en las máquinas expendedoras. Además, de la redacción del criterio de adjudicación controvertido resulta que éste sólo se refería a los ingredientes que se suministraran en el marco de dicho contrato, sin ninguna implicación con respecto a la política general de compras de los licitadores. Por consiguiente, esos criterios se referían a productos cuyo suministro constituía una parte del objeto de dicho contrato.

Por último, como se desprende del punto 110 de las conclusiones de la Abogado General, *no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste. [...]*».

Pues bien, entre las novedades de Directiva 2014/24/UE se encuentra el hecho de que las características sociales y también las relativas a la innovación se contemplan de forma expresa en el articulado como aspectos que pueden incluir los criterios de adjudicación (art. 67.1). Sin embargo, quizá el elemento más destacable en la nueva regulación no es esta mención expresa, si no que aunque se sigue exigiendo que el criterio de adjudicación esté vinculado al objeto del contrato, este requisito se flexibiliza, de forma que esta vinculación no implica que el elemento objeto de valoración se incorpore físicamente a la prestación. Se codifica así la doctrina de la sentencia *Comisión contra Países Bajos* antes citada.

De esta forma, el art. 67.3 de la Directiva establece que «se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios; b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

Las dificultades han surgido a la hora de determinar en qué consiste un «proceso específico de producción y prestación». Y las dudas se han planteado porque no existe referencia a las condiciones laborales de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato como criterio de adjudicación en el art. 67.3 de la Directiva. Dicho en otros términos, de los considerandos de la Directiva se desprende que puede favorecerse la contratación de sectores desfavorecidos de la población. Ahora bien, no se aclara expresamente si a través de ésta, pueden mejorarse las condiciones laborales de los trabajadores que van a realizar la prestación.

La cuestión no es meramente retórica ni ajena a nuestra realidad práctica. De hecho, la admisibilidad de criterios tendentes a garantizar determinadas condiciones laborales a los trabajadores destinados a la ejecución del contrato es uno de los supuestos en los que se ha producido una mayor disparidad de criterio entre, por un lado, determinados Tribunales Administrativos Autonómicos de Recursos Contractuales –especialmente el TACP Madrid y el TACP Aragón– y, por otro, el TACRC. Por ejemplo, mientras que un criterio de adjudicación tendente a valorar la existencia de un plan de conciliación social ha sido admitido por la RTACP Madrid de 3 de febrero de 2016 y por el ATAPC de Aragón de 30 de agosto de 2016, un criterio similar ha

⁴⁷ En relación con esta sentencia, vid. MEDINA ARNÁIZ T., “Comercio justo y contratación pública”, en PERNÁS GARCÍA J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, 2013, págs. 267.

sido anulado por la TACRC de 27 de julio de 2017, ya que dicha resolución considera que la conciliación no se conecta con el objeto del contrato. Especialmente controvertido ha resultado el criterio de adjudicación relativo al compromiso de aplicación del convenio estatal sectorial durante toda la vigencia del contrato. Criterio que viene siendo admitido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid⁴⁸, aunque haya sido anulado por la STSJ Madrid de 7 de junio de 2017. Por su parte, el TACRC también ha negado que pueda aplicarse el compromiso de aplicación del convenio estatal como criterio de adjudicación entre otras, en la Resolución de 16 de diciembre de 2016⁴⁹.

3.2. La regulación de los criterios de adjudicación de carácter estratégico en la LCSP

La nueva LCSP transpone las determinaciones relativas a la inclusión de criterios de adjudicación de carácter ambiental, social y de innovación en sus artículos 145.2 y 145.6 LCSP, precepto éste que fue aprobado por unanimidad en la Ponencia constituida en el Congreso⁵⁰.

El art. 145.2 LCSP dispone que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, y podrán ser, entre otros, «la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, *las características sociales, medioambientales e innovadoras*, y la comercialización y sus condiciones»⁵¹. Por otro, la ausencia de exigencia de vinculación intrínseca con el objeto del contrato se regula en el apartado sexto del art. 145 LCSP, coincidente con el art. 67 de la Directiva, si bien se añade en la norma española una especial referencia a «formas de producción, prestación y comercialización medioambiental socialmente sostenibles y justas».

A diferencia de la Directiva, no obstante, la nueva Ley añade en el art. 145.6 LCSP, sin carácter exhaustivo, un elenco de características ambientales y sociales a las que podrán referirse los criterios de adjudicación.

Así, las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Por su parte, las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

⁴⁸ ATACP Madrid 3 de febrero de 2016, Madrid 6 de octubre de 2016, de 18 de enero de 2017 y 1 de febrero de 2017. ATACP Madrid de 19 de julio de 2017. En cuanto a los pronunciamientos judiciales citados por la recurrente y que avalarían su tesis, concretamente la Sentencia de 7 de junio de 2017, de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, este Tribunal no desconoce su existencia pero cabe citar igualmente la Sentencia de 30 de mayo de 2003, de la Sección Novena de esa misma Sala y Tribunal, que se pronunció a favor del Decreto 213/98, de 17 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que establecía medidas en la contratación administrativa de la Comunidad, para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en definitiva criterios objetivos de adjudicación de los contratos, en relación con la estabilidad en el empleo y la contratación de trabajadores minusválidos por encima del mínimo legal. [...]”.

⁴⁹ En detalle, GALLEGO CÓRCOLES I. (2017 a).

⁵⁰ El texto definitivamente aprobado es consecuencia de la aceptación de las enmiendas 366 del GP Ciudadanos, 1066 del GP Vasco (EAJ-PNV), 616, 619 y 800 del GP Socialista y de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 70, 96, 99 y 118 del GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 365 y 367 del GP Ciudadanos y 1064, 1065, 1067 del GP Vasco (EAJ-PNV), 435, 617, 621, 625 y 626 del GP Socialista.

⁵¹ Ciertamente es que, a diferencia del art. 53 Directiva 2004/18/CE, el art. 150.1 TRLCSP hacía referencia a criterios sociales de adjudicación en el articulado, al aludir a la «satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar». Se correspondía con el considerando 46 de dicha directiva y mostraba una mayor sensibilidad del legislador español hacia la introducción de criterios sociales.

Dadas las dudas aplicativas que hemos resaltado, la introducción de un elenco no exhaustivo –pero sí amplio– de criterios de adjudicación admisibles resultaba insoslayable para garantizar un mínimo de seguridad jurídica. En este sentido, interesa destacar que, confirmando la línea interpretativa del TACP Madrid, la mejora en las condiciones laborales de los trabajadores puede ser tomada en consideración como criterio de adjudicación. Y a mi juicio, es esta además la interpretación más pausable desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Como ha señalado ARROWSMITH⁵², la clara simetría establecida entre criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que establece la Directiva 2014/24/UE muestra la admisibilidad de este tipo de consideraciones sociales como criterios de adjudicación, siempre y cuando se refieren a la ejecución de la concreta prestación y no de otro tipo de actividades del operador económico. De esta forma, como señala la autora que seguimos en este punto, este tipo de criterios vinculados a las condiciones laborales estarían bien incluidos en el concepto de «prestación», bien habría que entender que el listado del art. 67.3 no es exhaustivo, tal y como por otro lado, se desprende tanto del tenor literal de dicho artículo como del considerando 92⁵³.

Por lo demás, en el largo elenco 145.6 LCSP se incluyen algunos criterios que ya habían sido objeto de controversia. Por ejemplo, se aclara que los criterios pueden referirse al fomento de la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato⁵⁴. Del mismo modo, se confirma la validez de criterios de adjudicación relativos a la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción⁵⁵ y a la estabilidad en el empleo⁵⁶. También se aclara que los criterios de adjudicación pueden valorar la existencia de planes de conciliación, cuestión que había sido objeto de resoluciones contradictorias⁵⁷. Especial relevancia tiene la alusión a «la mejora de las condiciones laborales y salariales», que permite disipar las dudas suscitadas entorno a la posibilidad de valorar los compromisos de mantenimiento de las condiciones salariales fijados en convenios colectivos de carácter sectorial, admisibles siempre que se respete el Derecho social europeo, en los términos que señalaremos más adelante.

Finalmente, la Ley no establece ejemplo alguno de criterios de adjudicación que valoren la innovación. Como ejemplos de este tipo de criterios se pueden citar: mayor ahorro energético futuro derivado de la solución de innovación; mejora en el medioambiente (uso de materias primas, uso de agua, emisiones, residuos, reciclabilidad, etc.) como consecuencia directa de la solución de innovación; propuestas de desarrollo de actividades de I+D en colaboración con otros operadores económicos, como Universidades y Centros Tecnológicos⁵⁸. Como puede advertirse, en más de una ocasión este tipo de criterios estarán estrechamente vinculado con otras políticas sectoriales.

3.3. Los límites a la introducción de consideraciones estratégicas como criterios de adjudicación

El art. 145.5 LCSP establece los requisitos que debe cumplir todo criterio de adjudicación, tenga carácter estratégico o no. Pues bien, al margen de dichos condicionantes, los límites que en la práctica suscita de manera recurrente la utilización de criterios sociales y ambientales son los siguientes: vinculación con el objeto

⁵² ARROWSMITH S. (2014): *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and MaxWell, Tercera Edición, 2014, págs. 746. Enfatiza igualmente el carácter simétrico de la regulación BORDALO FAUSTINO P. (2014): “Award Criteria in the New EU Directive on Public Procurement”, *PPLR*, núm. 23, págs. 130-131.

El paralelismo entre criterios de adjudicación y condiciones de ejecución, en todo caso, está igualmente claramente establecido en los considerando 93, 97 y 99.

⁵³ En efecto, en dicho considerando se alude expresamente a que «en el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y mediambientales».

⁵⁴ La validez de un criterio de este tipo fue negada por RTACRC de 27 de julio de 2017, que no encontró el nexo de unión suficiente con el objeto del contrato. Por su parte, el ATCP Navarra de 8 de agosto de 2016 consideró ilegal un criterio de adjudicación que valora la presencia de mujeres en el equipo técnico que va a desarrollar el trabajo. Sobre la posibilidad de incorporar criterios de adjudicación vinculados a la igualdad de género, vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P., “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública” en la obra colectiva ya citada *Contratación Pública Estratégica*, págs. 329 a 368.

⁵⁵ La validez de un criterio tal fue admitida por la RTACP Madrid de 10 de mayo de 2017 y por ATAPC Aragón de 30 de agosto de 2016 (rec. 72/2016). No es admisible sin embargo para la TACRC 27 de julio de 2017.

⁵⁶ Sobre la validez de un criterio de adjudicación que toma en consideración la conversión de todos los contratos temporales de todas las personas trabajadoras afectas a la prestación del servicio en indefinidos o compromiso de mantener la totalidad de los contratos como indefinidos durante toda la ejecución del contrato, si todos los contratos suscritos por la entidad licitadora ya son indefinidos, vid. RTACP Madrid de 6 de octubre de 2016.

⁵⁷ La admisión de un criterio de adjudicación tendente a valorar la existencia de un plan de conciliación social resulta más controvertida. Ha sido admitida por el ATACP Madrid 3 de febrero de 2016.

⁵⁸ Vid. la citada *Guía 2.0 para la Compra Pública de Innovación* (2015) pág. 58.

del contrato, respeto a las políticas empresariales, repercusión en la calidad de la prestación y salvaguardia del principio de proporcionalidad. Al examen de estos cuatro límites dedicaremos las siguientes líneas.

La incorporación de una cláusula de tipo estratégico como criterio adjudicación exige una la vinculación de ésta –no necesariamente material– con el objeto del contrato. De esta forma, las políticas de responsabilidad medioambiental o social de la empresa no pueden ser objeto de valoración en la fase de adjudicación⁵⁹.

Desde el punto de vista de la necesaria vinculación con el objeto del contrato de un criterio ambiental es ineludible la cita a la STJUE de 4 de diciembre de 2003, *Wienstrom*, as. C-448/01), en la que se declaró que el concreto criterio de adjudicación analizado relativo al suministro de energía verde no se refiere a la prestación que es objeto del contrato, sino a cantidades que los licitadores suministraron o van a suministrar a otros clientes distinto de la entidad adjudicadora. Por ello, no se considera válido (apartado 67).

En relación con la necesaria exigencia de vinculación con el objeto del contrato, la RTACRC 24 de abril de 2015 (rec. 265/2015) anula un criterio de adjudicación consistente en la declaración de puestos de trabajo, ya que no se adivina cuál es la relación con el objeto de la prestación del volumen de la plantilla del licitador. Por la misma razón, RTARCJ Andalucía de 18 de febrero de 2016 (rec. 46/2016) declara nulo el criterio «Compromiso con el desarrollo de la economía social»⁶⁰. Finalmente, la RTACRC de 5 de mayo de 2017 (rec. 408/2017) ha anulado un criterio de adjudicación que consistía en otorgar 0,5 puntos a aquellos licitadores que acreditasen ser firmantes del Pacto Mundial de Naciones Unidas.

Otro límite que se ha reiterado es la prohibición de introducción de aquellas cláusulas que supongan una injerencia indebida en la política empresarial de la empresa⁶¹, criterio, en todo caso, que encierra la aplicación de un concepto que se nos antoja ciertamente indeterminado, ya que estas medidas precisamente pretenden influir en las políticas empresariales. No obstante, como expresivo ejemplo de la virtualidad de este límite puede citarse la doctrina ya consolidada que considera inválido el criterio de adjudicación relativo al compromiso de subrogación de los trabajadores de la contratista saliente, criterio que se reputa resultaría contrario a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos⁶².

Por lo demás, un tercer elemento que con frecuencia se exige para la inclusión de los criterios estratégicos es su repercusión en la calidad de la prestación. Pero a mi juicio, en aquellos supuestos en los que con mayor frecuencia surge este debate –una vez más, en relación con la inclusión de criterios sociales– la utilización de este requisito como límite puede empañar el debate. Y es que en más de una ocasión la vinculación del criterio social con el incremento directo en la calidad de la prestación es más que forzada⁶³. El criterio estratégico no siempre repercutirá con la misma intensidad en la mejora funcional de la concreta prestación. Lo que deben añadir este tipo de criterios siempre es una mayor calidad en la contratación, entendida en términos amplios. En este punto, es difícil expresar la vinculación entre criterio estratégico y la calidad de la contratación de una forma más sugerente a la reflejada en las conclusiones de la Abogado General Kokott⁶⁴ en el asunto c-368/10, que, como se recordará se refería a un supuesto de valoración de la etiqueta de comercio justo. Según estas conclusiones, «aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social».

Finalmente, en determinados Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, la admisibilidad de la cláusula social se vincula al respecto al principio de proporcionalidad, que se traduce en la exigencia de que el criterio en cuestión no tenga un valor ponderado excesivamente amplio⁶⁵. Se

⁵⁹ Así, el considerando 97 afirma que: «la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa».

⁶⁰ Este criterio se contenía dos subcriterios: Entidades o empresas participadas mayoritariamente por sus trabajadores: 10 puntos. Entidades o empresas donde las diferencias salariales no superen 2 veces el mayor salario sobre el menor salario: 10 puntos.

⁶¹ Vid. por ejemplo ATAPC Aragón de 30 de agosto de 2016.

⁶² Vid. STSJ Madrid 23 de febrero de 2011, SSTS de 25 de enero de 2013 y de 23 de enero de 2017. Vid. igualmente RTACP Madrid de 14 de julio de y RTACRC de 1 junio de 2017.

⁶³ A mi juicio, precisamente la exigencia de una vinculación directa entre el criterio estratégico y la calidad de la prestación es el origen de la doctrina sobre la admisibilidad de los criterios sociales que de forma tan restrictiva está elaborando el TARC. Vid. GALLEGO CÓRCOLES (2017 a).

⁶⁴ Conclusiones presentadas el 15 de diciembre de 2011.

⁶⁵ Resolución del TACRC 21 de abril de 2017 para la que «dentro del valor de los subjetivos, la reserva de 20 puntos para la calidad en el empleo resulta notablemente superior al otro, el plan de trabajo para la prestación del servicio y supone también un por-

trata en todo caso de un condicionante que no se exige de forma unánime por los Tribunales de Recursos Contractuales⁶⁶. La necesidad de que los criterios de adjudicación respeten el principio de proporcionalidad se recoge ahora de forma expresa en el art. 145.5 c) LCSP. Y más allá de predeterminar un determinado porcentaje del criterio estratégico en cuestión, a mi juicio el respeto a este principio en cada procedimiento de licitación concreto dependerá tanto de su específica configuración como de la naturaleza de la prestación objeto de la contratación. Como se ha señalado⁶⁷, para evitar que un criterio resulte excesivo o proporcionado, los beneficios que se derivan de un criterio de adjudicación, en cuanto que éste permite identificar una oferta ventajosa para los intereses públicos, deben superar a los perjuicios que el mismo supone para la libertad empresarial. Dicho en los términos de la jurisprudencia europea, el criterio estratégico no debe producir una «distorsión injustificada»⁶⁸.

Así, por ejemplo, se ha destacado que no existe un máximo fijado para la ponderación que debe asignarse a los criterios de adjudicación de carácter medioambiental. Sin embargo, habrá que tener en cuenta la no duplicación de ninguna evaluación que ya se haya realizado en la fase de selección⁶⁹. En este sentido, Comisión Europea recomienda que deba considerarse: a) cuán importantes son los objetivos medioambientales para el contrato, en comparación con otras consideraciones como el coste y la calidad general; b) la medida en que estas consideraciones se abordan mejor en los criterios de adjudicación, como complemento o en lugar de especificaciones, criterios de selección y cláusulas de ejecución del contrato; c) cuántos puntos correspondientes a la fase de adjudicación puede «permitirse» asignar del órgano contratante. Ello variará según los productos/servicios y las condiciones del mercado⁷⁰.

En definitiva, no existe un planteamiento abstracto que permita *a priori* determinar el valor de ponderación máximo que pueda atribuirse al criterio de adjudicación estratégico, de forma que éste sólo podrá hallarse tras un detenido análisis que, entre otros factores, habrá de tomar en consideración su aptitud para conseguir el objetivo perseguido en el marco de la contratación proyectada.

4. LA OBLIGADA INTRODUCCIÓN DE CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE TIPO ESTRATÉGICO

4.1. Experiencias previas: la difícil inteligencia de los límites impuestos por el Derecho social europeo al empleo de condiciones de ejecución de carácter social

Una herramienta con gran potencialidad para lograr objetivos secundarios en la contratación pública es el establecimiento de obligaciones concretas de cara a la ejecución del contrato. De hecho, el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE ya establecía que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales

centaje muy alto de la puntuación total que puede resultar determinante para la adjudicación del contrato». ATAPC Aragón de 30 de agosto de 2016.

⁶⁶ Vid. ATACP Madrid de 18 de enero de 2017. Los criterios valorables automáticamente eran los siguientes: precio (10 puntos sobre 75), aplicación del convenio estatal durante toda la vigencia del contrato (25 puntos sobre 75) mejora del sistema de remuneración –que incluía el abono del salario en los tres primeros días del mes e incrementos retributivos respecto al convenio estatal (25 puntos sobre 75) y bolsa de horas adicionales (15 puntos). En los términos de la resolución, «[...] en cuanto a la pretendida desproporción de la puntuación alegada incluso si la puntuación otorgada a los criterios mencionados pudiese llevar a considerar que en su aplicación podría convertirse realmente en una condición de ejecución, también como condición de ejecución, este tipo de criterios han sido doctrinalmente admitidos como reconoce expresamente la recurrente».

Vid. igualmente ATACP Madrid de 6 de octubre de 2016 y ATACP Madrid 3 de febrero de 2016.

⁶⁷ DOMENCH PASCUAL, G. (2012): “La valoración de las ofertas en el Derecho de los Contratos Públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 30.

⁶⁸ La ya citada Sentencia *Wienstrom* el TJUE considera que la atribución de un coeficiente de ponderación del 45 % al criterio de adjudicación ambiental «suministro de energía a través de fuentes renovables» no es en sí misma incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública. El límite a la introducción de este tipo de criterios es que no exista una «distorsión injustificada». Y para descartar que en este supuesto esta distorsión se produce constata: a) que se da prioridad al criterio que puede expresarse en cifras, puesto que al criterio del precio se le atribuye un coeficiente superior en diez puntos al atribuido al criterio ambiental; b) que el criterio es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir; c) que la importancia del objetivo perseguido está reconocida por el Derecho de la Unión Europea, en concreto en la Directiva 2001/77.

⁶⁹ ALONSO GARCÍA C. (2017), “Contratación pública ecológica”, en GAMERO CASADO/GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch (en prensa).

⁷⁰ *Manual de Adquisiciones...*, pág. 45. Se señala así que por ejemplo, si el grado de variación de los precios relativos a un producto es bajo, pero el rendimiento medioambiental varía enormemente, tiene sentido asignar más puntos para evaluar las características medioambientales.

en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, en clara recopilación de la doctrina de la sentencia *Beentjes*. Además, añadía el precepto, «las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a las consideraciones de tipo social y medioambiental». En este sentido, se ha afirmado que condiciones de ejecución del contrato constituyen, generalmente, la etapa más apropiada del procedimiento para incluir aspectos sociales relacionados con cuestiones de empleo y condiciones laborales de los trabajadores involucrados en la ejecución del contrato⁷¹.

Por todo ello, no dejó de sorprender que la STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, *Rüffert*, considerase incompatible con el Derecho de la Unión una condición de ejecución relativa al salario de los trabajadores que debía emplear la empresa adjudicataria. En efecto, la sentencia analiza si es compatible con el Derecho europeo la norma de un Land alemán según la cual los contratos de obras sólo podrán adjudicarse a las empresas que en la licitación se comprometiesen por escrito a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios. Pues bien, el Tribunal europeo consideró esa cláusula inadmisibles, ya que el art. 8 Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios sólo permite establecer salarios mínimos por referencia a convenios colectivos cuando estos tengan alcance general. Dado que el convenio aplicable en el asunto controvertido se refería exclusivamente a «Edificios y Obras Públicas», el TJUE concluye que no se trata de un convenio de tal naturaleza. De esta forma, el Tribunal al fijar el término de referencia –sector de la construcción, en lugar de sector de la obra pública– no opera, ni mucho menos, con excesiva generosidad. En definitiva, en la argumentación de la sentencia *Rüffert* no se emplea referencia alguna a la normativa sobre contratación pública, que probablemente hubiera permitido abordar esta problemática adoptando una solución distinta⁷². Baste recordar que el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE consideraba expresamente la normativa social aplicada como una regulación de mínimos⁷³.

Sea como fuere, la Directiva 2014/24/UE amplía la referencia a las condiciones de ejecución del contrato, ya que según el art. 70, «los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato en el sentido del art. 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo». Dado el tenor del precepto, podría resultar discutible que a través de la nueva Directiva se pretenda superar la doctrina establecida en la sentencia *Rüffert* y confirmada en la posterior *Bundesdruckerei*⁷⁴. Y es que la Directiva 2014/24/UE quizá empañe aún más el análisis de la posibilidad de exigir el cumplimiento de todo tipo de convenios colectivos –y no sólo los generales– a través de la inclusión de condiciones de ejecución, ya que desaparece la mención al carácter de normativa

⁷¹ *Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública*. SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010.

⁷² Comparto en este punto las consideraciones en este punto realizadas por MEDINA ARNAIZ (2013: 229 y ss).

⁷³ En concreto, el considerando 34 de la Directiva afirma literalmente que: «las leyes reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al Derecho comunitario. Para las situaciones transfronterizas, en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otro Estado miembro para la realización de un contrato público, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, enuncia las condiciones mínimas que han de respetarse en el país de acogida en relación con dichos trabajadores desplazados».

⁷⁴ La STJUE de 18 de septiembre de 2014, as C-549/13, analiza si es compatible con el Derecho de la Unión determinada norma alemana que impone a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometan a pagar al personal que ejecute las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo. La controversia surge ante la decisión de determinado órgano de contratación de exigir esta condición a un operador económico que tiene intención de subcontratar la ejecución del contrato a una empresa radicada en Polonia, lugar donde exclusivamente va a realizarse la prestación.

El TJUE concluye que en una situación en la que un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa. La doctrina contenida en esta sentencia se ha incorporado al cdo 38 de la directiva, según el cual debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características. Cuando los servicios que se presten a distancia, por ejemplo, servicios prestados por centros de atención telefónica, debe considerarse que dichos servicios se prestan en el lugar en el que se realizan los servicios, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan los servicios.

En el ámbito del Derecho interno, vid. RRTARCM 12 de junio de 2015 (rec. 83/2015 y 84/2015).

de mínimos que la Directiva 96/71/CE tenía en el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE⁷⁵. Sobre esta cuestión, se insiste en el considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE.

No obstante, la posterior, la STJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, asunto C-115/2014 permite una interpretación más generosa del nuevo marco legal. Esta sentencia consideró admisible una condición de ejecución relativa a salarios mínimos, fijada por una disposición legal para todos los contratos públicos en el ámbito territorial de un determinado Land. Aunque la sentencia encierra ciertas ambigüedades, de la misma puede advertirse también una tendencia a la superación de la que se ha llamado «jurisprudencia comunitaria antisocial» del bienio 2007-2008 en la que se incluiría la sentencia *Rüffert*⁷⁶. De especial importancia es su apartado 65, según el cual, «la limitación del ámbito de aplicación de la norma nacional a los contratos públicos es la mera consecuencia del hecho de que existen normas de Derecho de la Unión que son específicas en este ámbito, en el presente caso las previstas en la Directiva 2004/18»⁷⁷. A partir del mismo se puede defender la posibilidad de establecer unas condiciones laborales más exigentes en el ámbito público.

En nuestro Derecho, en un primer momento este tipo de dificultades interpretativas se plantearon en relación con dos normas reglamentarias que, a través de la utilización de cláusulas sociales, pretendían contrarrestar los efectos de la reforma laboral, en especial las facilidades dadas para los «descuelgues laborales» ex art. 83.2 ET. En concreto se trata de la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral, aprobada por las Juntas Generales de Gipuzkoa⁷⁸, y de la Norma Foral 1/2014, de 12 de febrero, aprobada por las Juntas Generales de Álava para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral. Ambas normas incluyen contenidos muy similares. Y mientras la segunda de estas normas es anulada por motivos competenciales (STS de 23 de mayo de 2016, rec. 1383/2015)⁷⁹, la STS de 2 de junio de 2016 (852/2015), confirma la legalidad de la primera. En este sentido la sentencia considera que no se ha justificado por qué ha de impedir la libre competencia la inclusión en los pliegos de los contratos de cláusulas sociales a que alude la norma foral ni las condiciones derivadas del convenio del lugar, aplicable como regla⁸⁰.

En el ámbito de la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, han existido igualmente divergencias interpretativas. Así, la RTACP Aragón de 14 de julio de 2016 (Rec. 64/2016) admite la legalidad de la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato⁸¹ y en una línea similar, ya que considera válida la exigencia de aplicar el convenio colectivo estatal de referencia se ha pronunciado la RTACR Madrid de 5 de julio de 2017 (rec. 179/2017). Considera inválida dicha cláusula, sin embargo, la RTACRC de 21 de julio de 2017 (rec. 553/2017).

Por lo demás, otra cuestión que se ha planteado con carácter recurrente es la posibilidad de que los pliegos imponga como condición de ejecución la subrogación del personal de la adjudicataria saliente, cues-

⁷⁵ Así, según el considerando 37 de la nueva Directiva, «las medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros».

⁷⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2016), «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de su «legitimidad» al de sus «límites», *Temas Laborales*, 135. pág. 88.

⁷⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2016: 86). En el mismo sentido, VÁZQUEZ LACUNZA E. (2016), «El pago de un salario mínimo como condición especial de ejecución en los contratos públicos. Comentario a la STJUE en el caso *Regio Post*», *Contratación Administrativa Práctica*, 146. En relación con dicha sentencia, vid. igualmente MORCILLO MORENO J. (2016), «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48.

⁷⁸ Mediante esta norma se exige a todos los contratistas y subcontratistas que en la ejecución del contrato respeten las condiciones de trabajo establecidas en el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios que los revisen (art. 5). Esta previsión supone que deben respetarse los costes salariales. De hecho dicha norma establece como parámetro para que las ofertas sean consideradas desproporcionadas que la cuantía del precio ofertado sea inferior a dichos costes.

⁷⁹ Señala la sentencia que parece claro que al encontrarnos ante una disposición de carácter general es evidente que la normativa que se contiene en la disposición objeto de recurso no es una simple aplicación de la normativa contractual por parte de las Juntas Forales de Álava sino ante un desarrollo de la legislación básica del Estado para lo que la competencia corresponde exclusivamente a la Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 11.1.b del estatuto de Autonomía del País Vasco, en tanto que los Territorios Históricos sólo tiene competencia para desarrollar la legislación básica del Estado en aquellas materias que tienen competencia exclusiva, con exclusión competencial de la Comunidad Autónoma, artículo 7.d Ley 27/83 de Territorios Históricos y Disposición Adicional Segunda de la LBRL.

Previamente, la STS de 25 de noviembre de 2015 (rec. 3405/2014) había confirmado la invalidez de la Instrucción del Consejo de Gobierno de la diputación de Vizcaya de 29 de octubre de 2013 sobre Criterios de Mantenimiento de las Condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su aplicación en los procedimientos de contratación.

⁸⁰ La anulación de determinados aspectos de la norma que no afectan en lo esencial a los límites de este estudio, no obstante, fue confirmada 31 de mayo de 2016 (rec. 850/2015).

⁸¹ Vid. Igualmente Informe JCCA Aragón 16/2014.

ción que ha sido zanjada por la STS de 23 de enero de 2017 (rec. 18754/2015) que considera inválida dicha posibilidad⁸².

Finalmente, en otras ocasiones la condición de ejecución incide en las contrataciones que eventualmente deba realizar la empresa para la ejecución del contrato. Así, la RTARC Andalucía de 23 de julio de 2015 (rec. 92/2015) admite la validez de una condición de ejecución que impone que en caso de que se produzcan nuevas contrataciones de personal, éstas deberán ser de mujeres hasta determinado porcentaje. Igualmente exige tanto la conversión de los contratos de duración determinada de personal objeto eventualmente de subrogación con carácter estable⁸³. Por su parte, la RTCPC Madrid de 6 de octubre de 2016 (rec. 219/2016) confirma legalidad de un pliego que establece como condición especial de ejecución que durante la ejecución del contrato la empresa adjudicataria deberá cumplir y acreditar para las nuevas contrataciones, bajas o sustituciones, que al menos el 30% de las mismas es indefinida.

4.2. La nueva regulación de la LCSP: la obligatoriedad de incluir en cada licitación condiciones de ejecución de carácter estratégico

Como ya hemos señalado, la visión estratégica de la contratación pública ha de integrarse necesariamente en todo procedimiento de contratación (art. 1.3 LCSP). También hemos destacado que este mandato se concreta en el art. 202.1 LCSP⁸⁴, precepto que, de forma totalmente novedosa, establece como obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una condición que se refiera a consideraciones relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social⁸⁵. De esta forma, el legislador español adopta una óptica mucho más ambiciosa que la plasmada en la Directiva 2014/24/UE⁸⁶. Es preciso además destacar que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4 LCSP).

Por lo demás, de forma paralela a la regulación de los criterios de adjudicación, la norma introduce un elenco no exhaustivo de condiciones de ejecución ambientales y sociales que podrán incluirse en los procedimientos de contratación.

Así, señala el art. 202.2 LCSP que se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Por su parte, el art. 202.2 LCSP dispone que las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos re-

⁸² Sobre esta cuestión, en detalle, vid. HERNÁIZ SALGUERO (2017). Como explica dicha autora, no puede desconocerse que la imposición de una obligación tal puede suponer una importante desventaja competitiva para las pequeñas y medianas empresas que se hallan en peor condición para desarrollar determinadas políticas de personal.

⁸³ Vid. igualmente RTACRC Andalucía de 15 de julio de 2015 (rec. 93/2015).

⁸⁴ Este artículo no constaba en el proyecto de Ley. La Ponencia ha aprobado por unanimidad un nuevo texto en relación con este artículo en los términos del Anexo al presente Informe, como consecuencia de la aceptación de la enmienda 911 del GP Mixto-PDeCAT y de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 142 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 667, 668, 669, 670 y 671 del GP Socialista, 384 del GP Ciudadanos, 293 del GP de Esquerra Republicana y 912 del GP Mixto-PDeCAT.

⁸⁵ En todo caso, ha de advertirse que la redacción del segundo apartado del art. 202.1 no es especialmente afortunada, ya que introduce una remisión apartado 202.2 LCSP cuando hubiera sido preferible introducir una referencia directa a las condiciones de ejecución obligatorias. Y es que, como veremos en el art. 202.2 se mencionan «consideraciones económicas, relacionadas con la innovación», «de tipo ambiental» o «de tipo social», pero sólo se enumeran obligaciones relativas a los dos primeros tipos mencionados.

⁸⁶ Así, el considerando 123 de la Directiva afirma literalmente que «ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio».

El legislador de la Unión ya ha establecido unos requisitos de contratación obligatorios para la obtención de objetivos específicos en los sectores de los vehículos de transporte por carretera (Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (16)) y los equipos ofimáticos [Reglamento (CE) no 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (17)]. Por otro lado, la definición de métodos comunes para el cálculo de los costes del ciclo de vida ha progresado considerablemente».

En todo caso, como reconoce la Comunicación ya citada «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» (pág. 9), para conseguir resultados óptimos en contratación pública deben aplicarse de forma sistemática.

conocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

La mayor parte de estas condiciones de ejecución no resultan cuestionables, y de hecho algunas de ellas se recogen en el considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE⁸⁷. En todo caso, la condición que pudiera resultar más controvertida, según ha sido analizado *supra*, es la relativa al cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables. Y es que, según la nueva Ley, y en la línea que han venido manteniendo algunos tribunales de recursos contractuales autonómicos, es posible que el contrato proteja las condiciones laborales de los trabajadores destinados a la ejecución del contrato frente a las posibilidades de «descuelgue del convenio» que permite nuestra legislación laboral. En este sentido, interesa destacar que las tres enmiendas aprobadas en el Senado pretendían sustituir la dicción «convenios colectivos sectoriales» por «convenios colectivos aplicables» en tres preceptos diferentes, entre ellos en el artículo que estamos glosando. De hecho se argumentaba que no podría establecerse que una empresa haya de cumplir lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio⁸⁸. El posterior rechazo de estas tres enmiendas en el Congreso permite disipar cualquier género de dudas sobre el hecho de que en el ámbito de la contratación pública las condiciones mínimas que deben ser garantizadas a los trabajadores son las establecidas en el convenio sectorial y no en el convenio de empresa.

Frente a las dudas que se han podido suscitar, no creo que esta nueva regulación vulnere el Derecho europeo, como tampoco lo hacían, a mi juicio, el ATACP Aragón de 14 de julio de 2016 y la RTACR Madrid de 5 de julio de 2017 que admitían soluciones similares. Y ello por dos tipos de razones. En primer lugar, este tipo de cláusulas no sólo no limitan la competencia, sino que garantizan el principio de igualdad⁸⁹, ya que la ultra-actividad de los convenios produciría una alteración de las condiciones de la adjudicación, quebrándose a la vez el principio de equivalencia de las prestaciones. Pero en segundo lugar, dado nuestro contexto normativo, precisamente admitir que las empresas puedan abonar salarios por debajo del convenio sectorial vigente puede implicar una ventaja competitiva para las empresas nacionales difícilmente aceptable por el Derecho Europeo. Y es que sólo las empresas europeas que desplazasen trabajadores se verían obligadas a abonar como mínimo el salario del convenio sectorial correspondiente⁹⁰. Al margen de todo lo anterior, no puede olvidarse que la precarización de las condiciones laborales repercute negativamente en la calidad de la prestación⁹¹.

⁸⁷ Según éste, «condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional»

⁸⁸ Vid. Enmienda 255. Esta misma cuestión es la que se late en la enmienda 253, en relación con el establecimiento en el pliego de la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores establecida en el art. 122 y la enmienda 254, referente a presunción de temeridad de la oferta. Las tres enmiendas fueron rechazadas en el Congreso.

⁸⁹ Vid. En este sentido, vid. ATACP Aragón de 14 de julio de 2016 (Rec. 64/2016).

⁹⁰ Vid. art. 3 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁹¹ Sobre esta cuestión insiste la RTCPC Madrid de 6 de octubre de 2016 (rec. 219/2016). Se afirma así que el órgano de contratación ha puesto de relieve la existencia de circunstancias que pueden poner en entredicho la ejecución del contrato como consecuencia del bajo nivel salarial que se satisface a los trabajadores por debajo del precio del convenio del sector, explicando la peculiar situación

En todo caso, en relación con la nueva regulación de las condiciones de ejecución quizás el aspecto que resulte más criticable es el relativo a la regulación del incumplimiento de estas condiciones de ejecución, pues la posibilidad de establecer penalidades, resolver el contrato o establecer una prohibición para contratar ex letra c) del apartado 2 del artículo 71 dependerá de lo que establezcan a estos efectos los pliegos. Pues bien, la introducción de mecanismos de control y la regulación de las consecuencias del incumplimiento debiera ser un elemento preceptivo en todos los pliegos. Como señalara el IJCCA Aragón 1/2015, de 17 de marzo, resulta insoslayable que la cláusulas en cuestión incorporen los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida, debiéndose establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato. De otro modo, la efectividad de la cláusula quedaría a expensas de la buena voluntad del contratista.

5. LAS HERRAMIENTAS PROCEDIMENTALES AL SERVICIO DE LA INNOVACIÓN: EN ESPECIAL, LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

La Directiva 2004/18/CE, como se ha señalado, no emplea el término innovación. Frente a ello, el concepto de innovación aparece con reiteración en la Directiva 2014/24/UE, uno de cuyos objetivos, recuérdese, es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación. Todo ello en un contexto en el que la Comisión había puesto de manifiesto que a pesar de las oportunidades que ofrecía el marco legal europeo, distintos factores entre los que se encuentran la falta de incentivos, la aversión al riesgo, un conocimiento insuficiente y falta de capacidad de liderazgo llevaba a las autoridades públicas a ser muy cautas a la hora de incorporar soluciones innovadoras⁹². Y ello, pese al carácter central de la innovación en la Estrategia 2020.

La nueva Directiva, por tanto, pretende vencer las resistencias existentes. Y aunque la tarea de definir innovación no es en absoluto sencilla⁹³ su artículo 2.1.22 incorpora el concepto de innovación⁹⁴ que es definido como «introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo méto-

del sector de la seguridad en España, con reducción de los salarios en una media del 30% por mor del descuelgue del Convenio sectorial, a través de convenios que vienen siendo sistemáticamente anulados en la jurisdicción laboral.

A todo ello cabe añadir que la precariedad salarial, con carácter general es generadora de conflictos que pueden hacer peligrar la consecución del objeto del contrato y que en un momento de repunte de la actividad económica se produce aun otro efecto pernicioso en relación con la ejecución contractual, y es que la oferta de mejores salarios en otras empresas puede «vaciar» de personal contratos en ejecución, con la dificultad de sustituir el personal.

⁹² SEC (2011) 1585 final, 83. Vid. igualmente Comunicación de la Comisión *Iniciativa emblemática de Europa 2020, Unión por la innovación*, COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010, en cuya página 7 puede leerse que: «la lentitud de la normalización y la incapacidad de hacer un uso estratégico de la contratación pública desalientan la inversión privada en investigación e innovación e impiden que las ideas lleguen al mercado» (pág. 7). En la página 16 puede leerse «la contratación pública de productos y servicios innovadores es vital para mejorar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos, en un momento de restricciones presupuestarias. No obstante, en Europa son pocos los contratos públicos que tienen por objeto la innovación, a pesar de las oportunidades que ofrecen las directivas de contratación de la UE. Esto se debe a una serie de factores, como son: incentivos que van en favor de soluciones de poco riesgo; ausencia de conocimientos y capacidades con respecto a la contratación apropiada de nuevas tecnologías e innovaciones; y desconexión entre los contratos públicos y los objetivos de las políticas. Esta cuestión puede abordarse mejor mediante directrices e intercambio de las mejores prácticas, concretamente en el ámbito de la contratación pública verde. Por otro lado, como los mercados de contratación pública siguen estando fragmentados en toda Europa, a menudo los contratos no consiguen alcanzar la escala crítica necesaria para poner en marcha inversiones innovadoras».

⁹³ Como explican GRANIERI y RENDA (2012): *Innovation Law and Policy in the European Union: Towards Horizon 2020*, Springer, pág. 3, las definiciones clásicas de innovación –por ejemplo, el proceso a través del cual los individuos y organizaciones generan nuevas ideas y las llevan a la práctica– resultan demasiado estrictas, especialmente si se observa la dinámica peculiar de la innovación hoy y su probable evolución en los próximos años. Y es que los mercados y las formas de intercambio cambian continuamente, a menudo separándose de la cadena tradicional de actividades innovadoras que tenía lugar principalmente en universidades y en grandes laboratorios públicos y privados. Hasta tal punto, que ciertas corrientes escépticas sostienen que la innovación es hoy en día imposible de definir.

En este sentido, los autores (pág. 4) sostienen que una definición clara de innovación y de su papel en la economía moderna es esencial para el diseño de políticas inteligentes, sostenibles e innovadoras. Y proponen que la innovación se defina como la creación de un nuevo (o asignación eficiente de un existente) recurso que contribuya al progreso. Como explican, el primer elemento, el elemento ontológico se incluye en el sentido más amplio posible, dando cabida, entre otros, a la innovación generada por el usuario, proyectos industriales de I+D, inversión pública. El elemento teológico simplemente constata que un nuevo producto sólo será considerado innovación en la medida en la que contribuya al bienestar social a largo plazo, sin privar a la sociedad de recursos que podrían ser más útilmente asignado en otro lugar. De manera telegráfica, los principales rasgos de la innovación son la distribución eficiente y el progreso.

⁹⁴ Este concepto no ha sido objeto de trasposición en la LCSP.

do de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»⁹⁵.

En este contexto, una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE es la creación de un procedimiento de contratación específico que permite establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores. El nuevo procedimiento se caracteriza por abarcar tanto la fase de investigación y desarrollo como la de la adquisición de los resultados obtenidos, estructurando así un procedimiento competitivo específicamente diseñado para tal fin⁹⁶. De esta forma, la asociación para la innovación, en su primera fase (precomercial), se equipara a la una contratación precomercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorar– o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (suministros, servicios u obras resultantes)⁹⁷. Por ello, como se ha señalado, la asociación para la innovación⁹⁸ abarca tres etapas diferentes⁹⁹:

- a) El desarrollo del procedimiento de adjudicación de la asociación para la innovación que conduce a la elección del socio/socios que participaran en la fase de innovación.
- b) La fase de innovación en sí misma.
- c) La adquisición del resultado de la fase de innovación.

La LCSP dedica los artículos 177 a 182 regular la asociación para la innovación. Tal y como dispone el art. 177 LCSP, la finalidad del procedimiento es «la realización de actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores» y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, cuando se alcancen los niveles de rendimiento y los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes.

Ente las especificidades del procedimiento de adjudicación destaca el hecho de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la contratación el órgano de contratación determinará «la necesidad de un, servicio y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos,

⁹⁵ Para CERQUEIRA GOMES, P. (2014): “The Innovative Innovation Partnerships Under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review (PPLR)*, Issue 4, pág. 213] la definición del art. 31 de la Directiva –en el ámbito del procedimiento de asociación para la innovación– no coincidiría exactamente con la establecida en el art. 2.22, estableciendo así la norma dos definiciones distintas no siempre conciliables, ya que mientras en el segundo caso la definición sólo incluiría ontológica –creación de algo nuevo–, en la segunda se añadiría un elemento teleológico –contribución al bienestar social–. De esta forma, la Directiva crearía cierta inseguridad jurídica.

En mi opinión, añadir el elemento teleológico en el art. 31 de la Directiva hubiera sido reiterativo.

⁹⁶ Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por la Unión europea es preciso distinguir los contratos de servicios de investigación de los de adquisición de los resultados. En este sentido, en el ámbito de la Unión europea se entendió que el desarrollo de las actividades de investigación y desarrollo requiere más flexibilidad que la establecida en los rígidos procedimientos impuestos por el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC de forma que la Unión Europea ha excluido del mismo los contratos de servicios de investigación y desarrollo –pero no los contratos de suministro del producto/servicio desarrollado que eventualmente seguirían al mismo–.

⁹⁷ LOPEZ MIÑO, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.), *ob. cit.*, pág. 233. Y así en el art. 177 LCSP se distingue entre la fase de investigación y desarrollo, regida supletoriamente por las normas de contrato de servicios y la fase de ejecución de obras, servicios o suministros, regida por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de servicios que se trate. Y es que, en definitiva, el objeto de la asociación para innovación es complejo: por un lado comprende el propio de un contrato de servicios de investigación y, por otro, eventualmente, una obra, un suministro o servicio innovador que es el resultado del contrato de servicios anterior.

⁹⁸ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A. (2015): “Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la asociación para la innovación”, en el vol. col. J. M. GIMENO FELIU (Dir.), *Las nuevas Directivas de contratación pública*, Observatorio de Contratos públicos, Thomson Reuters Aranzadi; RODRIGUEZ BEAS, B. (2015): “La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 305-328. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P. (2017): “La Compra Pública de Innovación (CPI). El procedimiento de adjudicación de Asociación para la Innovación” en GAMERO CASADO/GALLEGO CÓRCOLES (dirs.) *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch (en prensa). BERNAL BLAY, M. Á. (2017): “Comentario a los artículos 177 a 182 de la LCSP”, en el libro de *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, (en prensa); HERNANDO RYDINGS, M. (2017): “El procedimiento de asociación para la innovación”, en *Estudio sistemático de la ley contratos sector público*, Aranzadi (dir.). J. M. GIMENO FELIÚ, Aranzadi (en prensa); TARDÍO PATO, J. A. (2016): “La Asociación para la innovación” como contrato y como procedimiento de adjudicación”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

⁹⁹ CERQUEIRA GOMES (2014: 212).

servicios y obras ya disponibles en el mercado». Es decir, frente a la compra ordinaria, donde se determina un concreto objeto, en este procedimiento se prevé una necesidad. Motivo por el que no existe un PTT clásico, sino un pliego de prescripciones funcionales¹⁰⁰.

Por lo demás, el desarrollo del procedimiento de adjudicación se caracteriza porque al igual que el procedimiento restringido, existe una fase de selección de candidatos. Los órganos de contratación podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, siendo tres el número mínimo (art. 178 LCSP). También existe una fase de negociación, en la que los candidatos presentarán sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir. Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mayor calidad-precio (art. 179. 2 LCSP). Es decir, el socio o socio que forme parte de la fase de investigación e innovación será elegido con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

En segundo lugar, tal y como se desprende del art. 180 LCSP, la fase de investigación e innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia lógica de las etapas del proceso de investigación e innovación. En el contrato o contratos que se suscriban con los socios que participen en ella se fijarán unos objetivos intermedios que deberán alcanzar y se proveerá el pago de una retribución en plazos adecuados.

Finalmente, concluidas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si los resultados obtenidos en ellas alcanzan los niveles de rendimiento y los costes acordados. Tras dicho análisis resolverá lo procedente acerca de la adquisición de las obras, servicios o suministros innovadores resultantes, que se realizarán en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el caso de que la asociación se hubiese estructurado con varios socios, la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre las base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego¹⁰¹.

Como ha destacado GIMENO FELIU¹⁰², pese a la potencialidad de este nuevo procedimiento, pueden seguir existiendo ciertas resistencias entre las que se pueden citar: el desconocimiento de beneficios económicos y sociales; la ausencia de claridad jurídica sobre las posibilidades de realizar la compra de innovación; la falta de información y de herramientas; la aplicación de criterios no uniformes; la falta de un intercambio adecuado de experiencias; la ausencia de profesionalización, y de apoyo político.

Ahora bien, la existencia de estas debilidades no puede implicar la renuncia a al fomento de la innovación a través de otros mecanismos procedimentales. Y es que las posibilidades de introducir innovación no se limitan a este procedimiento complejo y sofisticado, procedimiento que en principio sólo estará al alcance de los órganos de contratación más avezados en investigación e innovación.

Antes al contrario, la innovación puede integrarse en el día a día la contratación pública a través de distintas herramientas. De hecho, antes de elegir el concreto procedimiento a través del cual se quiera dar respuesta a una necesidad pública de forma innovadora, los órganos de contratación tendrán que tomar en consideración aspectos tales grado de conocimiento del mercado, si son necesarios trabajos de investigación y desarrollo, si las especificaciones pueden desarrollarse, si existe necesidad de adquirir la solución a escala comercial, el número de suministradores potenciales y la estructura del mercado, y el tiempo y los recursos disponibles para la licitación¹⁰³. Así, hay que tener en cuenta que, aunque con carácter tendencialmente «preprocedimental», la nueva Ley regula en el art. 115 las consultas preliminares al mercado, herramienta idónea la preparación de procedimientos innovadores en los que los poderes adjudicadores carecen de la experiencia o del conocimiento específico sobre la materia objeto del contrato¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vid. GIMENO FELIU J. M., (2017 b): "Public procurement as an strategy for the development of innovation policy" (en prensa).

¹⁰¹ Finalmente, el artículo 181.3 LCSP establece que cuando la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella sólo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros innovadores.

¹⁰² GIMENO FELIU J. M., (2017 b).

¹⁰³ En este sentido, resulta sumamente interesante el documento *Public Procurement Innovation Guidance for Public Authorities*, publicado por PROCUREMENT OF INNOVATION PLATFORM, disponible en https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf (fecha de consulta: 10-10-2017).

El documento considera cinco procedimientos relevantes para la compra pública innovadora: consultas preliminares al mercado, compra pública precomercial, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación.

¹⁰⁴ Vid. MIÑO LÓPEZ A. (2017): *Defensa de la competencia y contratación pública*, Como señala el autor, la contratación pública innovadora –contratación pre-comercial, compra pública de tecnología innovadora y asociación para la innovación– es la candidata más proclive a acudir a las consultas preliminares al mercado en todos y cada uno de los procedimientos.

Ahora bien, la potencialidad de esta herramienta no debe soslayarse de cara a la introducción de consideraciones ambientales y sociales en la contratación pública. Por ejemplo, puede resultar útil de cara a determinar si, en el ámbito de un procedimiento cualquiera,

De este modo, en función de los condicionantes mencionados, y del grado de desarrollo en el mercado de la eventual solución innovadora, el órgano de contratación tiene una serie de herramientas disponibles. Así, tras el carácter flexible con el que la LCSP formula los supuestos de utilización del procedimiento de licitación con negociación y del diálogo competitivo se esconde la pretensión de promover una más amplia utilización de los mismos de cara a favorecer la innovación (vid. art. 167 LCSP)¹⁰⁵. Es más, en el ámbito de este último procedimiento, la Ley española desarrolla la previsión de la Directiva 2014/24/UE, según la cual los poderes adjudicadores podrán prever primas o pagos para los participantes en el diálogo. Esta medida incentivadora del uso eficaz del diálogo competitivo, prevista ya en el Directiva 2004/18/CE, se reconocía en el art. 179.2 TRLCSP. Pero esta vez el legislador español no se ha limitado a recoger el tenor literal de la norma europea, lo que merece una valoración muy positiva, ya que como señalan TELLES y BULTER, el establecimiento de estas medidas de este tipo puede ayudar a que el diálogo competitivo sea un procedimiento más útil y fácil de emplear¹⁰⁶.

6. NOTA FINAL: LA INCORPORACIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES, SOCIALES Y DE INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN RETO QUE VA MÁS ALLÁ DE LO NORMATIVO

La nueva LCSP, adoptando un enfoque ostensiblemente más ambicioso que el establecido en la Directiva 2014/24/UE, remueve con decisión los obstáculos normativos que han dificultado la plena integración de las políticas de ambientales y sociales en la contratación pública. También apuesta por medidas orientadas al estímulo de la innovación desde el lado de la demanda y en este ámbito también introduce algún avance significativo respecto al marco europeo.

No obstante, el éxito de todas estas medidas no dependerá exclusivamente de la calidad de la norma, sino fundamentalmente del éxito en su ejecución. Y ello plantea desafíos que van más allá de lo estrictamente jurídico. Será preciso así que exista un alto grado de compromiso político, que se favorezca una contratación menos burocratizada y más profesional¹⁰⁷, y que se formulen estrategias de contratación claras¹⁰⁸. No debe desdeñarse la posibilidad de plantear reformas organizativas, dentro de un planteamiento holístico en el seno de cada organización¹⁰⁹. Y finalmente, la posibilidad de aprender de experiencias previas y de conseguir impactos significativos dependerá de la capacidad de evaluación de las iniciativas desplegadas¹¹⁰.

De hecho, la implementación de los Fondos de Inversión Local¹¹¹ demuestra que este tipo de iniciativas deben diseñarse con suficiente pericia. No puede afirmarse que esta experiencia haya resultado totalmente

resulta más idóneo incluir un requerimiento técnico ambiental concreto como especificación técnica o como criterio ambiental, decisión que dependerá en buena medida del número de empresas con capacidad para cumplir dicho requerimiento.

¹⁰⁵ En detalle, GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017 b): "Los procedimientos abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y dialogo competitivo", en GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi (en prensa).

¹⁰⁶ TELLES, P. BUTLER, L. (2014): "Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU" en LICHERE, CARANTA and TREUMER (eds.), *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Djof Publishing, pág. 114. Así lo demuestra la experiencia francesa, donde la legislación de transposición de la Directiva 2004/18/CE ya exigía este pago cuando el procedimiento de adjudicación conlleve «gastos significativos». Del mismo modo, la experiencia previa en Portugal, a través del procedimiento de licitación con negociación en los que los poderes adjudicadores abonaban hasta cierto valor de los costes de desarrollo de la oferta ha resultado satisfactoria.

¹⁰⁷ Vid. GIMENO FELIU (2014), *in totum*. Sobre ello vid. Recomendación de la Comisión de 3-10-2017, "Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública", C(2017) 6654 final. Entre las recomendaciones se encuentra facilitar y fomentar el pensamiento estratégico.

¹⁰⁸ Sobre este aspecto insiste la citada Comunicación «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», pág. 7. En relación con el ello, el art. 334.2 LCSP establece como uno de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública «utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación».

¹⁰⁹ Vid. el Estudio "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies" realizado a instancias de la Comisión Europea, diciembre 2015. Como se afirma en la pág. 98, la contratación pública estratégica comprende tres áreas de políticas públicas diferentes –compra ecológica, compra socialmente responsable y compra innovadora– que están vinculadas de múltiples formas. Sin embargo, muy a menudo dichas políticas se tratan como ámbitos diferenciados y en ello no se implica directamente a los órganos responsables de la contratación pública, que se sienten ajenos a estas políticas públicas.

¹¹⁰ Así, el estudio Estudio "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies" pone de manifiesto que la monitorización representa el área de mayor debilidad de la compra pública estratégica. Y aunque se llevan a cabo iniciativas en los distintos Estados Miembros, a menudo se realiza de forma irregular. De esta forma, es difícil obtener un marco preciso de los resultados de la contratación pública estratégica y aprender lecciones para el diseño de públicas.

¹¹¹ Como es sabido, el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprobaron créditos extraordinarios para atender a su financiación.

feliz y que el importante esfuerzo inversor realizado¹¹² haya producido los efectos deseados. El Tribunal de Cuentas ha tenido ya ocasión de analizar estos instrumentos a través de sus informes de 26 de septiembre de 2012, de 25 de abril de 2013 y de 24 de julio de 2014. Y entre otras críticas, se destacan errores de diseño del mecanismo normativo, como por ejemplo que no se exigiese que el criterio de creación de empleo valorase el número de trabajadores nuevos contratados respecto de días¹¹³. Se detectaron igualmente desviaciones a la baja entre el número de puestos de trabajo comprometidos en la adjudicación del contrato respecto a su ejecución real¹¹⁴. Finalmente, en la formulación de los criterios de adjudicación no siempre se respetó los principios de publicidad, transparencia y objetividad¹¹⁵.

La práctica demuestra así que una utilización inadecuada de las cláusulas estratégicas no sólo compromete la realización del objetivo político perseguido –en aquel caso, la creación de empleo–, sino también la realización de los principios de igualdad, transparencia y eficiencia (art. 1.1 LCSP de la Directiva). La contratación estratégica es transversal y obligatoria. Pero será preciso valorar cuidadosamente el objetivo a perseguir y elegir el medio idóneo, de forma que se tienda a lograr el deseable equilibrio entre los distintos fines y principios que el procedimiento de licitación ha de armonizar.

Por otro lado, la incorporación de cláusulas estratégicas exige que se realice el consecuente control del cumplimiento efectivo de la cláusula en cuestión durante la fase de ejecución. Y ello, independientemente de la fase en la que esta cláusula entre a formar parte del contenido obligacional pactado. Porque de otro modo, durante la fase de licitación no se llevará a cabo una competencia real, sino meros juegos de ilusión y artificio. De nada sirve el respeto escrupuloso en la fase de adjudicación de los principios de igualdad y transparencia si, tras la conclusión del procedimiento, el cumplimiento de lo ofertado por el licitador (o de lo exigido por el poder público) queda al albur del adjudicatario.

No pretenden estas últimas consideraciones restar valor a la valiente configuración de la vertiente instrumental de la contratación pública como elemento estructurante de la LCSP. Sólo intentan mostrar la complejidad del camino hacia el que la nueva norma dirige la contratación para que pueda transitarse por él con la suficiente seguridad, impulso y decisión.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 13/2009, creó el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

¹¹² En virtud del Real Decreto Ley 9/2008 se dispusieron de un total de 11.000 millones de euros con cargo al presupuesto de 2008. El Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local se dotó con 5.000 millones de euros.

¹¹³ Así que otorgó mayor puntuación a aquellos proyectos que preveían contratar un mayor número de trabajadores nuevos independientemente del número de días.

¹¹⁴ Por ejemplo, en el último de los informes citados se destaca que la estimación inicial de los ayuntamientos del volumen de mano de obra a emplear en la ejecución de los proyectos fue muy inferior al compromiso que posteriormente adoptaron las empresas. Este hecho, se añade, fue consecuencia de la falta de concreción del dato de mano de obra que se debía aportar en la solicitud de la financiación y la inclusión, como estimación, del número mínimo de trabajadores que posteriormente se exigió a los adjudicatarios en los pliegos.

¹¹⁵ Vid. con más detalle, BERNAL BLAY M. A., “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” en PERNAS GARCÍA (2013), págs. 175 y ss. Igualmente, del mismo autor, “La contratación de desempleados para la ejecución de contratos públicos: Diez conclusiones de la experiencia del Fondo Estatal de Inversión Local creado por Real Decreto-Ley 9/2008”, diciembre de 2012, en www.obcp.es. Se mostró ya crítico con este mecanismo GIMENO FELIU J. M. (2010), “Contratación pública y crisis económica”, *El Cronista*, núm. 9.



Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017

Moisés Barrio Andrés

Letrado del Consejo de Estado

moises.barrio@consejo-estado.es / @moisesbarria

NOTA BIOGRÁFICA

Letrado del Consejo de Estado, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Administrativo. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Asesor de distintas Administraciones Públicas, en España y en Hispanoamérica, en materias de Derecho de Internet y Derecho Público. Secretario de la Revista Documentación Administrativa, del Seminario sobre la Reforma del Estado dirigido por el prof. Muñoz Machado y del Foro de Debate Jurídico. Especialista en Derecho de Internet y de las TIC, así como en Derecho Público económico y contratación administrativa. Es autor de múltiples publicaciones individuales y colectivas en el campo del Derecho de Internet, propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho Público económico. Su último libro publicado es *Fundamentos del Derecho de Internet* (Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017).

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS NUEVOS CONTORNOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el contrato de «concesión de obra pública» es aquel en cuya virtud el contratista realiza las prestaciones propias de un contrato de obras percibiendo como contraprestación el derecho a explotar la obra, y en su caso, un precio. Esta figura contractual¹ nace con la finalidad de lograr interesar a la iniciativa privada en la ejecución de obras e infraestructuras que, por su elevado coste económico, suponen una gravosa carga para el Erario público. En este contexto, las Administraciones Públicas se ven obligadas a conciliar el rigor derivado de los objetivos y condicionamientos macroeconómicos de la Unión Europea², con la necesidad de completar o, en su caso, ampliar las redes de obras e infraestructuras públicas, siendo así que en la búsqueda de nuevos instrumentos financieros y de gestión aparece como una necesidad el recurso a la participación y al capital privado.

¹ Sobre la misma, vid. P. GARCÍA GARCÍA, *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1979; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Cívitas, 2003; A. EMBID IRUJO, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Navarra: Aranzadi, 2004; A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*. Madrid: Cívitas, 2006; A. CASARES MARCOS, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*. Madrid: Montecorvo, 2007; F. PUERTA SEGUIDO, *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: La Ley, 2009; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Cívitas, 2010; o D. BLANQUER CRIADO, *Los contratos del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

² Sobre estas transformaciones, vid. M. BARRIO ANDRÉS, «La nueva actividad regulatoria de la Administración», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1/2018.

Los orígenes del contrato de concesión de obra pública, y prescindiendo de antecedentes históricos más remotos como la ejecución y explotación de obras públicas hidráulicas en el Canal Imperial de Aragón en 1538, pueden rastrearse en la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por el Real Decreto de 10 de octubre de 1845. Esta norma estableció una regulación mínima inicial de la figura. Después, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 la reguló con un mayor detalle, pero también de forma insuficiente.

Sin embargo, en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 se omitió su regulación, aunque la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión restauró esta figura pero con carácter sectorial, reservándola a las autopistas en régimen de peaje. Habrá que esperar a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas para su tímida recuperación con carácter general, aunque el régimen se limitaba a establecer, en síntesis, determinados requisitos en materia de publicidad y concurrencia por imperativo de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, sin ocuparse de instituir un régimen integral. Será finalmente con la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, cuando esta modalidad contractual adquiera carta de naturaleza definitiva. Asimismo, una especie de este tipo de contrato lo constituye el contrato de concesión de obras hidráulicas destinadas a la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico, regulado en los artículos 133 a 135 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Por su parte, el Consejo de Estado³ ha desempeñado un papel destacado en la reforma de la legislación sobre contratos públicos. En el ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado ha participado en el procedimiento de elaboración de las normas jurídicas a través de las cuales dicha reforma se ha forjado, destacando a este respecto el dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y el dictamen 1.115/2015, de idéntica fecha, relativo al Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Del mismo modo, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de llamar la atención en diversas ocasiones sobre las transformaciones del concepto de contrato de concesión de obra pública. Lo hizo ya en los dictámenes 923/1997, de 5 de junio, 3.375/2001, de 5 de diciembre, 3.205/2003, de 20 de noviembre, 635/2005, de 5 de mayo, o 660/2014, de 17 de diciembre, y lo ha realizado de nuevo en 2016 al emitir los señalados dictámenes de 10 de marzo de 2016 que tuvieron como objeto los precitados anteproyectos de ley de los comúnmente denominados sectores excluidos y contratos del sector público respectivamente. A examinar su doctrina al respecto dedicaremos las próximas páginas.

II. LOS NUEVOS CONTORNOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

En el contrato de obras, el contratista construye la obra y la entrega por un precio a la Administración, quien la explota. En la concesión de obras, además de construirlas, el contratista la financia y explota durante un período, compensándose de la inversión por los precios que obtiene de los usuarios o de las cantidades abonadas por la Administración. Por ello, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes números 4.464/98, de 22 de diciembre y 3.375/2001, de 5 de diciembre) –y también han subrayado tanto la doctrina como la jurisprudencia–, este tipo de concesión tiene un *carácter mixto* en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un *tipo intermedio*. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra, y los segundos en la fase de explotación y conservación.

El artículo 14 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 (abreviadamente LCSP2017) define el contrato de concesión de obras. En concreto, en su apartado 1, se establece que «[l]a concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior

³ Sobre la posición vigente y papel actual del Consejo de Estado nos hemos ocupado en otro trabajo: M. BARRIO ANDRÉS, “El Consejo de Estado: institución de tradición y de progreso”, en J. M. BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

[que define el contrato de obras], *incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*».

La nueva regulación que contiene la recién publicada Ley de Contratos del Sector Público de 2017 presenta perfiles diferenciadores del contrato de concesión de obra pública clásica, cuyos orígenes modernos se detectan, según quedó ya apuntado, en la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por el Real Decreto de 10 de octubre de 1845. En efecto, en su configuración histórica, la explotación de la obra era la contraprestación que recibía el concesionario por su construcción y dicha explotación se hacía a su riesgo y ventura, si bien éste podía mitigarse –e incluso llegar a casi suprimirse– mediante la articulación de diversos mecanismos.

La regulación ahora promulgada altera estas dos reglas básicas tradicionales, como subraya el propio Consejo de Estado. En primer término, junto al hecho de que la explotación de la obra pueda ser la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción, la nueva regulación permite que la explotación sea el objeto mismo de la concesión. Esta configuración no era extraña a nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto estaba ya habilitada en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de concesión, pero no tenía carácter general.

La singularidad de que la explotación de la obra no sea sólo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción, sino que constituya su objeto mismo, tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha, sino que adquieren autonomía que la hacen partícipe de determinadas características de la concesión de los servicios. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que sólo cuando concluye adquiere algunos perfiles propios del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista. Esta característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté ni limitada por el valor de la obra pública construida, ni asegurada su compensación.

En esta última circunstancia, en que el concesionario de obra pública no tenga asegurada la recuperación de las inversiones hechas ni el pago de los costes en que haya incurrido, se concreta la introducción como elemento definidor de la figura inédita del llamado «riesgo operacional» (artículo 14.4 LCSP2017). Es esta la segunda alteración de las reglas básicas tradicionales.

En el concepto clásico, la concesión de obra pública pivota sobre su configuración como una *locatio operis* que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista, y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación; y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista. No obstante, el principio de riesgo y ventura –que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública– cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio económico de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica, como recuerda el dictamen 108/2017, de 1 de junio, en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquélla. Como consecuencia de ello, el equilibrio económico en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la «*honestá equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige*» (*Arrêt* de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Compagnie Générale Française des Tramways –arrêt Blum⁴*). El equilibrio económico despliega su eficacia en relación con ambas partes –frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del concesionario– como evidencian los hasta ahora vigentes artículos 258 y 282 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁴ Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>.

Ambas nociones –riesgo y ventura y equilibrio económico financiero– no son incompatibles. Antes al contrario, juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones; con una mayor intensidad en las de servicio público y mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas y, en una menor intensidad, en las de obra pública. En efecto, el equilibrio económico constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987.

Lo que no cabe en este esquema legal hasta hoy vigente, por tanto, es la inexistencia –de manera absoluta– del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de obras públicas, al decir *«la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación»*, y lo ha advertido el Consejo de Estado en varias ocasiones (entre otros, el precitado dictamen 3.375/2001, de 5 de diciembre y en los dictámenes de 10 de marzo de 2016). Y es que la supresión del riesgo y ventura *«ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido verse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo»* (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios.

En el esquema señalado, recuerda el Consejo de Estado, sin embargo el riesgo es compatible con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. El riesgo tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada. En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Pues bien, el esquema expuesto se ve radicalmente modificado en la regulación de la LCSP2017 a resultas de la incorporación de las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El artículo 2.1.a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como *«un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago»*.

El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como *«un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago»*.

Y el párrafo segundo del precepto añade que *«[l]a 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 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 desdénable».

Conforme con la Directiva –que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia (SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Eurwasser*, de 10 de marzo de 2011, asunto *Privater Rettungsdienst*, y de 10 de noviembre de 2011, asunto *Norma-A y Dekom*), con casos procedentes sobre todo de Alemania–, el rasgo diferencial que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia real del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del servicio, de modo que el concesionario pueda no recuperar la inversión realizada o no cubrir los costes de la explotación.

Las previsiones señaladas son incorporadas al artículo 14 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017; en especial, en sus apartados 3 y 4. El Consejo de Estado llamó la atención en su dictamen 1.116/2015 ya citado sobre el hecho de que las nuevas determinaciones trastocan la regulación hasta ahora vigente. Ésta hacía pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, la regulación recién estrenada va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el Derecho español –de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico-financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento– choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.

III. CONCLUSIÓN

Así las cosas, el Consejo de Estado, aun considerando adecuada la regulación proyectada en el entonces citado Anteproyecto de Ley –y ya por fin Ley publicada en el «BOE» de 9 de noviembre de 2017–, señaló que era conveniente establecer una regulación más detallada del contrato de concesión de obra pública; en especial, en lo tocante a la determinación del cálculo del riesgo de explotación debido a las dificultades apreciadas para fijarlo en diversos casos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse este Cuerpo Consultivo (v. gr. dictámenes 1.134/2015 y 1.135/2015, ambos de 12 de noviembre). Esta recomendación no se ha plasmado en el texto finalmente remitido a las Cortes Generales, pero el Consejo de Estado la ha reiterado en su Memoria de 2016⁵ con el fin de evitar dificultades interpretativas futuras.

⁵ Disponible en <http://www.consejo-estado.es/memorias.htm>.



Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos

Fernando García Rubio

Universidad Rey Juan Carlos – Ayuntamiento de Madrid

fernando.rubio@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Colegio universitario San Pablo-CEU año 1990. Doctor en derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Técnico de Administración General, rama jurídica, en diversos Ayuntamientos. Profesor de Derecho Administrativo del Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos, Ponente de numerosos cursos para personal directivo y funcionarios superiores diversas instituciones nacionales e internacionales. Autor de numerosos artículos en revistas como: “El personal laboral de las entidades locales tras la LRSAL”, *Cuadernos de derecho local* (2015); “La solución al «problema» de las Cajas de Ahorro, una visión comparada hispano-italiana”, *Actualidad administrativa* (2015). Autor y co-autor de libros: *La gestión urbanística en el estado autonómico*, monografía vinculada a la revista Aranzadi de urbanismo y edificación, Aranzadi, 2012; *La reforma del 2013 del régimen local español*, coord. por Juan Alfonso Santamaría Pastor (2014).

SUMARIO

I. Introducción. La regulación del contrato de concesión. Conceptos generales. II. La transferencia del riesgo económico como característica. III. Asunción de riesgo operacional y obligaciones de servicio público ¿se pueden otorgar subvenciones en los nuevos contratos de concesión?. IV. El papel de las denominadas obligaciones de servicio público. V. Los efectos de la nueva LCSP sobre la actividad «remunicipalizadora». VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. CONCEPTOS GENERALES

La aprobación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) supone la transposición al ordenamiento jurídico nacional del denominado tercer paquete de directivas comunitarias en la materia, que introduce un «novedoso» contrato de concesión, sobre el que (referido solo a algunos aspectos concretos generados en el Seminario celebrado en el INAP el 18 de octubre de 2017 pretendemos hacer alguna reflexión.

En concreto la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión (DOUE L 94, de 28-03-2014), cuyo periodo de transposición finalizó el 18 de abril de 2016 (tal y como recoge esta misma en su art 51.1) supone una importante variación de las determinaciones clásicas de las concesiones administrativas existentes en el derecho positivo hispánico, en buena medida ajenas a la regulación comunitaria hasta este momento, aunque tal y como

destaca HERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹ y recuerda el profesor HUERGO LORA en su artículo de esta revista, las incertidumbres en torno a la aplicación y alcance de estos principios llevaron a la Comisión Europea a abordar la problemática de las concesiones en dos *Comunicaciones interpretativas*: una específica sobre la aplicación del Derecho comunitario a las *concesiones*, que contempla las concesiones de obras y de servicios (tengan o no naturaleza contractual), de 24 de febrero de 1999, publicada en el DOUE de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02).

Estas comunicaciones debemos englobarlas dentro de la aspiración comunitaria para la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado, pero ello no implica, tal y como ha señalado PINTOS SANTIAGO², que no haya habido intentos por incluir las concesiones de servicios dentro del marco jurídico que regula el Derecho de la contratación pública comunitario. Así lo atestigua claramente la STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleausria y Teelfonadress*³,

No obstante son diversas las manifestaciones previas a la directiva por parte de las autoridades comunitarias, tal y como se encarga de desarrollar en su ponencia el profesor HUERGO LORA, lo que se ha ido plasmando en una doctrina ya consolidada a nivel europeo.

Así en la directiva se entiende por *contrato de concesión* todo contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes, o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya *contrapartida* es bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (considerando 11 y art. 5)

El Derecho comunitario utiliza por tanto un concepto de *concesión de servicios* más amplio que la noción de *concesión de servicio público*, que se refiere exclusivamente a la gestión de aquellos servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración y recogía el ahora derogado art. 8 TRLCSP.

Así la propia exposición de motivos de la LCSP indica que *en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior Texto Refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.*

Por su parte, la distinción entre *concesión de obras* y *concesión de servicios* no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de *contratos mixtos* (tal y como recoge el ya indicado HERNÁNDEZ GONZALEZ⁴, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1 de la directiva y 19 de la nueva LCSP).

La Directiva reguló el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre *concesiones con diversidad de objetos* (contratos mixtos) y *concesiones con diversidad de actividades*. el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) *contratos separados* para cada parte o actividad o; b) un *único contrato*, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva.

Esta fórmula no sólo se desvía de la jurisprudencia comunitaria previa a dicha regulación (por todas, STJUE de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, Asunto C-215/09, apartado 47) sino también de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, ex. art. 18.4).

¹ Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", Ponencia presentada al X congreso de la AEPDA, disponible en <http://www.aepda.es/congresos/ponencias> y "Las nuevas directivas de contratación pública" (ponencias sectoriales del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo), 2015, INAP-AEPDA, págs. 169-237.

² Jaime PINTOS SANTIAGO, "Las diferencias teóricas y los criterios diferenciadores de carácter práctico entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos con ocasión de la Directiva 2014/23/UE", *Revista Contratación Administrativa Práctica*; Jaime PINTOS SANTIAGO, *Contratación Administrativa Práctica*, Editorial LA LEY 8386/2014.

³ C-324/98, Rec. p. I-10770, que indica: «46. A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, "Propuesta de 28 de agosto de 1991"), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las "concesiones de servicios públicos" en el ámbito de aplicación de dicha Directiva».

⁴ Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, op. cit., pág. 178.

Uno de los principales objetivos de la directiva era, tal y como expone VILLALBA HERNÁNDEZ⁵ el introducir una nueva regulación en el ámbito de la Unión Europea del contrato de concesión de servicios con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica al sector. Hasta ahora las concesiones de obra se encontraban sujetas de forma parcial a la Directiva clásica de contratación pública, la Directiva 2004/18/CE34, mientras que las concesiones de servicios estaban sujetas exclusivamente a los principios del TFUE (artículos 43 a 49).

Otro importante objetivo es diferenciar el contrato de concesión del contrato público por el mayor riesgo que la operación implica; por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión. Para ello distingue la Directiva entre el «contrato de concesión» y el «contrato público», caracterizando al primero por la asunción por parte del concesionario de los riesgos y responsabilidades que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entidades adjudicadoras, señalando que la característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de carácter económico de la concesión,. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el objeto del contrato, la explotación del servicio, nota que también posee el contrato de servicios, sino la transferencia económica en la prestación del servicio al concesionario que en el contrato de servicios no existe.

La Ley al optar por sistematizar las tipologías contractuales ha recogidos como contratos «públicos» los de obras, servicios y suministros y como contratos de concesión las de obras y servicios.

Esta transferencia del riesgo en las concesiones viene a ser (con los matices que narra en su trabajo el reiteradamente citado HUERGO LORA) lo que en nuestro sistema interno conocemos como principio de «riesgo y ventura» del contratista en la ejecución del contrato administrativo, y que la Directiva y ahora la nueva LCSP conceptúan como «riesgo operacional de carácter económico».

De hecho la nueva LCSP se encarga, como su propio título indica, en incorporar a nuestro ordenamiento jurídico dichas disposiciones comunitarias, incorporando el ámbito de la gestión indirecta de servicios públicos, de manera plena, al ámbito subjetivo del derecho comunitario frente a la situación anterior⁶.

Por tanto independientemente del tipo y materia de la concesión y de las capacidades de las CC.AA, para el desarrollo de las indicadas bases, lo cierto es que existe un concepto y desarrollo legal de la concesión estatal, que la directiva mencionada anteriormente y ahora la LCSP vienen, al menos parcialmente⁷, a precisar.

Esta precisión se viene a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que en el momento de cerrar este trabajo se acaba de publicar.

Tras los trabajos de un grupo de expertos (tal y como narra GIMENO FELIU en su ponencia)que comenzaron incluso antes de la publicación de la directiva el 29 de enero de 2014 y muy diversos avatares (dictámenes del CES y del Consejo de Estado en la legislatura anterior, paralización por las circunstancias políticas de 2016 y finalmente aprobación del proyecto de Ley, que sufrió la presentación de 1085 enmiendas, de las cuales 975 fueron total o parcialmente transaccionadas) se procedió a la aproba-

⁵ Francisca VILLALBA HERNÁNDEZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA*, núm. 2 (Nueva época) julio-diciembre 2014.

⁶ Así por todas el Tribunal Constitucional en su STC 84/2015 de 30 Abr. 2015, Rec. 1884/2013, fundamento de derecho 6, que señala: *A este respecto, aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE (sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea (por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, Caso Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan) y Otros).*

⁷ Puesto que algunas de las concesiones y especialmente las demaniales, quedan fuera de su ámbito de aplicación y así sobre dichas exclusiones vid. nuestro trabajo GARCÍA RUBIO, Fernando: “La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España” publicada en el *Diario del derecho municipal*, lustel y en la web La Administración al día, del INAP, los días 5 y 6 de febrero de 2015.

ción por las Cortes generales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Así el artículo 15 de la Ley bajo la rubrica de *Contrato de concesión de servicios* indica:

1. *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*
2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*

Por tanto la gran diferencia entre las concesiones y los meros servicios regulados en el art 17 esta en la transferencia del riesgo operacional, esto es en la implicación sobre el futuro gasto público.

II. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO ECONÓMICO COMO CARACTERÍSTICA

Cabe resaltar que la Directiva dispone claramente que la característica principal de una concesión, el derecho de explotar el servicio, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional⁸ de carácter económico, tal y como se desprende de la determinación del último párrafo del art 5.º.1, lo cual puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador.

No obstante esa primera determinación, que se desprende de la lectura literal del texto, debemos considerar siguiendo a GIMENO FELIU⁹ que esta nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato.

La distribución de riesgos recae por tanto sobre el concepto de «*riesgo operacional de carácter económico*» que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. El riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados a una mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la calificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Debe entenderse como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recogió la Directiva la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09¹⁰, incluye en «el riesgo de explotación económica del servicio», que

⁸ Una aproximación general al concepto la tenemos en la obra colectiva “La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación”, FERNÁNDEZ LAVIADA, Ana (editora), Universidad de Cantabria-Ediciones 2010.

⁹ Jose María GIMENO FELIU, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 39-106 y en concreto pág. 97.

¹⁰ Ello nos lleva a la STJUE, de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, apartados 37 y 38, que lo define indicando que: «a este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, apartado 74]. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios».

Acudiendo entonces a la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08, ésta afirma que: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias *Parking Brixen*, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

implica según el art 15.2 de la Ley *el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior*, que son las referidas al contrato de concesión de obras.

Así del estudio de la jurisprudencia comunitaria podemos afirmar que ese riesgo implica:

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios,
- La insolvencia de los deudores por los servicios prestados,
- Que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, y
- La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

El adjetivo «operacional de carácter económico» que utiliza la Directiva, pero que la LCSP circunscribe a «operacional», permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato. El artículo 18 de la directiva establece que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Cuestión esta que el artículo 29 de la Ley resuelve con detalle reglamentario.

En cualquier caso los pliegos de la correspondiente licitación deben obligatoriamente comprender (entre otras cosas) la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista, tal y como preceptúa el art 285.1 c) de la LCSP.

Ello explica que la Directiva contemple el riesgo imprevisible al regular la modificación de la concesión, permitiendo dicha modificación si la necesidad deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever, siempre que la modificación no altere el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original adjudicada por un poder adjudicador.

En cuanto a que tipo de riesgos se encuentran dentro del riesgo operacional, podemos indicar por ejemplo el Informe 9/2016 de la JCCA de Cataluña, que aborda de forma muy concisa esta materia¹¹.

En similares términos se expresa la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10, Norma-A SIA, apartados 48 y 49, que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de Letonia en relación con la interpretación en el marco de un litigio sobre la atribución a una empresa de la concesión de servicios de transporte colectivo de autobús en una ciudad y en una comarca, cuando el Alto Tribunal indica que *«el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado; sin que sean determinantes a efectos de la distinción riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico, pues tales riesgos son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»*.

Así, por ejemplo, en la STJUE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, son calificados como contratos de servicios varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el INSALUD para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida dado que *«la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión»*, ya que cuando la explotación del servicio constituye la forma de retribución del adjudicatario, es evidente que éste asume el riesgo de explotación, tal y como veremos a continuación.

En definitiva y como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid: *«El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación»*.

¹¹ Así entiende que existen cuatro tipos de riesgos *Riesgo tecnológico*: «El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (de ahora en adelante, TRLCSP) al “riesgo tecnológico” se encuentra, en relación con los contratos de concesión de obra pública, en el artículo 128, apartado 2, en el cual se establece que el estudio de viabilidad de estos contratos tiene que contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre, entre otros aspectos, los “riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra” (letra f). En todo caso, y a pesar de que en el ámbito de la normativa de contratación pública no se contiene ninguna definición de “riesgo tecnológico”, se puede entender que este hace referencia, de la misma manera que sucede en otros ámbitos, al riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas y aplicaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología –por ejemplo, el riesgo de incremento de los costes de explotación y de mantenimiento de la infraestructura como consecuencia de la revisión y la adaptación a la normativa

Obviamente la actual regulación de la LCSP desplaza lo indicado por el Dictamen de la Junta consultiva catalana y el riesgo se corresponde al previsto en el art 14.4 de la Ley en relación con el 15.2 y así

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

No obstante, el artículo 43.4 de la directiva, apartado b, prohíbe forma expresa la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario, cuando no estaba previsto en la concesión inicial.

En el informe 4/2008, de 28 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que «los tres contratos sometidos al dictamen de esta Junta Consultiva no tienen la naturaleza jurídica de contratos de gestión de servicios públicos ni, en consecuencia, revisten la modalidad de concesiones toda vez que el riesgo de la ejecución de los mismos no es asumido directamente por el contratista». Por lo tanto, ya en el año 2008 para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pasan a ser determinantes en la correcta calificación de estos contratos la asunción de la organización del servicio y del riesgo y ventura derivados del mismo o, dicho en otros términos, la prestación del servicio y la explotación del mismo asumiendo el riesgo, criterio que viene a ser confirmado por el informe 65/2008, de 11 de marzo, de la misma Junta Consultiva: «resulta así que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el

sobre las instalaciones y los sistemas de seguridad; o el riesgo de que los activos utilizados dejen de ser los más adecuados para la prestación del servicio a lo largo de la duración del contrato, por mejoras técnicas alcanzadas en otros equipamientos».

Riesgo de disponibilidad: El TRLCSP únicamente hace mención en el artículo 136, relativo al clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, estableciendo que este clausulado tendrá que incluir necesariamente estipulaciones referidas a las «condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones». Es el «riesgo de no ser capaz de suministrar la cantidad pactada contractualmente o alcanzar la seguridad o los niveles certificados públicamente», correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato; y también como el «riesgo de no alcanzar los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, produciendo un fallo evidente del servicio». Asimismo, señala que la Administración no está obligada a asumir este riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una especie de penalización) sus pagos periódicos; que «los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo»; y que «la aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio y no ser puramente cosméticas o simbólicas».

Riesgo de demanda: Es el que cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado, que sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de estos servicios y, en cambio, surgiría de otros factores como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica. Además, se afirma que «la Administración asume el riesgo de demanda cuando se obliga a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio». El «riesgo de demanda» cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor de la esperada en el momento de la firma del contrato), con independencia del cumplimiento; «en otras palabras, un cambio de demanda no puede estar directamente y totalmente vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados, aunque los déficits cuantitativos y cualitativos en esta materia pueden tener un impacto en el uso efectivo del servicio y, en algunos casos, ejercen un efecto de desalajo. En cambio, el riesgo de demanda también puede ser el resultado de otros factores, como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales o la obsolescencia tecnológica. Ello debe considerarse como parte de lo habitual del 'riesgo económico' soportado por entidades privadas en una economía de mercado».

Riesgo de construcción: incluye acontecimientos relacionados con posibles dificultades en la fase de construcción y con el estado de los activos involucrados en el momento en que se empiezan a proporcionar los servicios y que «en la práctica, se relaciona con acontecimientos tales como el retraso en la entrega, el incumplimiento de las normas especificadas, los costes adicionales y cuestiones ambientales, deficiencias técnicas y efectos negativos externos (incluido el riesgo medioambiental) que genere pagos compensatorios a terceros».

contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio».

También, para el Alto Tribunal Europeo si no hay una traslación del riesgo y ventura al contratista no estaremos ante una concesión de servicios, sino ante un contrato de servicios. Lo anterior debe ser entendido en el sentido estricto no de que exista riesgo en el ejercicio de la actividad, sino en que si ese riesgo existe debe ser un riesgo que asuma por completo el contratista, que es lo que, como veremos a continuación, la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión y por tanto la LCSP de transposición han dado en definir por concepto de «riesgo operacional».

Como ya se apuntaba anteriormente, las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público de servicio han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, la Directiva 2014/23/UE vincula directamente la concesión al concepto de riesgo operacional. Esto es, la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento.

De este modo, indica Directiva en sus Considerandos 18 a 20 que la reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que pueden considerarse concesiones aquellos casos en que la remuneración del operador económico procede exclusivamente del poder adjudicador, siempre que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios, lo que viene a ratificar lo explicado posteriormente y contemplado por nuestro artículo de la LSCP.

Así, cuando la reglamentación específica del sector o servicio elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse en ningún caso concesión a efectos de la nueva Directiva, por que no se asume ese, al menos parcial, riesgo operacional.

Además y a efectos de qué entender por riesgo operacional, éste debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

En cualquier caso la Ley limita claramente la duración de estos contratos a los efectos de calcular el periodo en que asumir el riesgo, así el art 29.6 especifica que tanto en los contratos de concesión de obras, como de concesión de servicios su duración será limitada, calculándose en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del art 29.6, no podrá exceder, incluyendo las posibles prorrogas, de:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones sólo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290. No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente, o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en la Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

III. ASUNCIÓN DE RIESGO OPERACIONAL Y OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO ¿SE PUEDEN OTORGAR SUBVENCIONES EN LOS NUEVOS CONTRATOS DE CONCESIÓN?

Así para concretar el concepto de «riesgo operacional» deberemos de tomar la legislación positiva y teniendo en cuenta el origen de la LCSP, tomaremos los conceptos de la directiva de directa aplicación y lo previsto en la Ley.

Así como señaló el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, el resultado del diseño normativo de la Ley en este apartado es que *«la contratación de prestaciones de hacer diferentes de una obra o un suministro, solamente puede articularse a través del contrato de servicios, salvo que sobre el adjudicatario pese la asunción del riesgo operacional, en cuyo caso debe hablarse del contrato de concesión de servicios. A partir de las premisas de las Directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE, no parece factible concebir una figura contractual prestacional que escape a una u otra categoría»*.

Esta consecuencia es muy relevante en orden a determinar el régimen de prestación de los servicios públicos,, por cuanto todo servicio cuya prestación se encargue por un poder adjudicador a un particular, merezca o no la consideración de servicio público y con independencia de que sea sufragado por la Administración, o los particulares que lo utilicen, si no implica la transferencia de un riesgo significativo, tendrá la consideración de contrato de servicio a los efectos del derecho europeo de contratos públicos.

El resultado es que toda prestación de hacer distinta de una obra o un suministro encargada por una Administración a un contratista, tanto represente una utilidad exclusiva para la Administración como para la colectividad, implica la existencia de un contrato de servicio, salvo que se transfiera el riesgo operacional al contratista en cuyo caso se tratará de un contrato de concesión de servicios. No existe, pues, en el ámbito europeo, la correlación existente en nuestro Derecho entre servicio público y contrato de gestión de servicios públicos y por tanto la nueva Ley no lo concreta (aunque hace diversas referencias a concesiones cuando impliquen «servicios públicos»).

Si se recoge en la Ley que en los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos, o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; así como de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

Es especialmente interesante la precisión del art 285.2 in fine sobre los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Para determinar si existe una implicación sobre el gasto público de los contratos públicos derivados de concesiones debe recogerse lo que se previene en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea –SEC-2010– que se encuentra regulado en el Reglamento (UE) núm. 549/2013, de 21 de mayo.

Así debe tenerse en cuenta como regla básica, que los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si éste asume los «*riesgos de construcción*» (inversión, costes financieros, retrasos,...) y, al menos, el «*riesgo de disponibilidad*» (cantidad y calidad alcanzada) o el «*riesgo de demanda*» (número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato. Por el contrario, considera riesgos que pueden recaer en los Gobiernos los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del Gobier-

no que modifican las condiciones acordadas previamente (Decisión Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-private partnerships*).

Cabe resaltar que la Directiva y ahora la LCSP disponen claramente que la característica principal de una concesión, el derecho de explotar el servicio, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico, lo cual puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador.

No obstante esa primera determinación, que se desprende de la lectura literal del texto, debemos considerar siguiendo a GIMENO FELIU¹² que esta nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato.

Así de forma expresa el art 290.2 LCSP dispone que cuando las modificaciones del contrato afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

La distribución de riesgos recae por tanto sobre el concepto de «*riesgo operacional de carácter económico*» que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos, tal y como se especifica en el artículo 285.1 c) de la LCSP que al referir el contenido de los pliegos:

Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

El riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados a una mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la calificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Debe entenderse como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recogía la Directiva y ahora la Ley la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, incluye en «el riesgo de explotación económica del servicio» que tal y como hemos anunciado anteriormente supone:

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios,
- La insolvencia de los deudores por los servicios prestados,
- Que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, y
- La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

El adjetivo «operacional» que utiliza la Ley en el art 15.2 en relación con el 14.4 permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato. El artículo 29.6 en desarrollo del art 18 de la Directiva establece que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

No obstante, el artículo 43.4 apartado b de la Directiva y el art. 290 LCSP prohíben de forma expresa la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario cuando no estaba previsto en la concesión inicial.

En cualquier caso el contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el

¹² Jose María GIMENO FELIU, «Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», ..., pág. 97.

mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Ahora bien esta asunción de riesgo económico en la explotación de la concesión no puede hacer olvidar, que aunque sometido a un régimen económico nos encontramos ante un supuesto de la explotación de un servicio público y este puede resultar en determinados aspectos antieconómico.

De hecho en los contratos de concesión de obras se especifica bajo la rúbrica aportaciones públicas a la explotación y en el artículo 268. de la LCSP que las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras, que, en todo caso, tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 270:

- a) *Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de las obras o en el transcurso de las mismas. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.*
- b) *Ayudas, incluyendo todo tipo de garantías, en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de las obras antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.*

IV. EL PAPEL DE LAS DENOMINADAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Debemos destacar en relación con las denominadas «obligaciones de servicio público» que tal y como recuerda ZIANI¹³ que la obligación de Servicio Público es un acto de autoridad pública, porque a través suyo «*El Estado se impone al mercado, pero menos para dictarle lo que debe hacer, que para decirle donde y como debe utilizar su libertad*». No debe llegar, a través de medios desmesurados, a trastocar el equilibrio real o potencial. Finalmente, el derecho que se aplica a la actividad del Estado ya no es la de servicio público sino el de autoridad pública. Se distingue fundamentalmente de el ideal original y finalista de servicio público en Francia tal como había sido conceptualizado por DUGUIT y se distingue de la idea vitalista y personalista del poder público tal como había sido explicado por HAURIUO, porque limita primero y banaliza después el uso de los medios públicos. Proporciona así un fundamento conceptual nuevo y una razón de ser al derecho público en la sociedad de mercado, mientras le hace perder, poco a poco, su carácter exorbitante.

En efecto, el estado está así asimilado a una entidad dictante de actos, y hoy, un casi operador económico que no debe, por su posición dominante, perturbar la economía o beneficiar de un poder de mercado injustificado. Desde un punto de vista normativo, (Hans Kelsen) «mandar es el equivalente de prescribir, a diferencia de describir». Describir es un acto de conocimiento. Mandar o prescribir es un acto de voluntad. Se describe algo enunciando lo que es, y se prescribe algo expresando lo que debe ser. Sin embargo, el encargo de un servicio o prestación, reposa sobre la apreciación y la delimitación de una necesidad y también sobre la expresión de una voluntad que tienen el carácter de una elección política y una traducción normativa, a pesar de que puedan tener una justificación o una incidencia que se califica en primer lugar como económica. La autoridad debe comprenderse por lo tanto no solo como poder, sin como Auctoritas, el poder de atribuir un valor superior a algo, de elevarlo. En derecho público, la noción de Auctoritas se ha transformado en la capacidad de la que disponía el Senado, en el momento de la República de Roma, para garantizar el orden y la continuidad de las instituciones, en particular durante los periodos de crisis. (Mommesen, romanista: Auctoritas es menos que una orden y más que un consejo).

¹³ ZIANI, Salim, "Du service public à l'obligation de service public", LGDJ, Paris, 2015.

Partiendo de dicho concepto jurídico es posible obligar al contratista a la realización de actividades que sean antieconómicas, de hecho el art 289.1 de la LCSP permite que el concesionario tenga derecho a las *contraprestaciones económicas previstas en el contrato*, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Se entenderá conforme al artículo 290.6 que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Ahora bien esas obligaciones deben tener su contraprestación o incurriríamos en la vulneración del principio de enriquecimiento injusto.

No obstante la Ley tan solo contempla estas posibilidades de reequilibrio económico:

4. *Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*
 - a) *Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.*
 - b) *Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 237 de la presente Ley.

5. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.*

Por tanto el estudio económico previo a la licitación de la concesión debe establecer claramente las condiciones de estas y en su caso en los términos del art 14,4 de la Ley las condiciones en que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

Por otra parte, tal y como reseña la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 15/2015, puede afirmarse que no existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos «*ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato*» (considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE), ni «*cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato*» (considerando 19 de la citada Directiva).

Por el contrario, estaremos en presencia de una concesión, aun cuando «*la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios*» (considerando 18 de la citada Directiva).

Como precisan, tanto la Directiva como los criterios del *Eurostat* en aplicación de las normas SEC 2010, el riesgo operacional debe derivarse de «factores externos que escapen del control de las partes» (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.

Y nada impide que, aun calificado como contrato de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio. Así lo ha admitido, por lo demás, dicha Junta de la Comunidad de Aragón en su Informe 2/2014, de 22 de enero, donde se analiza la posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

¿Cual será por tanto el ámbito de las obligaciones de servicio público la posibilidad con respecto al contrato?, obviamente deben contemplarse en el estudio de viabilidad previa y es perfectamente posible en este incorporar una subvención parcial que manteniendo una parte de riesgo económico por el operador, garantice en la otra la correcta prestación de ese servicio público.

V. LOS EFECTOS DE LA NUEVA LCSP SOBRE LA ACTIVIDAD «REMUNICIPALIZADORA»

Con la nueva LCSP la legislación española, haciendo uso de la libertad de opción que el derecho comunitario le otorga, ha impuesto algunos criterios rectores para la toma de las decisión que afecten a la gestión de los diferentes servicios públicos concedidos y entre ellos los locales, así el artículo 294 c) de la Ley establece como una de las causas de resolución del contrato de concesión de servicios :

- c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.*

Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 85.2 de la ley de bases de régimen local, en la redacción dada al mismo por la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local y más recientemente por la ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local cuyo texto indica que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación¹⁴ ...: Siendo este el marco legal¹⁵.

Igualmente debemos recordar que posteriormente a la LRSAL¹⁶ el legislador estatal volvió a fijar una nueva precisión a tener en cuenta a la hora de tramitar el correspondiente expediente y a fijar la decisión que

¹⁴ «A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.».

¹⁵ Es cierto que frente a la plena libertad decisoria del sistema anterior, ahora la Ley precisa «Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos».

¹⁶ La ley ha sido objeto de diversos estudios y así por orden cronológico: "La reforma de 2013 del régimen local español", Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, obra colectiva coordinada por Juan Alfonso SANTA MARÍA PASTOR, "La reforma del régimen jurídico de la administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local", obra colectiva coordinada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y Pilar NAVARRO RODRIGUEZ, *La ley-El Consultor*, 2014, igualmente colectiva y dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ, "La reforma del régimen local. Comentario a la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", Tirant lo Blanch, 2014. Igualmente Lorenzo MELLADO RUIZ

se desee entre las diferentes opciones de las diversas formas de gestión directa e indirecta de los servicios públicos, si bien en este caso la norma se refiere a los servicios de titularidad estatal, en el artículo 86.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Pariendo de ello debe resaltarse que estos servicios que *«habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación»* y al encontramos ante contratos existentes (otra cosa desde el punto de vista contractual que aquí nos ocupa son los supuestos de finalización de las concesiones) *requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*. Por tanto, vincula ya al ente local, como acertadamente apuntó TORNOS, a tener que buscar la fórmula no sólo más eficiente sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda, déficit y periodo de pago a proveedores y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Se apela de esta forma al principio constitucional de eficiencia, introduciendo la necesidad de buscar el equilibrio entre el criterio económico de los costes y el objetivo general de una prestación eficaz de los servicios públicos (artículo 31.2 de la Constitución).

Bajo dicho prisma las correspondientes autoridades locales deben ponderar libremente la opción por una fórmula de gestión directa o indirecta, y estas razones deberán quedar acreditadas en el expediente que finalice con la opción por una determinada forma de gestión, puesto que pese a la alegación a la naturaleza de la autonomía local y su cualidad política, las entidades locales aún en su vertiente de la potestad de autoorganización son AAPP y se encuentran supeditadas a la Ley.

El mismo precepto establece relatado recoge a su vez una cierta preferencia de entre las fórmulas posibles en la propia modalidad de gestión directa al afirmar: *«Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d)(EPE's y Empresas locales de capital íntegro público) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b)(opor la propia corporación y organismo autónomo)»*¹⁷.

Esta tendencia se culmina por ahora en la nueva redacción de la LCSP que no solo es básica para el mundo local como la LRBRL, sino que también afecta a las CC.AA, puesto que el Estado ya se encontraba constreñido por la apuntada LRJSP.

Así la LCSP aún cuando mantiene la figura del rescate como fórmula de resolución en relación con los contratos de concesión de servicios existentes introduce dos garantías.

Por una parte el sometimiento de este procedimiento de resolución a la tutela del recurso especial en materia de contratación.

Y por otra parte la necesidad de la acreditación de que la gestión directa que se pretende implantar es más eficaz y eficiente que la concesional. Lógicamente no es factible el uso de la potestad de rescate concesional para una nueva licitación.

De hecho el aún formalmente vigente reglamento de servicios de las corporaciones locales, tal y como recuerda CALVO GONZÁLEZ¹⁸, establece unas causas objetivas de secuestro y así según el indicado RSCL, son causas del secuestro del servicio las que siguen:

- La no prestación por parte del concesionario, por imposibilidad o no, y «por circunstancias imputables o no al mismo» (Art. 127.1.3.º RSCL).
- La «desobediencia sistemática del concesionario a las disposiciones de la Corporación sobre conservación de las obras e instalaciones o (...) (la) mala fe en la ejecución de las mismas» (Art. 131.2 2.º RSCL).

¹⁶ "Génesis y realidad de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y Sostenibilidad de la administración local: ¿una nueva reforma local?", CEMCI, 2014, Manuel MEDINA GUERRERO, "La reforma del régimen local", Tirant lo Blanch, 2014, CAMPOS DAROCA, José María, "La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre", Bosch, 2014, CEBRIÁN ABELLÁN, Manuel, "El régimen local tras la reforma de la Ley de racionalización y sostenibilidad", Bosch-Wolters Kluwer, 2014, GARCÍA RUBIO, Fernando (dir.), "El análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales", INAP, 2015 y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J. (dirs.) "Comentarios a la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", Comares, 2014.

¹⁷ Al respecto vid. nuestra aportación GARCÍA RUBIO, Fernando, "Pros y contras jurídico-administrativos de la "reinternalización" (remunicipalización) de servicios locales" dentro de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez SÁNCHEZ, Iustel 2017, pág. 173 y ss.

¹⁸ Francisco Javier CALVO GONZÁLEZ, "La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad" disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>.

- La incursión del concesionario “en infracción de carácter leve que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación “ (Art. 133 RSCL).

A la vista de las causas relacionadas, especialmente de la primera, cabe afirmar que la procedencia del secuestro no depende del elemento subjetivo subyacente al incumplimiento. Es decir, la inexistencia de culpa del concesionario no empece, como exigencia de la regla de oro de la concesión de servicio público, tendente al mantenimiento del mismo en unas condiciones de continuidad, regularidad y calidad razonables y/o determinadas, a la intervención administrativa del servicio. A esta conclusión llega el TS en, entre otras, la sentencia de 21 de enero de 1983. El sostenimiento de una postura contraria a esta, añadido, no encuentra apoyo alguno en nuestro Ordenamiento, pues no existe más que un régimen jurídico del secuestro y este es de aplicación independiente a la causa concreta que haya determinado la intervención de la gestión del servicio público.

Por tanto si bien en teoría las diferentes corporaciones locales pueden optar libremente entre la gestión directa e indirecta y sus modalidades la lógica autonomía municipal no debe hacer olvidar la competencia estatal para garantizar el ejercicio de las condiciones de igualdad de todos los españoles ante la Ley entre los que los servicios públicos esenciales como el transporte, la recogida de residuos y el suministro de agua potable domiciliaria, no pueden menoscabarse por una u otra forma de prestación de entre las diferentes posibilidades de configuración legal.

Esta circunstancia debe de hacer valorar, no solo el coste de los servicios, único paradigma que tras la firma del pacto de estabilidad europeo parece ser la guía de las políticas públicas comunitarias y por ende (más el empujoncito del MoU) españolas, sino también y en especial el de la calidad en la prestación de los servicios, puesto que si no nos veremos irremediabilmente avocados a una diferente prestación de servicios en términos cualitativos en cada municipio, lo que en algunos ámbitos ya se produce en el marco de los servicios prestados por las CCAA y que en nuestra opinión contraviene las determinaciones del art 14 de la CE y que el Estado en base al citado Art 149.1.1.^ª debe evitar.

Ahora bien esta igualdad en la prestación ¿implica una igualdad en la fórmula organizativa? en ningún caso puesto que la potestad de auto organización de los servicios públicos forma parte del núcleo esencial de la autonomía local que el Art 140 de la Carta Magna consagra y que tiene plasmación legal incluso en el franquismo (art 30 RSCL)

Pero igual que en el anteproyecto de LRSAL se introdujo el concepto de coste estándar centralizado para los servicios (felizmente sustituido tras el Dictamen del Consejo de Estado por el de coste efectivo calculado por cada corporación) podría haberse intentado el diseño e incluso implantación de unas ratios de calidad mínimas para la diferente prestación de los servicios públicos (frecuencia del paso de los autobuses, condiciones de estos, calidad y potencia del suministro de agua, número de días semanales para la recogida de residuos sólidos urbanos, etc),

Esta cuestión hoy casi idílica, podría evitar si se estableciera a nivel normativo (no se si básico dada la contundencia del Tribunal Constitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo sobre la falta de habilitación del art 149.1.1.^ª como fuente normativa directa o de los titulares de los respectivos títulos competenciales sectoriales en cada una de las materias objeto del correspondiente servicio publico local) esos estándares mínimos cualitativos para la prestación del servicio, haría que la decisión política de opción entre las diferentes fórmulas organizativas fuera (además de ideológica) meramente de ahorro o no para las arcas públicas con los correspondientes condicionantes de los arts 31 y 135 CE, circunstancia que no resuelve la LCSP al ahondar en la vía economicista.

Una cuestión esencial a tener en cuenta a la hora de la opción entre diferentes fórmulas en la organización de los servicios públicos locales es la denominada sostenibilidad, tan en boga tras la LRSAL y que en buena medida se desprende de los términos de la LOEPSF, al someter la concreta fórmula de prestación del servicio no solo a la situación de la hacienda local en el momento concreto de la elección sino en el futuro, mediante la preceptiva tramitación de un expediente que lo justifique y que debe ser preceptivamente informado por el interventor.

Así los ahorros, o no de una fórmula de gestión directa frente a una homónima de gestión indirecta, no pueden ser circunstanciales sino permanente.

Esta circunstancia por si misma no limita la capacidad de elección de la corporación local, pero obliga a que en caso de elección de una fórmula con mayor coste para las arcas públicas, el conjunto de la hacienda pública debe cumplir con las tres reglas de la LOEPSF y por tanto preveer las correspondientes subvenciones o partidas financieras que permitan que el servicio concreto no afecte a la estabilidad y permanencia saneada del conjunto de la hacienda local.

Para abordar cualquier planteamiento de reinternalización de servicios públicos la primera cuestión que debe resolverse, tal y como destaca el reiteradamente aludido TORNOS¹⁹, es si para la toma de la decisión acerca del modo de gestión de un servicio público municipalizado existe algún marco normativo que condicione dicha decisión. Obviamente toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración, y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia (entendiendo este en el marco del equilibrio presupuestario conforme a lo anteriormente aludido). El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse.

Tras esos requisitos extensibles a cualquier actividad administrativa ya desde un punto de vista de la estricta «remunicipalización», debemos con el ya indicado TORNOS señalar que la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector. La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, que es legislación positiva de directa aplicación en España desde el 18 de abril de 2016 por su falta de trasposición, limita esto en su artículo 2,1²⁰, pero igualmente la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa ciudadana Europea Right water²¹, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), que aunque no son fuente de derecho pueden ser de interés en lo que nos afecta.

En cualquier caso en España la gestión de servicios públicos y los servicios auxiliares se fundamentan en contratos y por tanto su variación se debe ajustar a los términos de esta legislación.

Por tanto y bajo el principio de «pacta sum servanda» los diferentes contratos sean de meros servicios, sean de gestión de servicios públicos y ahora las nuevas concesiones de servicios deben ser respetados, o proceder al uso de los mecanismos de resolución anticipada, que si se producen por el uso de meros criterios de oportunidad (el rescate de la concesión) no parecen muy amparados por la actual legislación comunitaria y tras la LCSP debe justificarse en criterios económicos y no subjetivos.

En primer lugar y tal y como señala TORNOS²² hay que recordar que la posibilidad de llevar a cabo una verdadera vuelta a la gestión directa de un servicio que se está gestionando de forma indirecta cuenta con serios problemas. Esta remunicipalización requiere un rescate indemnizatorio²³, justificarse por razones de mayor eficacia, y demostrar que no incide aunque sea sólo inicialmente en un mayor déficit. Además, se enfrentará a los límites que impone la nueva LCSP sobre las concesiones para la resolución anticipada de los contratos. Por ello creemos que en la práctica tan sólo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma indirecta cuando la concesión se extingue. Y aún así, habrá que demostrar la mayor eficacia del

¹⁹ TORNOS MAS, J.; op. cit., pág. 36.

²⁰ Recoge que: «la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos».

²¹ Así estos señalan: «44. Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (núm. 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente; 45. Destaca que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Comisión debe mantenerse neutral en relación con las decisiones nacionales sobre el régimen de propiedad de los servicios de aguas, por lo que no debe de ningún modo promover la privatización de estos servicios ni por vía legislativa ni de ningún otro modo; 46. Recuerda que la posibilidad de remunicipalización de los servicios agua debe seguir garantizada sin limitaciones y que estos servicios deben seguir siendo de gestión pública si así lo ha decidido la autoridad local responsable; recuerda que el agua es un derecho humano básico que debe ser accesible y asequible para todos; destaca que los Estados miembros tienen el deber de velar por que el agua esté garantizada para todos, con independencia del operador, y asegurarse al mismo tiempo de que los operadores proporcionen agua potable salubre y mejoren el saneamiento».

²² TORNOS MAS, Joaquín, «La remunicipalización de los servicios públicos locales», págs. 21 a 80 de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016. coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez SÁNCHEZ, Iustel 2017.

²³ O una nueva organización tras la finalización del contrato, o la extinción y transformación de una empresa mixta.

nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y su cobro, problemas en la implantación y transitoriedad, etc.

Cuestión distinta es la asunción desde los propios servicios municipales de servicios ya sean servicios públicos en el sentido estricto de un servicio de los sometidos a publicatio, e igualmente los servicios auxiliares de la propia actividad administrativa, con los correspondientes procedimientos y consecuencias sobre los medios humanos, cuando finalicen los contratos²⁴.

VI. CONCLUSIONES

El nuevo contrato de concesión de servicios viene a sustituir al ahora extinto (salvo las lógicas situaciones transitorias) contrato de gestión de servicios públicos, puesto que entre los servicios que pueden ser objeto de explotación económica y por tanto de concesión, también pueden incorporarse los que tengan la naturaleza de servicios públicos.

En ellos y pese a la necesidad de que el gestor privado del servicio asuma al menos una parte del riesgo operacional se deben respetar las obligaciones de servicio público que se impongan por parte de la administración titular del servicio.

Para ello es perfectamente posible establecer una subvención que cubra el coste de dicha obligación de servicio público, siempre que en el conjunto global del contrato y las prestaciones de servicios de el derivadas, se establezca al menos una parte de «riesgo» en la gestión económica del riesgo que pueda generar pérdidas al contratista.

Por otra parte la nueva LCSP supone un aldabonazo final a los procesos «remunicipalizadores» al menos desde el punto de la absoluta discrecionalidad de la potestad de autoorganización de los servicios, puesto que cuando existan contratos, estos deben resolverse previa justificación de que el servicio «rescatado» será más eficaz y eficiente.

BIBLIOGRAFIA

- CALVO GONZÁLEZ, Francisco Javier, “La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad”, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad>.
- CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatado”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 72-95.
- FERNÁNDEZ LAVIADA, Ana (editora), *La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación*, Universidad de Cantabria-Ediciones 2010, 2017.
- GARCÍA RUBIO, Fernando, “Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios locales”, dentro de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez SÁNCHEZ, Iustel 2017, pág. 173 y ss.
- GIMENO FELIU, Jose María, “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 39-106.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, ponencia presentada al *X congreso de la AEPDA*, disponible en <http://www.aepda.es/congresos/ponencias> y “Las nuevas directivas de contratación pública” (ponencias sectoriales del *X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*), 2015, INAP-AEPDA, págs. 169-237.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime, “Las diferencias teóricas y los criterios diferenciadores de carácter práctico entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos con ocasión de la Directiva 2014/23/UE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial LA LEY, 8386/2014.
- TORNOS MAS, Joaquín, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, págs. 32 a 49 de *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo 2016. Iustel.

²⁴ Al respecto vease CASTILLO BLANCO, Federico, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatado”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 72-95.

- “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, págs. 21 a 80 de *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, coord. por Tomás FONT I LLOVET y Juan José Díez Sánchez, Iustel 2017.
- VILLALBA HERNÁNDEZ, Francisca, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA. Nueva época*, núm. 2, julio-diciembre 2014.
- ZIANI, Salim, “Du service public à l’obligation de service public”, LGDJ, Paris, 2015.



Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público

Mariano López Benítez
Universidad de Córdoba
mariano.lopez@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba; Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Sus líneas fundamentales de investigación son la Administración y Derechos Fundamentales, la Organización administrativa, el Derecho urbanístico y el Derecho Administrativo económico.

SUMARIO

I. Denominación y ámbito subjetivo de la Ley. II. El esquema general del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley: la sujeción de los Poderes Públicos que no son Administración. III. Dos elementos novedosos. IV. El sometimiento a la Ley de partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales. V. Las Corporaciones de Derecho Público.

I. DENOMINACIÓN Y ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY

Aparentemente, el art. 3 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 reproduce el esquema que nos han hecho familiar los anteriores textos legislativos en materia de contratación pública. Al igual que la LCSP de 2007 y el TRLCSP de 2011, la nueva LCSP sigue jugando con el triángulo Sector Público-Poder Adjudicador-Administración Pública conforme al cual cada uno de sus vértices describe también una distinta forma de sujetarse a los mandatos y contenidos de la LCSP. Sin embargo, tal semejanza resulta sólo aparente, puesto que, como advertiremos en esta breve nota, existen algunos cambios realmente significativos.

Como premisa tal vez convenga destacar que no hay una correspondencia fiel entre la denominación de la Ley –Ley de Contratos del Sector Público– y su ámbito subjetivo de aplicación en la medida en que no sólo se incluyen dentro del sector público entidades privadas –como las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social–, sino que, al mismo tiempo, se acoge también una noción amplia del Sector Público, coincidente –desde luego– con la que se baraja en el ámbito del Derecho Presupuestario, pero no con la concepción más restringida de sector público que tienen, por ejemplo, las Leyes 39 y 40 de 2015, de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público, respectivamente. Es decir, pese a los píos deseos unificadores que el ya lejano Informe CORA sentaba al respecto, lo cierto es que seguimos donde estábamos, esto es, en que cada norma administrativa recurre al concepto de sector público que más conviene a sus propios objetivos: así no se baraja el mismo concepto de sector público cuando se tratan de determinar los salarios o de regular la tasa de reposición de personal al servicio de las entidades e instituciones públicas, que cuando, por el contrario, se pretende establecer el régimen jurídico de este mismo personal, la normativa de reutilización de la información pública, la regulación de los patrimonios públicos o cuando, en fin, se quieren regular los contratos que aquellas Entidades e Instituciones realizan.

De todos modos, la inadecuación entre la denominación de la LCSP y su ámbito de aplicación no acaba en los extremos señalados: primero, porque en línea con las anteriores normas de contratos y, por supuesto, con las Directivas de las que aquéllas y esta Ley traen causa, al hilo de los contratos subvencionados (art. 23) continúa existiendo la sujeción a la Ley de contratos que celebren los particulares si tales contratos resultan financiados de forma directa y en más de un 50% de su importe por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

En segundo lugar, también pueden quedar sujetos a la Ley –no se sabe bien por cierto en qué condición– los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales, las fundaciones y asociaciones vinculadas a las anteriores entidades (art. 3.4) y las Corporaciones de Derecho Público (art. 3.5).

Ciertamente, así las cosas, tal vez hubiese resultado más apropiado llamar a la Ley de otra forma. Más aún, cuando se observa que en muchos de estos casos el nexo que lleva a alargar el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP no es otro que la instrumentación de los contratos a través del manejo de fondos públicos.

II. EL ESQUEMA GENERAL DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY: LA SUJECCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS QUE NO SON ADMINISTRACIÓN

La apariencia de continuidad entre el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva LCSP y el de las anteriores leyes de contratación del sector público, se percibe igualmente en la importancia que, pese a estar estableciendo un código de la contratación pública, se le sigue confiriendo a las Administraciones Públicas y a los contratos de las Administraciones Públicas, los cuales continúan representando –en palabras de la Exposición de Motivos– «la parte troncal de esta Ley y la referencia de cualquier contrato que se haga por una entidad del sector público». De este modo, en lo que respecta al grado de sujeción a las determinaciones de la Ley, la LCSP mantiene esa metodología –que ya se ha ido haciendo clásica– conforme a la cual y como si de la realización de una operación aritmética de resta se tratase, se parte de un minuendo de sujeción plena a la Ley para las entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas para ir introduciendo, a partir de él, sucesivos sustraendos que van relajando la intensidad aplicativa de la LCSP para las Entidades que son simples Poderes Adjudicadores y para las restantes Entidades del Sector Público que ni tan siquiera gozan de esa condición de Poder Adjudicador.

En este sentido, resulta reseñable que el art. 3.2 a) LCSP haya devuelto a las Universidades Públicas la condición de Administraciones Públicas que tanto la LPAC como la LRJSP parecen negarles –al menos, formalmente–. Sin embargo, amén de saludar el retorno a la casa del padre de estas entidades, bueno será insistir en la incongruencia que representa que las Universidades Públicas no ostenten la misma condición para estas tres Leyes administrativas, tradicionalmente tan importantes de cara a la caracterización y vertebración de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. Por otro lado, conviene traer a colación que la sujeción de las Universidades Públicas a la LCSP es plena y se produce con la misma rotundidad que para las restantes Administraciones Públicas, ya que las especialidades contemplada para ellas en materia de clasificación por la Disposición Adicional sexta de la LCSP se refieren únicamente a su faceta de contratista y no a la de Administración contratante.

Tanto confía el legislador en la bondad de la metodología seguida que le cuesta mucho apartarse de ella. En la redacción originaria del Proyecto de Ley que entró para su tramitación en las Cortes Generales, el art. 3 LCSP, llevado de esta fidelidad ciega a su sistemática y en concordancia con lo que, hasta su derogación por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, establecía el art. 3.2 f) TRLCSP, atribuía la condición de Administraciones Públicas a Poderes e Instituciones Públicas que no son Administración, extensión que, de haberse mantenido en el texto final de la LCSP, persistiría en la confusión creada inicialmente por el TRLCSP acerca del campo de aplicación del Derecho Administrativo, y acerca también de la propia noción de Administración Pública. Pese a ello, pienso que de la interpretación que cabía hacer del propio art. 3.2 del Proyecto de Ley –como de la que era factible hacer en torno al originario art. 3.2 f) TRLCSP– se disipaban tales riesgos, puesto que, en mi opinión, los textos citados dejaban bien claro que la consideración de Administraciones Públicas que se otorgaba a «los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo» [art. 3.1 I)] era «a los efectos de esta Ley» y «en lo que respecta a su actividad contratación». Es decir, a la postre, la LCSP se alineaba en este punto con esa utilización meramente

táctica e instrumental del Derecho Administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa propiciadas por el art. 1.3. a), b) y c) LJCA. Lo que sucede es que, a diferencia de cómo lo hace la LJCA [«*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo (...) conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial*» de esas Instituciones y Poderes Públicos], la LCSP se convertía en prisionera de su propia metodología y sistemática y trataba de cerrar su propia construcción. Nada de ilógico ni de reprochable hay en que los contratos de obra, de servicios o de suministro que concluyan, por ejemplo, el Congreso de los Diputados o el Senado se sujeten a las mismas reglas y con idéntica intensidad que los contratos que, con iguales objetos, realicen las Administraciones Públicas, ya que, en definitiva, en uno y otro caso se trata de contratos cuya financiación procede del mismo erario público, y que satisfacen semejantes necesidades instrumentales de las instituciones y de las Administraciones Públicas respectivas. Ahora bien, para alcanzar tal empresa hubiera bastado con reproducir la técnica normativa de la LJCA; una técnica mediante la cual se consiguen los logros apetecidos sin tener que recurrir a giros que aparentemente podrían entrañar una indebida adulteración de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo.

Sin embargo, el problema nacía precisamente de lo que he señalado: de que la LCSP se acoge a una sistemática muy cerrada, en la que la escala de sujeción a los contenidos y mandatos de la Ley viene determinada por el vértice que cada entidad ocupe en ese triángulo Administración Pública-Poder Adjudicador-Entidad del Sector Público. Como el mayor y más pleno grado de sometimiento a las determinaciones de la LCSP se produce en relación con los contratos que concluyan las Administraciones Públicas, el legislador tendría que optar a la hora de determinar el régimen jurídico de los contratos de estas Instituciones y Poderes Públicos que no son Administración por una de estas dos posibilidades: o bien romper con esa sistemática aparentemente omnicomprensiva que él mismo ha creado, o bien mantenerse fiel a ella, aunque para ello tenga que recurrir a la ficción legal de investir como Administraciones Públicas a entidades que no lo son, con la sola finalidad de que su actividad de contratación se sujete con la misma intensidad a los dictados de la LCSP que la de los contratos realizados por las Administraciones Públicas en sentido estricto.

Afortunadamente, durante la tramitación parlamentaria se ha arreglado tal entuerto; se ha modificado la redacción del art. 3.2 l) para sacar del mismo a esas Instituciones y Poderes Públicos que no son Administraciones Públicas y se ha mantenido, no obstante, lo que se quería decir –la sujeción plena a la LCSP de los contratos que realicen estos Poderes e Instituciones–, aunque diciéndolo de una manera mucho más elegante y precisa, que no fuerza las categorías ni las nociones básicas del Derecho Administrativo. La Disposición Adicional 46.^a de la LCSP preceptúa ahora que:

«Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas.»

III. DOS ELEMENTOS NOVEDOSOS CON RESPECTO AL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Decía hace un momento que la LCSP construye una metodología propia a la hora de trazar su ámbito subjetivo de aplicación y que trata de mantenerse fiel a la misma. Sin embargo, interesa poner de relieve que, cuando quiere, rompe, sin embargo, con esa sistemática y adopta una perspectiva absolutamente distinta. Así sucede en lo respecta a la sujeción a la LCSP tanto de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas con cualquiera de ellas, como de las Corporaciones de Derecho Público.

IV. EL SOMETIMIENTO A LA LEY DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y ORGANIZACIONES SINDICALES Y EMPRESARIALES

Como una de sus grandes novedades en lo atañedor a su ámbito subjetivo de aplicación, la Exposición de Motivos de la LCSP proclama que «se ha extendido» dicho ámbito «con la idea de aplicar estas normas a entidades no sujetas». Así –continúa diciendo la Exposición de Motivos–, «se han incluido los partidos políti-

cos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se cumplan determinadas circunstancias como que su financiación sea mayoritariamente pública y respecto de los contratos sometidos a regulación armonizada».

Originariamente, el art. 3.4 del Proyecto de Ley aplicaba a estas entidades –al menos, para los contratos sujetos a regulación armonizada que llevasen a cabo– el estatus de Poder Adjudicador siempre que para ello cumplieran alguna de las condiciones fijadas por el Derecho y la Jurisprudencia europeos y recordadas también por el art. 3.3 d) tanto del Proyecto de Ley como de la LCSP en su redacción final: esto es, además de que posean personalidad jurídica y desempeñen una actividad de interés general que no revista carácter industrial o mercantil, alternativamente se requiere que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; que controlen su gestión; o que nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Evidentemente de estas tres condiciones últimas sólo resultaría factible aplicarles a las mencionadas entidades la relativa a la financiación, razón por la que la Exposición de Motivos sólo aludía y alude a ella. Aplicación, sin embargo, no exenta de dificultades, habida cuenta de que todas estas entidades de las que se habla, junto a los recursos provenientes de la financiación pública, disfrutaban asimismo de recursos privados (cuotas y aportaciones de sus afiliados; productos de las actividades propias y de los servicios prestados por la organización; rendimientos de su patrimonio; herencias, donaciones, fondos procedentes de préstamos etc.), como advierte, por ejemplo, el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos. En consecuencia, determinar si concurre o no la condición de que se financien mayoritariamente a través de recursos públicos entraña una cuestión de carácter cuantitativo que, al menos, para los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales no parece de difícil dilucidación, de ahí que la Exposición de Motivos casi prejuzgue su existencia.

Pero, volviendo a esa redacción originaria del art. 3.4 del Proyecto de Ley, lo que conviene recordar es que, concurriendo esas circunstancias, a los contratos que realizasen les resultaba de aplicación, según aquella primitiva redacción, «la regulación establecida en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley». De esta forma, a los contratos sujetos a regulación armonizada que concertasen estas organizaciones se les aplicaban, de acuerdo con lo previsto por el art. 316 del Proyecto, las Secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I del Título I del Libro II de la Ley (arts. 115-185), en lo referente a la preparación y adjudicación de los contratos. Además, por expresa determinación del mencionado art. 316 se les aplicaban también los preceptos relativos a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 199); a las condiciones especiales de ejecución (art. 200); a los supuestos de modificación del contrato (arts. 201-203); a las determinaciones en materia de cesión y subcontratación (arts. 212 a 215); a la racionalización técnica de la contratación (arts. 216 a 226); y, en fin, la consideración de la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 202 y 203 como causa de resolución de los contratos.

Frente a esta exigente y ejemplar aplicación extensiva de la Ley a quienes, en puridad, no son Poderes Adjudicadores, la tramitación parlamentaria ha dado fruto a una regulación muy diferente. Dice ahora el art. 3.4 lo siguiente:

«Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.»

Es decir, el régimen jurídico que ahora se aplica a sus contratos sujetos a regulación armonizada concertados por los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y fundaciones y asociaciones vinculadas con cualquiera de estas entidades no es ya el que se aplica a este tipo de contratos cuando lo

realizan Poderes Adjudicadores en sentido estricto que no tengan la condición de Administraciones Públicas –como sucedía en la redacción originaria–, sino un régimen jurídico incluso más liviano que el que art. 319 LCSP traza para los contratos que realicen las Entidades del Sector Público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Lo que, a mi juicio, significa que, pese a que el introito del art. 3.4 LCSP no ha cambiado y se mantiene idéntico a como lo estaba en el Proyecto de Ley originario, las modificaciones introducidas en su parte final han terminado por arrumbar la ficción legal de considerar poderes adjudicadores a estas organizaciones al menos para el reducido ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada que concluyan.

No parece que los tiempos que corren y las difíciles condiciones sociales y económicas en las que nos movemos, unido al progresivo desapego que la ciudadanía viene mostrando hacia estas organizaciones, constituyan las circunstancias más propicias para haber realizado tales cambios; cambios que se suman a la exclusión prevista con respecto a los contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6 cuando sean adjudicados por un partido político (art. 11.5 LCSP).

V. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

La perplejidad en lo que respecta a la regulación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP gana enteros cuando se repara en su art. 3.5, dedicado a las Corporaciones de Derecho Público:

«Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo.».

Antes de abordar la exégesis del precepto transcrito, no parece que haya que poner reparos a que, bajo determinadas circunstancias, algunos de los contratos que realicen las Corporaciones de Derecho Público deban quedar –con mayor o menor intensidad– sujetos a la normativa de contratos públicos. Así sucede, desde luego, con los contratos que realicen y que estén subvencionados de forma directa y en más de un 50% por poderes adjudicadores.

Mas, sentada la premisa anterior, lo que hay que tratar de dilucidar es qué ha querido decir exactamente el art. 3.5, puesto que las interrogantes que al respecto se abren son numerosas: ¿se consideran Administraciones Públicas a las Corporaciones de Derecho Público y, por ello, quedan sujetas como tales a la LCSP? ¿se establece, en cambio, la ficción legal de que son Poderes Adjudicadores y se les aplica consiguientemente el régimen contractual previsto por la LCSP para los Poderes Adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas? ¿Es la invocación del art. 3.3 d) una simple remisión para determinar cuándo se les va a aplicar la LCSP, pero sin comunicarles por ello –ni tan siquiera a título de ficción legal– la condición de Poder Adjudicador? ¿Es factible que las Corporaciones de Derecho Público –o, al menos, todas ellas– cumplan con alguno de esos requisitos de los que habla el art. 3.3 d)?

Como se ve, son muchas las preguntas que se plantean en relación con este intrincado precepto, cuestiones cuya interpretación no resulta, desde luego, fácil. Si recurriéramos de nuevo a esa metodología en la que, como un *deus ex machina*, se recrea la LCSP a la hora de trazar su ámbito subjetivo de aplicación, podría traerse aquí a colación una primera respuesta que dejaría sin sentido todas las demás cuestiones que nos hemos planteado anteriormente. Es sabido que para un sector doctrinal –es verdad que minoritario– las Corporaciones de Derecho Público son Administraciones Públicas en sentido estricto, conformando lo que esa doctrina califica como Administración Corporativa. Pues bien, podría pensar que el legislador se ha fajado en la disputa doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho Público y ha tomado partido, declarando la condición de Administraciones Públicas de éstas. Si así fuera, el círculo, como decíamos, habría quedado cerrado: como Administraciones Públicas estarían sujetas a la LCSP en el mismo grado y con idéntica intensidad en que lo están las demás Administraciones Públicas a las que alude la LCSP. Los problemas hermenéuticos habrían acabado.

Sin embargo, la aceptación de esta interpretación tropieza con importantes obstáculos en la propia LCSP. Si el legislador hubiese creído que son Administraciones Públicas, lo lógico es que entre ellas hubiera mencionado también a las Corporaciones de Derecho Público, cosa que el art. 3.2 LCSP no hace, ni siquiera en la manera en que lo hacía, como hemos visto, el Proyecto de Ley con respecto a los Poderes Públicos. Es más, si así fuese, hubiera sido necesario que las Corporaciones de Derecho Público aparecieran integradas

en el rol de entidades que conforman el sector público. Cosa que tampoco ocurre, salvo que las entendiéramos comprendidas en ese cajón de sastre con el que concluye el art. 3.1 g) («*cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo*»); inclusión que tampoco resultaría acertada porque ese precepto se está refiriendo al sector público institucional y no a las Corporaciones que describen un fenómeno organizativo muy diferente. Además, aun admitiendo a título de hipótesis la procedencia de tal inclusión, carecería de sentido que después se dedicase un precepto específico a las Corporaciones de Derecho Público. Constituiría una redundancia innecesaria de difícil explicación.

Por tanto, no parece que la intención de la LCSP haya sido la de considerar las Corporaciones de Derecho Público como Administraciones Públicas. Siendo ello así, lo procedente es seguir profundizando en la interpretación del precepto. En este sentido, es oportuno recordar que el art. 3.5 dice que las Corporaciones de Derecho Público quedan sujetas a la LCSP «cuando cumplan los requisitos para poder ser adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo». ¿Se ajustan las Corporaciones de Derecho Público a alguno de esos requisitos? Si los cumplen, ¿se convierten en Poder Adjudicador y quedan sometidos al régimen jurídico contractual propio de los Poderes Adjudicadores?

Como ya ha recordado abundantemente la jurisprudencia europea [por todas, la reciente STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet y Vilniaus*, as. C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736] una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber, a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotada de personalidad jurídica; y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c). Y, precisamente, la concurrencia o no de uno de estos tres requisitos de la letra c) es lo que va a determinar si las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial cumplen con las condiciones para ser poder adjudicador o no, ya que es notorio tanto que cuentan con una personificación jurídica de derecho público como que el grueso de las actividades que realizan se destinan a satisfacer necesidades que no tienen carácter industrial o mercantil.

En esencia, las Corporaciones de Derecho Público representan, como se sabe, un fenómeno de autoadministración mediante el cual quienes participan del ejercicio de una misma profesión titulada, o comparten un mismo arte u oficio de carácter económico se autorregulan para representar y defender sus intereses corporativos y desempeñar asimismo todas aquellas funciones públicas que la Administración Pública pueda atribuirles o delegarles. Por tanto, una nota fundamentalísima de su régimen jurídico es que las personas que conforman el sustrato social de la Corporación son quienes nombran e integran sus órganos de gobierno a través de los cuales se delinean los actos de voluntad de la Corporación, comenzando por sus propios Estatutos y reglas de funcionamiento. Por consiguiente, no resulta factible que, con respecto a las Corporaciones de Derecho Público, pueda cumplirse el requisito de que los Poderes Adjudicadores «nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia», puesto que –si así fuese– se habría desnaturalizado el concepto mismo de Corporación al faltar, como decimos, uno de sus caracteres más esenciales.

Tampoco parece asumible –o, al menos, no asumible con carácter general para toda la tipología existente de Corporaciones de Derecho Público– el requisito de que su financiación corra mayoritariamente a cargo de los Poderes Adjudicadores. Desde luego, no sucede así con los dos tipos más importantes de Corporaciones de Derecho Público existentes en nuestro ordenamiento jurídico: los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Los Colegios Profesionales se financian mayoritariamente con las cuotas o derramas que abonan sus colegiados y con los productos y rentas que obtienen de las actividades y servicios que organizan a favor de sus miembros y de la sociedad. Es verdad que las Administraciones Públicas suelen subvencionarles o retribuirles las funciones públicas que, por atribución legal o delegación, les prestan. Sin embargo, tales transferencias no sólo no suponen el montante de ingresos más relevante de sus presupuestos, sino que, en numerosas ocasiones, los Colegios actúan como simples canalizadores de los pagos debidos a sus colegiados. El ejemplo de la prestación del servicio público de asistencia jurídica gratuita que la Ley 1/1996, de 10 de enero, instrumenta a través de los Colegios de Abogados y de Procuradores resulta muy significativo al respecto. Los Colegios examinan la viabilidad de las pretensiones de los solicitantes de justicia gratuita,

les asignan Letrado o Procurador de oficio y vigilan el correcto cumplimiento por éstos de los deberes profesionales; sin embargo, apenas si retienen una cantidad mínima, en concepto de gastos de funcionamiento, de las cantidades que la Administración abona por la prestación del referido servicio público, cantidades que mayoritariamente van destinadas directamente a remunerar los servicios profesionales correspondientes al turno de oficio prestados individualmente por los colegiados.

Lo mismo puede afirmarse con respecto a las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. La supresión del recurso cameral obligatorio –al que se le atribuía naturaleza tributaria– y su sustitución por las cuotas, derramas o aportaciones voluntarias que realicen sus miembros, hace que, con ello, se diluya también la posibilidad de que estos entes corporativos resulten financiados mayoritariamente por uno o varios Poderes Adjudicadores, más allá de lo que signifiquen las transferencias que las Administraciones puedan hacerles como remuneración de las funciones públicas que, en su caso, les atribuyan y que difícilmente ostentarán ese carácter de financiación mayoritaria exigido por la norma.

Hemos chequeado brevemente la viabilidad del requisito de la financiación con respecto a estos dos tipos de Corporaciones de Derecho Público de carácter sectorial, pero pensamos que las conclusiones alcanzadas resultan asimismo aplicables a la gran mayoría de las restantes Corporaciones de Derecho Público de esta clase. Las fronteras más difíciles con las que podríamos encontrarnos se situarían tal vez en relación con aquellos entes corporativos –como las Cámaras Agrarias– en los que la pérdida de ingresos por la supresión de las cuotas obligatorias se ha tratado de enjugar mediante subvenciones directas de la Administración. Sin embargo, también hay que reconocer que, con la derogación de la normativa básica estatal en materia de Cámaras Agrarias, la práctica totalidad de éstas han desaparecido, siendo sus activos patrimoniales traspasados a las organizaciones profesionales agrarias y sus relaciones jurídicas y obligacionales asumidos por la Administración. En otros casos, como acontece con respecto a las Cofradías de Pescadores, las Leyes autonómicas han tratado de potenciar y poner en relieve tanto la actividad comercializadora como la gestión de espacios portuarios que, desde antiguo, han venido constituyendo una parte muy significativa del presupuesto de ingresos de estas entidades.

En fin, el análisis en torno al cumplimiento del tercer requisito enunciado por el art. 3.3 d) LCSP quizá sea el que revista mayor complejidad, ya que su concurrencia o no dependerá del significado e importancia que se le otorgue al control que las Administraciones Públicas realizan con respecto a las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial. No se oculta que las Corporaciones de Derecho Público están sujetas a controles por parte de la Administración. Con razón se ha señalado que los controles administrativos existentes sobre las Corporaciones de Derecho Público, por las características que representan, sean en nuestros días el último reducto que le quede a la «tutela» administrativa. Una tutela que, conforme a su caracterización clásica, se restringe sólo a las potestades administrativas de control que vengan atribuidas expresamente y con carácter tasado por la Ley; pero que abarcan aspectos muy diversos y significativos de la vida de la Corporación, y no ceñidos exclusivamente al control del ejercicio de las funciones públicas que les han sido confiadas. En función de la tipología de Corporación en la que nos movamos, el ámbito de la tutela administrativa ejercida sobre ellas variará. Así, puede hablarse de la existencia de potestades de control sobre los órganos corporativos (que van desde su convocatoria hasta la suspensión o disolución de los mismos ante supuestos de grave incumplimiento de sus obligaciones); de potestades de control sobre sus actos y disposiciones (requiriéndose de aprobaciones y autorizaciones administrativas para algunos de ellos, como para la aprobación de sus Reglamentos de Régimen Interior); e, incluso de la sujeción a autorizaciones o a comunicaciones previas de los actos de disposición que la Corporación pretenda emprender sobre sus bienes. Dando un paso más, la Ley 20/2015, de 14 de julio, permite –al menos, para las Cámaras de Comercio que están sujetas a la tutela de la Administración General del Estado– diseñarles un Plan de Viabilidad económica, cuyo incumplimiento puede desembocar en la disolución de la Cámara de que se trate. En todo caso, conviene destacar que, salvo supuestos muy dramáticos en los que la preservación de la pervivencia del ente corporativo requiere el recurso a supuestos de sustitución, intervención o disolución de sus órganos, lo normal es que los controles que ejerce la Administración de tutela sobre la actividad de los órganos corporativos se constriñan a la realización de simples controles de legalidad realizados a posteriori sobre determinados actos y disposiciones de gran importancia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2013, *caso IVD Ärztkammer Westfalen-Lippen*, as. C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543, respecto a un caso en el que lo que se debatía era si la licitación de la impresión y distribución del boletín informativo del Colegio de Médicos (Ärztkammer) de Westfalen-Lippe había de sujetarse a las normas de contratación, considera que en lo relativo

«al control de la gestión por parte de los poderes públicos, procede recordar que, en principio, un control a posteriori no cumple dicho criterio cuando tal control no permite a los poderes públicos influir en las decisiones del organismo de que se trata en materia de contratos públicos (...). Por tanto, –concluye el Tribunal–, tal es el caso, en principio de un control general de legalidad realizado a posteriori por una autoridad de supervisión y, con mayor motivo, de una intervención por parte de dicha autoridad en forma de aprobación de la resolución del mencionado organismo por la que se fija el importe de las cuotas que garanticen la parte esencial de su financiación, que se limite a verificar que el presupuesto del citado organismo sea equilibrado.» (ap. 29.º).

La decisión parcialmente transcrita invoca además en su apoyo la importante STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, as. C-373-00, ECLI:EU:C:2003:110, la cual sentó los caracteres generales de este requisito del control de la gestión en los siguientes términos:

«... en cuanto al criterio relativo al control de la gestión, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos.

En virtud de esta jurisprudencia, queda descartada la posibilidad de considerar que se cumple el requisito de control de la gestión en el supuesto de un mero control a posteriori ya que, por definición, tal control no permite que los poderes públicos influyan en las decisiones del organismo de que se trate en materia de contratos públicos.» (aps. 68.º y 69.º).

Por tanto, conforme a esta jurisprudencia, no parece que, al menos en lo concerniente a los Colegios Profesionales y a las Cámaras de Comercio, resulte viable entender que las respectivas Administraciones de tutela, a través del control a posteriori que ejercen en relación con algunos de los actos corporativos, lleguen a tener esa influencia determinante sobre las decisiones del organismo requeridas por la jurisprudencia comentada.

La cuestión puede resultar, en cambio, más comprometida con respecto a otras Corporaciones de Derecho Público –pensamos en estos momentos en las Juntas de Compensación urbanísticas– cuya vinculación con la Administración de tutela parece ser más estrecha que la existente en relación con las Cámaras y los Colegios hasta el punto de que la Administración se reserva, con carácter general, la potestad de revocar en alzada los acuerdos adoptados; aprueba sus Estatutos y Bases de Actuación, así como los Proyectos que en su seno se adopten; las cuotas de urbanización que abonan sus miembros –que poseen naturaleza de prestación patrimonial de carácter público– constituyen su principal fuente de financiación y para su recaudación gozan de la vía de apremio; un representante de la Administración puede integrarse en la Junta etc. Aunque la Junta Consultiva de Contratación (Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010) ha negado expresamente que las Juntas de Compensación reúnan la condición de Poder Adjudicador, también es verdad que algunas sentencias del Tribunal de Justicia podrían alimentar dudas al respecto, en la medida en que consideran contratos de obra pública las obras de urbanización que se llevan a cabo en materia urbanística por terceros agentes ajenos a la Administración [STJCE de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Italia*, as. C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 y STJUE de 26 de mayo de 2011, *Comisión contra España*, as. C-306-08, ECLI:EU:C:2011:347).

En cualquier caso, las incógnitas vinculadas con la interpretación del art. 3.5 LCSP no concluyen con la constatación de si las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial cumplen o no con los requisitos para ser poder adjudicador. El paso siguiente consiste en discernir el grado y forma en que se le aplica la LCSP. El art. 3.5 LCSP resulta poco explícito ya que se limita a indicar que, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador, «quedarán sujetos a esta Ley». Desde luego, no parece que lo procedente sea sujetarlas plenamente a la LCSP, dándoseles, por consiguiente, el mismo trato que si fuesen lo que no son, es decir, Administraciones Públicas. Asimismo, entrañaría una complejidad notable sujetarlas plenamente a la LCSP sólo con respecto a los contratos que concertasen relacionados con aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas. Esto último no sólo causaría perturbaciones muy graves en el funcionamiento de las propias Corporaciones, sino que las abocaría a arduas disquisiciones en torno a si los contratos de

obra o de suministro de bienes que concertasen servirían únicamente a esa parte de actividad que desempeñan como vicarios de la Administración o resultarían también útiles a sus fines corporativos. El análisis –cuantitativo y cualitativo– al que obligarían estas posiciones constituiría un nido generador de inseguridad jurídica para las propias Corporaciones. Todo ello sin olvidar además que, aun dentro del tipo de los Colegios Profesionales, se ha producido una inadmisibles desnaturalización de la categoría, en la medida en que se ha aplicado legalmente el concepto de Colegio Profesional tanto a asociaciones que integran profesiones no tituladas como a entidades que no desarrollan función pública alguna.

Desechadas, por tanto, ambas interpretaciones, parece que la lógica impondría que su régimen de sujeción a la LCSP fuese el relativo a los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas, ya que el art. 3.5 LCSP declara expresamente que se sujetan a la Ley «cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador». Conclusión que, aparte de los problemas y dudas interpretativos ya reseñados anteriormente en relación con los partidos políticos, supone también que la LCSP rompe doblemente con su propia sistemática: por un lado, atribuye la condición de Poder Adjudicador a entes a los que, como hemos visto, les resulta muy forzada tal atribución. Por otro lado, en ese camino del menos al más –de entes integrantes del sector público a Administraciones Públicas– en el sometimiento a la Ley que el art. 3 LCSP traza, nos hallaríamos ante unos entes –las Corporaciones de Derecho Público– a los que se atribuye la condición de Poder Adjudicador sin formar parte al mismo tiempo del sector público. Porque conviene recordar que ninguna Ley administrativa considera las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial, no ya como Administraciones Públicas, sino ni tan siquiera como entidades integrantes del Sector Público. A lo más, el art. 2.4 LPAC preceptúa que «las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública», normativa específica que, aunque en la práctica por el juego de los reenvíos normativos termine siendo la LPAC, no se dice expresamente que sea ésta, cuyo valor –conforme a lo que dictamina el propio art. 2.4 LPAC– es meramente supletorio. Completando esta idea el art. 2 c) LJCA sujeta al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas». La misma normativa básica de alguna de estas Corporaciones corrobora lo dicho. Por ejemplo, la Ley Básica de Cámaras de Comercio (Ley 4/2014, de 1 de abril) proclama en su art. 2.2 que «la contratación y el régimen patrimonial –de este tipo de entes corporativos– se regirán conforme al derecho privado y habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación»; añadiendo su art. 5.6 que las Cámaras de Comercio podrán «celebrar contratos en los que las Administraciones Públicas se acomodarán a las prescripciones» del TRLCSP.

Si lo que está en la base de las Directivas de Contratación es que se sujeten a los procedimientos de las mismas, los contratos que se adjudiquen por organismos públicos o por entidades que se financian mayoritariamente de dinero público, no parece procedente esta asimilación indiscriminada operada en relación con las Corporaciones de Derecho Público, cuya sujeción con carácter general solo estaría justificada plenamente en los casos de los contratos subvencionados que realicen en los términos del art. 23 LCSP. Da la sensación de que la LCSP ha querido operar transponiendo los mismos criterios que la LPAC emplea para cuando las Corporaciones de Derecho Público actúan funciones públicas, supuestos en los que, como hemos visto, la LPAC se remite a una legislación específica que, a la postre, será siempre una legislación específica de naturaleza pública –no privada– con soluciones que, directa o indirectamente, terminarán siendo también idénticas a las contenidas en la propia LPAC. Ahora bien, estas previsiones de la LPAC y de la LJCA, perfectamente lógicas desde el punto de vista del art. 149.1.18 CE que apuesta por garantizar un tratamiento común de los administrados ante el ejercicio de las potestades públicas, no resulta, a nuestro juicio, extrapolable sin más al ámbito de la actividad contractual de las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial. Una grandísima parte de la actividad que despliegan muchas de estas Corporaciones no supone ejercicio de funciones públicas, sino actividades de representación, defensa, asistencia y promoción de los intereses corporativos que tienen constitucionalmente encomendados (arts. 36 y 52 CE). Incluso, con respecto a bastantes de estas Corporaciones de Derecho Público, el ejercicio de funciones públicas ha quedado limitado sólo a ser órganos de consulta de la Administración.

No creemos, por tanto, que el art. 3.5 LCSP marque un sesgo con respecto a la forma en que hasta el momento han venido estando sujetas a la legislación contractual la gran mayoría de las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial. Desde luego, no estimamos que los dos tipos más importantes y numerosos de Corporaciones sectoriales existentes en nuestro ordenamiento vayan a verse afectados por este art. 3.5 LCSP, ya que, como hemos expuesto, no parece que sea una interpretación muy acertada entender que

tanto los Colegios Profesionales como las Cámaras de Comercio cumplen con los requisitos precisos para ser considerados Poder Adjudicador. Afirmación que, sin embargo, no es óbice para que tales entes corporativos, trayendo a primer plano la veste pública que de alguna manera ostentan, sujeten los contratos que realicen a procedimientos que garanticen unas mínimas condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación. Que es lo que, en definitiva, vienen proclamando las respectivas normas básicas que los regulan.

De esta suerte, pensamos que el art. 3.5 LCSP presenta, en realidad, un ámbito de aplicación muy reducido y tiene –si se permite la expresión– una marcada naturaleza jurídica de precepto singular en el sentido de que, sin decirlo de manera expresa, trata de sujetar a las prescripciones de la LCAP a las Corporaciones de Derecho Público de base sectorial que operan en los ámbitos de la gestión urbanística, únicos supuestos en los que, recordando la jurisprudencia europea habida al respecto, resultaría factible extender la consideración de Poderes Adjudicadores. A estos casos, cabría sumar también la hipótesis de las Corporaciones de Derecho Público que se dan en el ámbito de la cultura, del conocimiento y de la investigación científica sobre las cuales nuestro Tribunal Supremo, a la vez que ha subrayado que su principal vía de sustentación económica son las asignaciones financieras que reciben de los presupuestos públicos (STS de 23 de julio de 1985), ha destacado también la «tenue, si no directamente inexistente» base privada que ostentan, pues «no hay ningún atisbo de fines privados ni de intereses particulares, a diferencia de lo que es usual en las corporaciones sectoriales de base privada arquetípicas, como pueden ser los colegios profesionales o las cámaras de comercio» (STS de 17 de noviembre de 2015, rec. casación núm. 764/2014, ECLI: ES: TS: 2015: 4791).



La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública

Lucía López Zurita
Instituto Universitario Europeo
lucia.lopez@eui.eu

NOTA BIOGRÁFICA

Doctoranda en el Instituto Universitario Europeo, Florencia. LLM en Derecho Europeo, Colegio de Europa, Brujas. Principales líneas de investigación: Derecho europeo. Contratación pública.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA NECESIDAD DE PROMOVER LAS PYMES EN LA UE. III. LA DIVISIÓN EN LOTES COMO POLÍTICA HORIZONTAL DE PROMOCIÓN DE LAS PYMES. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 46(1) de la Directiva establece la posibilidad de dividir los contratos públicos en lotes:

«1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.

Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.

2. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

3. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse».

El precepto introduce una novedad importante, al menos en principio: los poderes adjudicadores parecen obligados a intentar, en la medida de lo posible, que los contratos se dividan en lotes más pequeños.

Esto no es sino una forma de promoción de las pequeñas y medianas empresas: si los contratos se dividen en lotes más pequeños, las posibilidades de que las PYMES puedan competir por la adjudicación de contratos públicos se incrementan. Ahora bien, la propia Directiva parece entrar en una clara contradicción interna cuando a la vez fomenta la agregación de la demanda a través de la acumulación de lotes (extremo permitido por el propio art. 46) y de la centralización de las compras¹. Por ello, nos tememos que la división de los contratos en lotes puede tener a la postre unas consecuencias bastante más limitadas de lo que, a primera vista, cabría presumir.

II. LA NECESIDAD DE PROMOVER LAS PYMES EN LA UE

Antes de entrar en el análisis del artículo 46.1 de la Directiva, conviene detenerse en un detalle de importancia: la definición de «PYME» no es homogénea en la Unión Europea, sino que varía en cada uno de los Estados Miembros. Sin embargo, un vistazo a la Directiva permite constatar que las referencias a las «PYMES» son constantes. A efectos de la Directiva, la definición de PYME es la que se incluye en la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003² (y, como tal, carente de efectos vinculantes): son «PYMES» aquellas empresas que emplean a menos de 250 trabajadores y cuya facturación anual no exceda los 50 millones o que cuyo balance total sea inferior a los 43 millones de euros³. Toda referencia a lo largo de este artículo a las PYMES remite a esta definición. Según cálculos de la Comisión, el 99% de todos los negocios en la Unión son realizados por PYMES⁴. La importancia de estas empresas para la economía de la Unión se hace entonces evidente.

La Comisión también estima que aproximadamente un 16% del PIB comunitario proviene de la contratación pública⁵. La relevancia de la contratación pública en la economía de la Unión es, por tanto, también indiscutible. Este mercado además tiene la particularidad de estar bajo el control de los Estados, en un doble sentido. En primer lugar, porque son estos quienes deciden qué bienes y servicios necesitan y cómo los necesitan. Y, en segundo lugar, porque lo hacen invirtiendo dinero público. Parece entonces evidente que pueda, o incluso, deba usarse la contratación pública como un modo de promover otros objetivos distintos de los puramente económicos⁶.

La promoción de las pequeñas y medianas empresas es uno de los objetivos fundamentales de la Directiva, lo cual tiene sentido teniendo en cuenta los datos referidos más arriba. En este sentido, la Exposición de Motivos indica con claridad la necesidad de que la regulación de la contratación pública en la Unión sirva para crear una mejor atmósfera para el desenvolvimiento y la competitividad de las PYMES. Ciertamente, son muchas las dificultades a las que las pequeñas y medianas empresas se enfrentan para acceder a los mercados de contratación pública, siendo la principal sus limitadas capacidades económicas y técnicas para concurrir con garantías de éxito a las licitaciones públicas. En este sentido, las excesivas trabas administrativas (puntos 80, 84 y 87 de la exposición de motivos) o financieras (punto 83) que padecen las PYMES se contemplan particularmente en la Directiva como problemas específicos de ellas en estos mercados.

Esta capacidad limitada tiene una consecuencia inmediata: para una pequeña o mediana empresa, competir por la licitación de un contrato de gran tamaño entraña una enorme dificultad. Es lógico que contratos de grandes proporciones sobrepasen la capacidad limitada de las PYMES. Por consiguiente, parece también lógico que la división del contrato en lotes más pequeños, tal y como propone el artículo 46.1, puede ser un factor que contribuya a resolver este problema.

Esta medida supone también una novedad en la regulación de los contratos públicos. En la anterior Directiva 2004/18, encontrábamos sólo una mención a la división del contrato en lotes y esta iba referida al cálculo del valor total del contrato (artículo 9). La sospecha que latía tras esta previsión parecía clara: la división

¹ Un análisis detallado de la contradicción en I. HERRERA ANCHUSTEGUI, "Division into lots and demand aggregation - extremes looking for the correct balance?", en G. SKOVGAARD OLYKKE, A. SÁNCHEZ GRAELLS (eds.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Elgar Edward Publishing, 2016, pág. 125 y ss.

² Recomendación de la Comisión de 6 de Mayo de 2003, sobre la definición de PYMES (2003/361/EC).

³ Artículo 2 del Anexo de la Recomendación.

⁴ Datos de la Comisión en http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en.

⁵ <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>.

⁶ En este sentido: R. CARANTA, "Sustainable Procurement", en R. CARANTA, M. TRYBUS, G. EDELSTAM (editores), *EU Public Contract Law*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pág. 188.

del contrato en lotes parecía la manera ideal de evitar la aplicación de la Directiva⁷, puesto que, disminuyendo artificialmente el valor de los contratos, se conseguía que quedasen por debajo del umbral de aplicación de la directiva. No obstante, la medida fue defendida tanto por la Asociación Europea de Pequeñas Empresas (ESBA por sus siglas en inglés)⁸, como por la propia Comisión Europea⁹. Sin embargo no parece que la desconfianza hacia la división en lotes haya cambiado excesivamente entre las autoridades administrativas.

Es muy probable que la razón por la que esta división en lotes no se haga obligatoria en la Directiva reside en esta desconfianza. De todos modos, podría estimarse que la división en lotes posiblemente sea la medida más apropiada que puede adoptarse para mejorar la competitividad y las posibilidades de las PYMES en estos ámbitos sin entrar en colisión con el principio de no discriminación, habida cuenta el recelo existente en la Unión acerca del acogimiento de otras medidas de «discriminación positiva» hacia las PYMES¹⁰.

III. LA DIVISIÓN EN LOTES COMO POLÍTICA HORIZONTAL DE PROMOCIÓN DE LAS PYMES

El artículo 46.1 persigue entonces el objetivo claro de promocionar las PYMES en el mercado único. Todos esos objetivos distintos de los puramente económicos se engloban dentro de las denominadas políticas secundarias, públicas u horizontales¹¹. Estos vienen reconocidos en el artículo 67 de la Directiva, al señalar que la oferta económicamente más ventajosa podrá tener en cuenta la relación calidad-precio «*que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate*».

En este sentido, parece evidente que la promoción de las PYMES entra dentro de lo que tradicionalmente se han denominado «políticas industriales»¹², frente a las sociales y las medioambientales. Curiosamente, son precisamente las políticas industriales las más polémicas, por levantar dudas sobre su compatibilidad con el mercado interno¹³ y, pese a ello, y como ya hemos señalado con anterioridad, la Comisión ha hecho una defensa cerrada de la necesidad de promocionar a las PYMES a través de la contratación pública. Más aún, en un mercado interno que se basa en la no discriminación, pueden surgir dudas razonables sobre hasta qué punto un artículo que obliga a la división del contrato en lotes no conlleva necesariamente un cierto elemento discriminatorio y de distorsión de la competencia¹⁴. El problema puede ser más teórico que real, dado que la propia Directiva impone serias limitaciones a la posibilidad de división de los contratos.

La primera, y más evidente, es la ya comentada de que la división de contratos no es en caso alguno obligatoria, sino que se entiende sólo como una recomendación a los poderes adjudicadores. Se les impone sólo una obligación de motivar la falta de división en lotes de los contratos¹⁵. Nótese que el artículo

⁷ El Tribunal de Cuentas en su informe sobre el sector de la Contratación Pública en 2014 señalaba este como uno de los problemas a tener en cuenta.

⁸ ESBA de hecho recogió toda una serie de propuestas para favorecer a las PYMES en su informe a la propuesta de Directiva (disponible en inglés aquí: <http://www.esba-europe.org/pdf/SubSubSection-163.pdf>). Entre ellas, destacaba especialmente la división en lotes de los contratos.

⁹ European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs To Public Procurement Contracts.

¹⁰ La Comisión fue tajante en el Libro Verde para la Modernización del Sector de la Contratación pública: «the EU is not in favor of reserving markets to certain undertakings». Otra medida descartada fue la constitución de «sets-aside», que habría supuesto la reserva de ciertos contratos exclusivamente para las PYMES. Esta opción es común en los Estados Unidos, donde la Small Business Act reconoce esta opción. En la Unión está generalmente prohibida, pero nótese que algunas agencias europeas, al margen de la directiva, tienen algo similar a los sets-aside. Es el caso de la Agencia Espacial Europea. Vid. N. DIMITRI y G. PIGA (editores), *Handbook of Public Procurement*, Cambridge, 2011, pág. 285.

¹¹ El término «políticas secundarias» parece indicar que este objetivo es adyacente o subordinado al objetivo primario de adquirir bienes y servicios, lo que da lugar a una jerarquía de objetivos que no resulta pertinente (una discusión en BENEDICT, *Sekundärzwecke im Vergabeverfahren*, Springer, Max-Planck-Institut, Heidelberg 2000, págs. 17-20). Parece, por tanto, que «políticas horizontales» es un mejor modo de referirse a todos estos objetivos distintos de los puramente económicos que pueden perseguirse a través de la contratación pública. Para una discusión detallada, vid. S. ARROWSMITH, «Horizontal Policies in Public Procurement. A taxonomy», *Journal of Public Procurement*, vol. 10, número 2.

¹² CARANTA, no obstante, parece considerarlas como un grupo separado dentro de las políticas horizontales. R. CARANTA/M. TRYBUS y G. EDELSTAM (editores), *EU Public Contract Law*, pág. 165.

¹³ En este sentido, MORETTINI en E. CHITTI y B. MATARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, pág. 190.

¹⁴ Vid. S. ARROWSMITH, «An assessment of the new legislative package on public procurement», *Common Market Law Review* 41, 2004, 1.277-1.325, pág. 1.315.

¹⁵ Es el denominado «decide or explain» principle. C. KONINCK, T. RONSE, W. TIMMERMANS, *European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU explained through 30 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the*

obliga solo a «incluir una indicación» de «las principales razones que expliquen la decisión hecha [sic] por el poder adjudicador». No parece excesivamente oneroso para tal poder adjudicador que, en todo caso, tiene un deber general de motivar sus decisiones. No hay en esta necesidad de motivación nada nuevo. El punto 78 de la Exposición de Motivos enumera incluso algunas de las razones que pueden ser invocadas para justificar la improcedencia de dividir el contrato en lotes: «estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato». Leído en conjunción con el artículo 46, parece que la obligación de explicar la falta de división queda reducida a la mínima expresión. La trasposición de la Directiva en la legislación española no parece exigir una mayor justificación. El artículo 99.3 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público incluye una lista de motivos que se considerarán «válidos en todo caso» a los efectos de justificar la no división en lotes de un contrato. La presunción *iuris et de iure* así establecida ahonda más si cabe en la relativa laxitud de la Directiva en este punto.

Por todo lo expuesto, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) pueden resultar fundamentales a la hora de concretar y delimitar la extensión misma de este deber de motivación en caso de no división de los contratos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión recoge en su artículo 41 el derecho a una buena administración y su aplicación a este caso será de indudable relevancia. Más aún, el Tribunal podría incluso decidir que la falta de motivación suficiente conduce a una reducción de los incentivos de los operadores para participar en las licitaciones de contratos públicos, lo que equivaldría a una traba en el ejercicio de las libertades fundamentales en el mercado único¹⁶.

Resulta también llamativo que no estén en el articulado de la Directiva los criterios para la división en lotes o sobre cómo esta podría llevarse a cabo. Hay sólo una tímida mención en el ya citado punto 78 de la Exposición de Motivos, en el que se hace referencia a la posibilidad de dividir los contratos con base en criterios cuantitativos o cualitativos. Pero, insistimos, lamentablemente, no hay una exposición detallada de estos criterios en el articulado de la Directiva.

Otra limitación importante viene establecida por el fomento de la agregación de oferta que parece promover la Directiva. La centralización de compras del artículo 37 es un claro ejemplo al respecto¹⁷, aunque, sin salir del mismo artículo 46, en su apartados 2.º y 3.º, se incluyen limitaciones importantes a la división de los contratos en este sentido. Por un lado, se permite que un mismo licitador pueda concurrir a varios lotes al mismo tiempo, o incluso a todos ellos. En términos prácticos, permitir que un licitador concorra a todos los lotes significa que la supuesta ventaja que representaría la división en lotes para las pequeñas empresas se diluye: no hay mucha diferencia entre un licitador que concurre a un contrato de gran tamaño o a una serie de lotes. Pero, además, el apartado 3.º otorga, por otro lado, la posibilidad a los poderes adjudicadores de adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes. El único requisito para poder hacer uso de esta prerrogativa es que dicha potestad esté prevista en los pliegos del contrato.

La consecuencia práctica de lo anterior parece clara: no es particularmente difícil para un poder adjudicador contemplar la división en lotes como una simple formalidad. Para ello, bastaría con que: a) se limitase a justificar el porqué de la no división en lotes; y/o b) procediese a la división en lotes, pero permitiendo a la vez que se presentase una oferta por todos los lotes y contemplando en los pliegos la posibilidad de adjudicar todos los lotes a un mismo licitador¹⁸. La interpretación que sobre estos aspectos realice el Tribunal de Justicia puede ser fundamental, sobre todo en lo relativo a la relación con el artículo 18 de la Directiva, que consagra el principio de competencia¹⁹.

European Union, pág. 38. Este punto fue modificado con respecto a la propuesta inicial de la directiva. Ver Enmienda núm. 30 en el Informe del Parlamento sobre la Propuesta de 2011.

¹⁶ Vid. I. HERRERA ANCHÚSTEGUI, "Division into lots...", cit., pág. 140 y ss.

¹⁷ Con independencia de que nos remitamos a la bibliografía ya detallada en nota 1, hemos de insistir en que la contradicción entre ambas políticas, la promoción de la división en lotes por una parte y la centralización de compras por otra, parece clara.

¹⁸ Parece cierto que el artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público española es algo más restrictiva en este punto, pero no lo suficiente como para de facto forzar la división en lotes.

¹⁹ Pese a que es la primera vez que tal principio aparece codificado en una Directiva, este venía ya reconocido con anterioridad por el TJUE. Un análisis del significado del principio de competencia en la Opinión de la Abogada General Stix Hackl en el caso C-247/02. Para un análisis detallado de la relación entre competencia y contratación pública en A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2015.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Directiva pone mucho énfasis en la promoción de las PYMES y esto es, sin duda, un acontecimiento a celebrar. Después de todo, son las pequeñas y medianas empresas las que conforman el grueso de la economía de la Unión y no parece lógico que deban quedar fuera de los mercados de la contratación pública. En este sentido, la división de los contratos en lotes de menor tamaño puede representar un punto de inflexión importante en la promoción de las PYMES, que justificaría un eventual aumento de los costes administrativos.

Sin embargo, la Directiva no obliga a realizar tal división en lotes y ni siquiera especifica los criterios sobre los que tal división podría llevarse a cabo. Establecer con cierto detalle cómo y cuándo llevar a cabo una división, ya fuera cuantitativa o cualitativa del contrato en lotes, habría fortalecido la política de promoción de las pequeñas y medianas empresas, incluso para el caso en que no se hubiera dado carácter obligatorio a tal división. Si los poderes adjudicadores tuvieran que motivar su decisión de no dividir en lotes con referencia a ciertos criterios legalmente preestablecidos, su discrecionalidad para no dividir se reduciría, incluso aunque no existiera la obligación de dividir.

No obstante, el artículo 46 de la Directiva, por más que trate de revestirse externamente de una veste obligacional, no parece que, en principio, pase de ser una mera recomendación formulada en unos términos relativamente amplios y generosos. La obligación de motivar la decisión de no dividir en lotes parece mínima e, incluso cuando se procede a la división, la posibilidad de realizar ofertas para todos los lotes y la prerrogativa del poder adjudicador de realizar una adjudicación a una oferta integradora limita seriamente tal división. Así, da la impresión de que para los poderes adjudicadores el artículo 46 impone una mera formalidad.

La interpretación expansiva del artículo parece que solo puede venir de la mano de la jurisprudencia del Tribunal. De un lado, una lectura amplia del deber de motivación, a la luz del principio de transparencia y del derecho a una buena administración, podría imponer una obligación de motivar mucho más estricta. Más aún para el caso de que el Tribunal entendiera que la falta o insuficiencia de la motivación supone de hecho que se coartan las libertades fundamentales de los operadores económicos. De otro lado, el principio de competencia, hoy ya codificado en el artículo 18 de la Directiva, parece encontrar un campo de aplicación ideal en la división del contrato en lotes.



Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017

María Dolores Rego Blanco¹
Universidad Pablo de Olavide
mregbla@upo.es

NOTA BIOGRÁFICA

M.^a Dolores Rego Blanco es Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla y Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide. Es Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Pablo de Olavide. Sus líneas de investigación abarcan temas de garantías de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo y del procedimiento administrativo, así como de la administración electrónica, y de la contratación pública.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL. II. DIRECTIVAS EUROPEAS DE 2014 Y SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA ¿EFECTO DIRECTO, DEBER DE TRANSPOSICIÓN O LIBERTAD LEGISLATIVA? III. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 22.^a DE LA LCSP DE 2017: NOVEDADES Y OPORTUNIDADES PERDIDAS PARA LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. III.1. ¿AÚN EN UNA DISPOSICIÓN ADICIONAL? III.2. LA NUEVA LCSP ALTERA LA DEFINICIÓN LEGAL DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. III.3. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA PUEDE CREARSE POR CUALQUIER ENTE DEL SECTOR PÚBLICO, NO SOLO POR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III.4. LA FÓRMULA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE ECONOMÍA MIXTA SIGUE RESTRINGIDA A «SOCIEDADES». III.5. VARIACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA: SE DEJAN FUERA LOS ANTIGUOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE AHORA SON CONTRATOS DE SERVICIOS. III.6. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, ABOCADAS A SER PODERES ADJUDICADORES O ENTES DEL SECTOR PÚBLICO. III.7. AÑADIDOS PRESCINDIBLES: LIMITACIÓN DE LA SÍNTESIS PROCEDIMENTAL A LA LICITACIÓN DEL CONTRATO CONSTITUTIVO Y RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL

Hasta que el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000 fue modificado por la Ley 57/2003, 16 de diciembre, la regulación de las sociedades de economía mixta se había hecho en sede de régimen local. Fue, como se recordará, la referida Ley de medidas de modernización del gobierno local la que trasladó la enumeración de las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos desde el art. 85 de la Ley 7/1995 a la mencionada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para completar la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Hasta entonces toda la preocupación sobre la licitación concerniente a la constitución de una sociedad de economía mixta se había regulado a través del art. 104.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones legales vigentes de régimen local, con el que continuó conviviendo: «En todo

¹ orcid.org/0000-0003-1035-952X.

caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria».

Pronto se puso de relieve que las exigencias de licitación pública para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público no podían ser obviadas a la hora de crear una sociedad de economía mixta, concebida, siguiendo la definición heredada de la legislación local, como aquella «en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas» para la prestación del servicio público en cuestión. Y con ello resultó patente que tener que pasar por una doble licitación pública, una primera para seleccionar a los socios privados y otra posterior para adjudicar el contrato de gestión de servicios públicos, no resultaba práctico en la vida real. Era evidente lo desincentivador de una doble licitación para la creación de una sociedad de economía mixta como fórmula de colaboración público-privada, tanto por la dilación inherente a el desarrollo de dichos procedimientos como por la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión de gestión de servicios a la sociedad de economía mixta formada con el socio privado previamente seleccionado.

Buscando una solución a la barrera jurídica que representaba esa doble licitación, en su célebre *Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada*², la Comisión Europea sugirió sintetizar ambos procedimientos en uno que, respetando el carácter público, transparente y competitivo, pudiera servir para seleccionar el socio privado de una sociedad mixta y adjudicarle el contrato público. Con ello la viabilidad de la operación quedaría garantizada, pues se salvaguardarían los principios fundamentales de los arts. 43 y 49 del Tratado CE, así, como en su caso, de las Directivas sobre contratación pública³.

Esta síntesis procedimental fue respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (caso Acoset)⁴, que admitió que la adjudicación directa a la empresa de economía mixta es válida siempre y cuando la selección del socio se haga mediante licitación con pública concurrencia y en condiciones de no discriminación e igualdad de trato, en la que se verifique no sólo la capacidad de aportar el capital sino también los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse.

Estos son los orígenes de la DA trigésima quinta de la Ley 30/2007, de Contratos de del Sector Público, que fue añadida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su literalidad decía:

«Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.».

Esta síntesis procedimental incorporada nuestro Derecho no es fruto, como se ha visto, de la obligada trasposición de una Directiva, sino de la voluntad de legislador de hacer suya una flexibilización procedimen-

² Véase su apartado 2.2 *in fine*.

³ Si bien el contrato de gestión de servicios públicos no resultaba afectado por las Directiva 18/2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, su objeto sí se recoge en los que regula de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁴ La Sentencia de 15 de octubre de 2009 (asunto C196/08, caso Acoset) se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional italiano planteada en los siguientes términos «¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter "industrial" y "operativo", sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?» Para un comentario, ver el trabajo de GALLEGO CÓRCOLES: "La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I) y (II)", en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núms. 105 y 106 respectivamente, 2011.

tal que se había demostrado compatible con el Derecho europeo de contratación pública, pero que no era exigida por él.

El hasta ahora vigente Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante TRLCSP), mantiene en su art. 277 la definición de sociedad de economía mixta de la Ley de Bases de Régimen Local, y en su DA 29.^a la previsión de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, conservando el texto de su predecesora, y añadiendo un segundo apartado relativo a las formas de financiación, donde se lee:

«2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.».

II. DIRECTIVAS EUROPEAS DE 2014 Y SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA ¿EFECTO DIRECTO, DEBER DE TRANSPOSICIÓN O LIBERTAD LEGISLATIVA?

La recientemente promulgada 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 trae causa, como es bien sabido, de las nuevas Directivas de contratación pública: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública que viene a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; y la novedosa la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El mayor impacto de estas Directivas para el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta se concentra en la configuración del contrato público de concesión de servicio y del contrato público de servicio⁵ como figuras contractuales que sustituyen al contrato de gestión de servicios públicos (por lo general, contrato administrativo⁶), al que se venía ligando históricamente en nuestro Derecho la figura de la sociedad de economía mixta como una de sus modalidades.

Pasado el plazo de trasposición de las Directivas, el efecto directo que correspondía reconocerles fue analizado en la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública*⁷. En este documento no hay ninguna referencia a las peculiaridades contractuales de las sociedades de economía mixta, salvedad hecha, naturalmente, de la necesidad de aplicar la nueva tipificación contractual antes aludida (contrato de servicio y contrato de concesión de servicio). Tampoco se recogen en las Directivas peculiaridades específicas de

⁵ Sobre estas nuevas figuras, además de la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública* de 2016, pueden interesar los siguientes trabajos: GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Barcelona. Barcelona. 2017; "Concesión de servicios y transferencia del riesgo" en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 146, 2016, pág. 102; VILLALBA PÉREZ, F. L., "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión" en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 2, 2014; RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: "La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, pág. 171 y ss; GALLEGO CÓRCOLES, I.: "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I) y (II), en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núms. 111 y 112, respectivamente, 2011.

⁶ No hace falta recordar que, según el art. 276 TRLCSP en el contrato de gestión de servicios públicos los únicos entes del sector público que podían ser sujetos contratantes eran las Administraciones Públicas (contratos administrativos) y las Mutuas (contratos privados).

⁷ Esta Recomendación fue publicada en el *BOE* núm. 66, de 17 de marzo de 2016, por Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

estas sociedades que, por no reunir las características propias de las normas susceptibles de producir efecto directo, tengan que esperar a ser traspuestas a nuestro Derecho interno para su efectiva aplicación.

Por ello, el legislador español, de cara a la redacción de una nueva Ley de Contratos del Sector Público, se encontraba en plena libertad para haber suprimido, mantenido o reformado el régimen de particularidades propias de las sociedades de economía mixta, como fórmula de colaboración público-privada, incluida la propia definición de sociedad de economía mixta contenida en el art. 277 del TRLCSP. Se trataba en puridad de una opción del legislador estatal, pues de él depende hacer suya la síntesis procedimental de adjudicación aceptada (que no impuesta) por las instituciones de la Unión. Y así lo reconoce claramente la exposición de motivos de la nueva Ley, cuando al comentar que se mantiene la fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, especifica que ello se hace «siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008».

III. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 22.^a DE LA LCSP DE 2017: NOVEDADES Y OPORTUNIDADES PERDIDAS PARA LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

En las páginas que siguen se plasman unas primeras reflexiones que acerca del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017⁸, pendiente de publicación al escribir estas líneas.

III.1. ¿Aún en una disposición adicional?

Como se ha recordado, el régimen procedimental de licitación y adjudicación contractual para las sociedades de economía mixta se introdujo en la LCSP de 2007 en una Disposición Adicional, la 35.^a. Desde el punto de vista de técnica legislativa, pese a contar con la excusa de que se trataba de añadir un supuesto concreto a un texto legal en vigor, hacerlo con una disposición adicional ya entonces merecía criticarse. Y lo mismo cabría hacer con el TRLCSP de 2011 donde permaneció como disposición adicional 29.^a, cuando bien podría haberse incorporado, con mejor sistemática, al capítulo I del Título I (adjudicación de los contratos) del Libro III de la Ley sobre «selección del contratista y adjudicación de los contratos». Ahora, con mayor razón ha de afearse al legislador que en la nueva Ley haya optado por la comodidad de no evitar la dispersión de preceptos que tratan de los sistemas de adjudicación contractual, en lugar de reunirlos en Capítulo I del Título I del Libro II, junto con las restantes normas de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas⁹.

Aunque se ha perdido esta oportunidad de mejora sistemática de la LCSP, al menos el cambio de titulación en la nueva Disposición Adicional resalta de forma más clara y directa su contenido. Así, deja de llevar por rótulo «Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado» para pasar a rubricarse «adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta».

III.2. La nueva LCSP altera la definición legal de sociedad de economía mixta

Al comparar el TRLCSP de 2011 con la nueva LCSP pronto se repara en que ésta última no recoge una definición de lo que sea una sociedad de economía mixta, equivalente a la del antiguo art. 277 del texto de 2011. Allí, al hilo de las modalidades de gestión de servicios públicos, se decía que por sociedad de economía mixta se entendía aquella «en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas». Dado que la nueva Ley da al traste con el contrato de gestión de servicio público y sus distintas modalidades, también lo hace con la noción legal de sociedad de economía mixta. Y esa desaparición tiene consecuencias jurídicas, porque naturalmente, la definición del mencionado 277 no podía desconocerse a la hora de interpretar la DA 29.^a TRLCSP y su extensión: cuando

⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados) de 26 de octubre de 2017.

⁹ Como se sabe, estas son las normas que se toman como referencia a la hora de determinar el régimen de adjudicación de los contratos que celebren los entes del sector público que no sean Administración Pública (arts. 317 y 318 LCSP).

en ella se aludía a la forma de adjudicar contratos a la sociedad de economía mixta, el concepto legal de «sociedad de economía mixta» lo proporcionaba la propia Ley en su art. 277: una sociedad en donde junto a un socio privado participaba otro sujeto merecedor de la condición de «Administración Pública». La conjunción de los dos antiguos preceptos tenía un efecto restrictivo sobre el alcance de la DA 29, que ahora deja de existir. Como veremos, ello potencia de forma importante, e incluso conveniente, considero, la figura de la sociedad de economía mixta.

III.3. La sociedad de economía mixta puede crearse por cualquier ente del sector público, no solo por Administraciones Públicas

Continuando con el análisis sustantivo de la nueva Ley, hay que destacar que ahora el concepto de sociedad de economía mixta hay que extraerlo de una regulación que, aparentemente, es solamente procedimental. En el nuevo texto, la sociedad de economía mixta se configura sobre la base simplemente de la concurrencia de «capital público» con «capital privado», al margen, se diría, de cualquier especificación de corte subjetivo. Con ello se plantea el interrogante de si la LCSP abandona la exigencia de que el capital público de la sociedad de economía mixta provenga de una Administración pública.

La nueva redacción omite la referencia expresa sobre qué tipo de ente del sector público puede ser adjudicador del contrato a la sociedad de economía mixta. Como los contratos concesión de obra y concesión de servicios, que son los mencionados en la DA 22, no son monopolio de las Administraciones Públicas (sí lo eran los contratos de gestión de servicio público bajo la modalidad aquí analizada¹⁰), puede parecer que el recurso a la sociedad de economía mixta está a la mano de cualquier ente del sector público del art. 3 (aunque no sea Administración Pública).

Sin embargo, antes de reafirmarnos en esta conclusión que hay que preguntarse si realmente cualquier ente del sector público puede aportar ese «capital público» que, unido al «capital privado», caracteriza ahora la sociedad de economía mixta. ¿Puede considerarse público el capital que aporte una fundación pública que lo sea porque, aunque su patrimonio no haya sido aportado por ningún ente público, la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público (art. 3.1.e.3.º LCSP)? ¿Es capital público el que pueda aportar una Entidad Pública Empresarial estatal, que ha de financiarse mayoritariamente con ingresos de mercado (art. 107. 3 40/2015)? ¿Lo es, en general, el capital que aporte una entidad con personalidad jurídica propia creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, cuya actividad no se financie mayoritariamente por poderes adjudicadores, pero que éstos controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (art. 3.3.e LCSP)?

Mientras que la nueva Ley deja en la indefinición la procedencia de la participación del «capital público», no hace lo mismo cuando en su art. 3.1.h trata de concretar lo que haya de entenderse por sociedad mercantil que es ente del sector público por participación mayoritaria. Ahí sí se desciende a aclarar a tal efecto, que la participación en el capital social en cantidad superior al 50% debe hacerse por los sujetos mencionados en «los apartados a), b), c), d), e), g) y h)», en donde el g) precisamente alude a las Entidades Públicas empresariales, y el e) a las fundaciones públicas (en cualquiera de sus acepciones). Sería una contradicción que una sociedad mercantil del sector público pudiera originarse por entidades cuyo capital no ha de considerarse público y esas mismas entidades no pudieran participar como parte pública en una sociedad de economía mixta. Esto permite al exégeta de la Ley interpretar en sentido lato la expresión «capital público» que emplea la DA 22.^a, equivalente a un capital con el origen, al menos, coincidente con el del art. 3.1.h de la nueva Ley.

Por otro lado, para valorar debidamente el calado de la modificación de corte subjetivo introducida por la nueva Ley, recordemos que el art. 277 TRLCSP precisaba que la participación de la Administración en la sociedad de economía mixta podía realizarse «por sí o por medio de una entidad pública». La alusión a aportaciones hechas por una «entidad pública», imposibilitaba la participación en la sociedad de economía mixta de entidades de personalidad jurídico-privada, cosa que parece que puede tenerse por superada en los términos antes expuestos. Cabría, incluso ir más allá, y en puridad, plantear la misma solución respecto a

¹⁰ Originariamente el contrato de gestión de servicio público siempre tenía como contratista a una Administración Pública, hasta que la Ley 2/2011, de 4 de marzo lo modificó introduciendo la posibilidad de que, además, pudiera serlo una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Con todo, la sociedad de economía mixta, como modalidad del contrato de gestión de servicio público, seguía siendo monopolio de la Administración Pública, pues su definición no se vió afectada por la Ley 2/2011.

los fondos sin personalidad jurídica¹¹ (art. 3.1.i LCSP), que no pueden tenerse como entes en sentido estricto por su caracterizadora falta de personalidad, pero que, desde luego, representan un supuesto de «capital público».

III.4. La fórmula de colaboración público-privada de economía mixta sigue restringida a «sociedades»

No hay novedad en la LCSP acerca de qué sujetos pueden ser contratados con la síntesis procedimental prevista en su DA 22: siguen identificándose como «sociedades» de economía mixta, esto es, entes de personalidad jurídica propia y privada bajo fórmula societaria, que se cualifican, como hemos visto, por la composición híbrida de su capital.

Puede concluirse, por tanto, que los entes personificados bajo formas no societarias siguen quedando al margen de la fórmula de adjudicación que nos ocupa. Sería el caso de otros sujetos jurídico-privados, como puedan ser las fundaciones (que no tienen «capital» en sentido estricto), con el consiguiente resultado de que la LCSP no ampara la aplicación de la síntesis procedimental de adjudicación a la constitución y contratación de una «fundación de economía mixta»¹². Me pregunto si esto es un resultado querido por el legislador o meramente heredado de normas anteriores por falta de atención durante el procedimiento legislativo, pues no se alcanza razón alguna para excluir de la DA 22 LCSP a estas otras modalidades de colaboración público-privada¹³.

Tampoco se ha preocupado el legislador, como hubiera sido deseable, de especificar el tipo de sociedad que ha de ser una sociedad de economía mixta. La nueva Ley sigue dejando esta cuestión a la interpretación del legislador ¿únicamente puede aplicarse válidamente a las fórmulas societarias de capital, es decir, a sociedades limitadas, sociedades anónimas o sociedades comanditarias por acciones¹⁴ (estas dos últimas en su modalidad pura o en la de Sociedad Anónima Laboral, Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral, o Sociedad Limitada Laboral¹⁵)? ¿O ampara la LCSP además su aplicación, por ejemplo, a las sociedades cooperativas?¹⁶

III.5. Variaciones sobre el objeto de la sociedad de economía mixta: se dejan fuera los antiguos contratos de gestión de servicios públicos que ahora son contratos de servicios

La mayor novedad operada por la LCSP en la DA 22 se refiere a los tipos contractuales para los que se admite la adjudicación directa de contratos a sociedades de economía mixta. Una vez que el objeto del antiguo contrato de gestión de servicios públicos se ha reconducido a los contratos de concesión de servicio y de contrato de servicios¹⁷, era de esperar que ambos contratos pudieran beneficiarse de la síntesis procedimental de la DA. Es más, desconectada la noción de sociedad de economía mixta del concepto de gestión de servicios públicos ninguna razón habría siquiera para discriminar, en función del objeto del contrato, los supuestos en que poder hacer uso de la adjudicación directa a favor de sociedades de economía mixta. Dicho de otra manera, la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y de sus distintas modalidades como efecto de la Directiva de concesiones parecía sugerir que cobraría plenitud la dicción de

¹¹ Sobre el particular, véase CASADO ROBLEDO, S: "El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado" en *Revista Española de Control Externo*, vol. 16, núm. 47, 2014, pág. 83 y ss.

¹² Adviértase, como aclaración, que sí se subsumen en el régimen de la DA 22 LCSP las sociedades de economía mixta cuyas acciones o aportaciones sean de la titularidad de fundaciones, ya públicas ya privadas.

¹³ Los fines que, de acuerdo con la Ley de Fundaciones, han de desempeñar estas entidades, son uno de los factores que podrían propiciar estas fundaciones mixtas.

¹⁴ Para la tipología de sociedades de capital, véase el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁵ Todo ello de acuerdo con la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

¹⁶ Sobre esta cuestión véase REGO BLANCO, M. D.: "La cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local" en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm 99, 2017.

¹⁷ La trasposición de la Directiva de concesiones no ha estado exenta de sugerencias y críticas, como son las realizadas por MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L.: "El proyecto de ley de contratos del sector público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa" en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 149, 2017; y por HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2016): "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos" en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60.

la antigua DA 29.^a que se refería a que “*los contratos públicos* [todos ellos] y las concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta (...) siempre que (...)”. Podría esperarse, pues, que la nueva Ley ampliara las facilidades procedimentales de adjudicación a las sociedades de economía mixta a cualquier contrato público y así aprovechar, cuando conviniera, las ventajas de la colaboración público-privada ínsita en las sociedades de economía mixta. Pero no ha sido así.

La LCSP ha beneficiado con la adjudicación directa a dos únicos tipos contractuales, que tienen en común el carácter concesional: concesiones de obras y concesiones de servicios ¿cuál es la razón de esa selección? ¿acaso el carácter concesional, es decir, la transferencia del riesgo operacional al contratista? Si esa fuera la razón, he de decir que no entiendo qué *vis atractiva* existe entre el recurso a una sociedad de economía mixta como contratista y la configuración del contrato con transferencia del riesgo al contratista. Además, si bajo el TRLCSP el contrato de gestión de servicios públicos, cuna de la sociedad de economía mixta, podía cristalizar, según los casos, tanto en contratos que transfirieran el riesgo al contratista como en contratos en que no se transfería ¿cómo justificar ahora que la DA 22 no admita la adjudicación directa de contratos de servicios a sociedades de economía mixta?

III.6. Las sociedades de economía mixta, abocadas a ser poderes adjudicadores o entes del sector público

Una modificación más incorporada por la DA 22 LCSP se refiere, indirectamente, a la naturaleza jurídico-contractual de la sociedad de economía mixta. La novedad se introduce al regular el aspecto cuantitativo de la participación pública del capital de la sociedad de economía mixta: ahora la LCSP exige que el capital público sea mayoritariamente público (al menos un 51%, por tanto) para que pueda adjudicarse directamente el contrato público de que se trate. Ciertamente, la LCSP no obliga taxativamente a que toda sociedad de economía mixta tenga capital público mayoritario, pero su DA 22, aboca a ello. Esto es evidente teniendo en cuenta que la propia Comisión Europea ha señalado la enorme dificultad que la doble licitación (una para seleccionar socios y otra para adjudicar el contrato) supone para esta fórmula de colaboración público-privada. Por eso, poco o nulo resultado se obtendrá en ese sentido de no aplicar la síntesis procedimental que plasma nuestra DA, pero este procedimiento sintético de licitación, como decimos, la Ley lo reserva, con carácter básico, a las sociedades de economía mixta de capital mayoritariamente público.

Consecuentemente, con la DA 22 LCSP queda anunciado el arrinconamiento, por no decir la desaparición, de las sociedades de economía mixta cuyo capital público sea equivalente o inferior al 50% del capital social para la ejecución de contratos públicos, cosa que no es fácil de digerir sin una explicación que lo justifique. Y es aquí cuando las preguntas quedan sin respuesta: ¿Por qué se añade esta condición en la nueva DA? Nada dice al respecto la exposición de motivos del proyecto; nada tampoco el Consejo de Estado en su informe acerca del anteproyecto de Ley.

El borrador de anteproyecto de Ley de contratos del sector público de marzo de 2015¹⁸ había omitido totalmente el contenido de la DA 29.^a del TRLCSP, pero detectada su falta, se corrigió en el Anteproyecto de Ley que fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado, en su informe de 10 de marzo de 2016¹⁹, con una dicción que ha pasado íntegramente al texto aprobado por las Cortes Generales. Pese a que la nueva DA suponía el recorte de la tipología de contratos que pueden suscribirse aplicándoles la síntesis procedimental de licitación, y la exigencia de que las sociedades de economía mixta tengan capital mayoritariamente público, el informe del Consejo de Estado renunció a hacer observaciones sobre el contenido de estas novedades. La excusa fue que la Disposición reproducía en su mayor parte el contenido del texto actualmente vigente. Y ciertamente en la nueva DA 22 se reproduce la DA 29 en su mayor parte, pero las diferencias entre ellas dos, aunque se concretan en pocas palabras, no son insignificantes, como hemos apreciado.

En concreto, la exigencia de capital mayoritario público implica consecuencias de distinto alcance que cabe sintetizar en las siguientes: a) minora las posibilidades de la colaboración privada con las Administraciones Públicas a través de sociedades de economía mixta, al obligar que el capital público sea mayoritario, despreciando las ocasiones en que pudiera ser el capital privado el mayoritario; b) aboca a las sociedades

¹⁸ Véase el texto publicado en el portal de transparencia, según visita de 18 de octubre de 2017 (<http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV12LO-20164601&lang=es&fcAct=2017-09-26T16:40:24.188Z>)

¹⁹ El número de expediente del informe es el 1116/2015 (Hacienda y Administraciones Públicas).

de economía mixta a ser, al menos, entes del sector público, o incluso poderes adjudicadores, atrayendo sobre sí legislación contractual para proveerse de bienes y servicios en el mercado; c) dificulta que las sociedades de economía mixta puedan tener otra naturaleza distinta de las sociedades de capital²⁰.

III.7. Añadidos prescindibles: limitación de la síntesis procedimental a la licitación del contrato constitutivo y régimen de modificación

Comparando la nueva Ley con el TRLCSP se detecta que en el apartado 1 se ha añadido un párrafo, que dice:

«La modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.».

La adición no hace otra cosa que reconducir al régimen general de la modificación de contratos la eventual modificación que pudiera necesitarse en el contrato adjudicado a la sociedad de economía mixta. Salta a la vista la innecesariedad de esta puntualización, pues la forma de adjudicación del contrato (que es la peculiaridad que aborda la Ley en esta Disposición) en nada influye en el régimen de su, modificación, como tampoco lo hace en su cumplimiento o extinción, ni en tantos otros aspectos que, con buen criterio, la Ley no reproduce. Se trata, pues, un añadido prescindible.

Por otro lado, se observa que la nueva DA 22 tiene un apartado más que su predecesora, que se ha intercalado como apartado segundo, entre los dos existentes con anterioridad. En él se establece lo siguiente:

«En el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley.».

Tampoco en esta ocasión ha estado especialmente acertado el legislador en la redacción porque ¿cuáles son los contratos distintos a los de concesión de obra o concesión de servicios (que son los referidos en el apartado 1) a que se puede aspirar a acceder como concesionaria? Se diría que ninguno, pues bajo la tipología contractual de la Ley no hay otros contratos distintos de la concesión de obra y la concesión de servicios a los que se pueda acceder como concesionario. La reducción al absurdo, pues, hace abandonar la interpretación de que la norma se refiera a otros tipos contractuales (de servicio, o de suministro, por ejemplo). Ha de tratarse de otros contratos de concesión de obras o de concesión de servicios diferentes de los que se adjudicaron en su día directamente a la sociedad de economía.

Considero que la Ley pretende recalcar que la sociedad de economía mixta es una sociedad de objeto único, siendo dicho objeto la ejecución del contrato que le fue adjudicado directamente, y que por tanto, una vez materializada dicha adjudicación directa, no puede seguir beneficiándose de nuevas adjudicaciones directas, incluso si una determinación de su objeto social más ambiciosa se lo permitiera. Esto no obsta a que la sociedad de economía mixta pueda participar en procedimientos de licitación de nuevos contratos de concesión, tanto se vehiculen a través de una nueva sociedad de economía mixta, como si no. En el primer caso, no hace falta insistir en que la existencia de un procedimiento de licitación de pública concurrencia, legitimaría, sin duda, una nueva adjudicación directa del ulterior contrato, incluso si el adjudicatario fuera una sociedad de economía mixta previamente existente.

Se trata de subrayar que la adjudicación directa regulada en la Disposición Adicional deriva de una síntesis procedimental, y que ha de estar amparada, *ad casum*, por una previa selección en pública y libre concurrencia del socio con el que se va a constituir la sociedad de economía mixta. En la misma línea de dejar claro que la adjudicación directa no tiene otra repercusión sobre el contrato de referencia, hay que entender el segundo párrafo del apartado 1 de la DA, donde se especifica la sujeción a las normas comunes sobre modificación de los contratos sujetos a la Ley (Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo). El apartado tiene un claro contenido redundante, y no incorpora novedad alguna, en mi opinión.

²⁰ Por ejemplo, en la legislación andaluza de cooperativas se limita la aportación de los Entes Públicos a las cooperativas de gestión de servicios públicos al 49% del capital social (art. 54.3 14/2011, de Sociedades Cooperativas Andaluzas).

IV. CONCLUSIONES

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017 tiene luces y sombras en lo que a las sociedades de economía mixta se refiere. Es de aplaudir que se haya seguido apostando por la síntesis procedimental que representa la adjudicación directa de contratos a las sociedades mixtas constituidas con las prevenciones legales, pero merece una crítica que no se haya aprovechado para ubicar esta especialidad junto a los restantes procedimientos de adjudicación de contratos.

Más importante resulta el «tira y afloja» que sufre la institución de la sociedad de economía mixta: mientras que se amplía los sujetos que, como parte pública, pueden integrarse en la sociedad, se restringe de forma importante las posibilidades de recurrir a esta figura de colaboración público-privada en un doble e injustificado sentido: se exige participación mayoritaria pública para poder beneficiarse de la adjudicación directa del contrato, y además este queda reducido a contratos de concesiones (de obras y de servicios), cuando antes también se ha utilizado la figura para supuestos reconducidos ahora al contrato de servicios.

Lamentablemente, la impresión general es que el legislador tampoco le ha prestado en esta ocasión la atención que la figura merece. Su régimen jurídico aún queda a la espera de una completa regulación.