

# **Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación<sup>1</sup>**

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Zaragoza*

- 1. Sobre el fundamento europeo de la contratación pública y su dimensión jurídica funcional y no formal**
- 2. Las fronteras del contrato público: negocios excluidos. Consecuencias prácticas**
  - 2.1. La compra precomercial
  - 2.2. La adquisición de propiedad intelectual a universidades: la transferencia de conocimiento
  - 2.3. La adquisición de derechos audiovisuales
  - 2.4. La adquisición de servicios jurídicos: defensa en proceso jurisdiccional
  - 2.5. El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas
  - 2.6. Los modelos de organización administrativa
- 3. Los nuevos tipos contractuales y su incidencia práctica**
  - 3.1. La depuración de los tipos contractuales desde la visión europea
  - 3.2. La nueva “dimensión” de las concesiones de obras y de servicios y su delimitación por el sistema de retribución de los contratos de obras y de servicios
  - 3.3. La regulación de las sociedades de economía mixta
- 4. La mejora de la transparencia en los procedimientos**
  - 4.1. Transparencia y procedimientos de adjudicación
  - 4.2. Transparencia y rendición de cuentas

---

*Artículo recibido el 24/01/2020; aceptado el 02/03/2020.*

1. El presente texto trae causa de la ponencia escrita presentada el 24 de enero de 2020 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2020, organizado por la Diputación de Barcelona, que ahora se reproduce. Se desarrollan ideas contenidas en la monografía del autor *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

## 5. El control de la ejecución de los contratos públicos como nuevo eje de gobernanza

- 5.1. El valor del pliego en una correcta ejecución
- 5.2. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato
- 5.3. Una reflexión final sobre la ejecución en los contratos públicos y en las concesiones

### Resumen

La aplicación 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*, tras dos años en vigor, aconseja una primera aproximación de los retos pendientes, siendo uno de ellos, al que dedicaremos especial atención, el de la correcta conceptualización desde la óptica del derecho europeo, fijando la atención en el concepto funcional del contrato público y, en concreto, sus fronteras, así como el funcionamiento de la transparencia en los procedimientos.

Palabras clave: *contratación pública; aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público.*

***Analysis of the practical application of the Public Sector Contract Law; special reference to the most complex sections regarding its process of elaboration***

### Abstract

*The application of Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts, which transposes into the Spanish legal system the Directives of the European Parliament and of the Council 2014/23/EU and 2014/24/EU, of 26 February, after two years in force, calls for a first approximation of the pending challenges, one of them, to which we will devote special attention, will be the correct conceptualization from the point of view of European Union law, focusing on the functional concept of the public contract and, in particular, its scope, as well as the operation of transparency in procedures.*

*Keywords: public procurement; practical application of the Public Sector Contract Law.*

1

**Sobre el fundamento europeo de la contratación pública y su dimensión jurídica funcional y no formal**

La construcción europea ha sido, junto a un proceso de transformación política, un impulso para la construcción de un nuevo derecho administrativo. El profesor Santiago MUÑOZ MACHADO ha explicado muy bien el importante papel que el derecho de la Unión Europea ha tenido en la consolidación de un derecho administrativo europeo<sup>2</sup>. No es necesario justificar la afirmación según la cual el derecho comunitario se ha ido apoderando del derecho administrativo<sup>3</sup>. En este sentido, se ha destacado que en el derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea<sup>4</sup>.

Así, la normativa nacional de cada Estado, en cuanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos —como lo es la contratación pública—, debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales<sup>5</sup>. Y aquí juega, sin duda, como

2. Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión Europea en la configuración de los Estados miembros, véase el excelente estudio de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

3. *Vid.* S. CASSESE, *La globalización jurídica*, INAP, 2006, pp. 120 y ss. Gráficamente EXPLICA lo que denomina el dominio del derecho comunitario sobre el derecho administrativo y de la configuración comunitaria del derecho administrativo nacional.

4. M. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, p. 115. Santiago GONZÁLEZ-VARAS califica las repercusiones del derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como “proceso general de influencias”. Así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el “uso dell’approccio comparatistico”); por otro lado, debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un “effetto di comunanza o concorrenza”), siendo los Estados una parte del todo; y por último, se subrayaría el papel de “puente” entre derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre derechos más que ordenamientos, el derecho comunitario, como señala asimismo GONZÁLEZ-VARAS, actúa como “plataforma” para el “trasplante” de los instrumentos de un derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora, porque nace de unos principios “que son comunes a los Estados miembros”, y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros (*El Derecho Administrativo Europeo*, IAAP, Sevilla, 2003).

5. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”,

destaca, entre otros, U. UVERLING<sup>6</sup>, un trascendental papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto se está convirtiendo en instrumento dinámico para la consolidación de unos principios jurídico-públicos de alcance comunitario de aplicación a todos los Estados miembros, y que puede servir de base para la construcción de la estructura sobre la que construir un nuevo y moderno derecho administrativo europeo, que dé solución a los principales problemas que plantea la actual sociedad y que no pueden ser resueltos a través de los rígidos –y, a veces, anticuados– derechos nacionales<sup>7</sup>. Un excelente ejemplo de lo que se acaba de exponer es la regulación de la contratación pública, donde la jurisprudencia del TJUE 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<sup>8</sup>. De hecho, es, 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 TJUE<sup>9</sup>. 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

---

en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

6. U. UVERLING participa también de la idea de que nos encontramos inmersos en el proceso de configuración de un derecho administrativo europeo (“Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo”, en J. BARNÉS [dir.], *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 661-663). En estos términos puede también consultarse el trabajo de A. MASSERA, “L’amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario”, *RTDP*, núm. 1, 1993, pp. 19 y ss.

7. Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *REDA*, núm. 75, 1992, pp. 329 y ss.

8. *Vid.* J. M.ª GIMENO FELIU, “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “Las relaciones ‘contractuales’ entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en M. ALMEIDA e I. MARTÍN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014), pp. 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, pp. 89-116.

9. *Vid.* C. CHINCHILLA MARÍN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, y M. SÁNCHEZ MORÓN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, ambos en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79 y 81-102, respectivamente.

de contratos públicos<sup>10</sup>. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina del TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)<sup>11</sup>. Así ha sucedido con conceptos clave como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.

Un dato importante es que el **criterio principal que ha utilizado de forma constante el TJUE para esta operación de quién es poder adjudicador no gravita sobre la idea del quién, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas, y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública**<sup>12</sup>.

En consecuencia, **un poder adjudicador, cuando actúe en tal condición, deberá aplicar las normas de contratación pública siempre que la prestación, claro, pueda tener la consideración de contrato público. Esto es así porque prima el dato funcional de utilización de fondos pú-**

10. Para conocer cómo 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.

11. Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 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.

12. Por ello, en todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias autoorganizativas que justifican su creación) será poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la “forma jurídica”, huir de las reglas de la contratación pública. Así lo ha dicho de forma clara e indubitada en su interpretación la STJUE de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, donde se 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 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 este”.

**blicos, siendo indiferente la forma jurídica que se adopte. Por ello no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre aquellos negocios jurídicos que no merezcan la calificación de contrato público**<sup>13</sup>. Es elocuente lo que afirma el abogado general en las Conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 11 de mayo de 2000, en el asunto *The Queen contra H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*: “Es preciso **hacer constar que las directivas se basan en un criterio funcional, que requiere una interpretación amplia. No obstante, en algunos casos puede estar justificada una interpretación teleológica**, como así lo creen también, en definitiva, los Gobiernos neerlandés, austriaco y del Reino Unido. Si las cantidades que aporta una entidad adjudicadora no tienen como consecuencia crear o profundizar una dependencia específica, la finalidad de las directivas impide entonces calificar dicha prestación de financiación pública, la cual solo se refiere a aquellos supuestos en los que existe un vínculo particularmente estrecho entre el organismo en cuestión y la entidad adjudicadora”.

Por ello, hay que recordar que la propia STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96, *Mannesmann*), utilizada como *leading case* para decidir el alcance del concepto de poder adjudicador, nos advierte (apartado 46) de que un contrato público no está sujeto a las disposiciones de las directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación, y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa.

Esto significa que, por ejemplo, cuando el ente contratante es un sujeto privado y el contratista un poder adjudicador, en su cumplimiento no hay que estar a las normas de contratación pública<sup>14</sup>. Esta consecuencia, esta afirmación del TJUE, que ha pasado quizá muy inadvertida en la doctrina y posterior práctica, es de especial relevancia, pues delimita las consecuencias

13. Este caso es distinto de cuando un ente formalmente mercantil, pero controlado por un ente público, se considera poder adjudicador, a lo que se refiere la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannesmann*), que indica que si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse ese ente sometido a las reglas de contratación pública. La doctrina de esta Sentencia sirve solo para delimitar si el ente es o no poder adjudicador, pero no para decidir qué reglas se aplican cuando se actúa en condición de operador económico.

14. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “Reglas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores cuando actúan como operadores económicos y deben subcontratar prestaciones (servicios y/o suministros) para el cumplimiento del contrato”, en J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 25-48.

del poder adjudicador y lo alinea no desde una perspectiva formal, sino desde una perspectiva funcional.

Como acabamos de explicar, la normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal– que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no, un contrato público<sup>15</sup>.

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la STJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional conforme al derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)<sup>16</sup>.

**Este criterio ha sido muy tenido en cuenta por la Abogacía del Estado a la hora de interpretar la normativa nacional, con el fin de garan-**

15. Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, sentencias de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*, y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía “artificios jurídicos” que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid.* al respecto mi trabajo “La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-44.

16. Ricardo ALONSO GARCÍA, “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, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

**tizar el efecto útil del derecho europeo.** Sirvan de ejemplo, entre otros, el Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación con la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SA (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 24/2014, justificando la anticipación de los efectos prácticos de esta norma europea. O el Informe 3/2018, donde, tras analizar exhaustivamente la jurisprudencia europea sobre el concepto de poder adjudicador, se sostiene que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, con carácter general, no merecen la consideración de poder adjudicador en cuanto su actividad material excluye que exista efectivo control vía financiación pública y que, por ello, en sus decisiones contractuales estemos en presencia de un contrato público (así, lo excepcional será que una corporación de derecho público tenga la consideración de poder adjudicador)<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva, 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) —a diferencia de la legislación navarra, que sí habla de contratos públicos—, sigue la inercia de su antecesora de 2007 y pone el acento en el elemento subjetivo (sector público) frente al objetivo, lo que plantea en ocasiones problemas de interpretación práctica. Para resolver esta problemática debemos acudir al propio concepto de contrato público incluido en el ámbito material de las directivas.

17. Opinión que comparte M. LÓPEZ BENÍTEZ, “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”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, 2017. Como señala M. LÓPEZ BENÍTEZ, 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. Como advertía la STJUE de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* (con anterioridad, la citada STJUE, *University of Cambridge*), los ingresos derivados de una relación contractual entre los organismos, donde hay una contraprestación, como sucede en el caso sobre el que se informa, NO son nunca supuestos de financiación pública.



2

**Las fronteras del contrato público:  
negocios excluidos. Consecuencias prácticas**

La normativa de contratación pública se aplica a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se consideran “contratos públicos” “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”. Y el artículo 71.2 indica lo siguiente: “En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, *Maria Tirkkonen*, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”.

Interesa insistir en esta precisión, pues, como se acaba de explicar en relación con las reglas a aplicar a aquellos poderes adjudicadores que actúan como contratistas, no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto) de poder adjudicador. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: “Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Así, existirá contrato público, como ha recordado la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GbmH*, únicamente cuando su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el po-

der adjudicador (apartado 49)<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, la subcontratación que se realice por una entidad pública que actúa como operador económico (y no como poder adjudicador) no tendrá la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público), pues la causa de este negocio es bien distinta y se entiende que, tras un proceso de licitación, la posterior ejecución no exige que se liciten conforme a las normas de contratación pública las prestaciones necesarias que se subcontratarán, en cuanto, aunque el contratista fuera formalmente un poder adjudicador, ese negocio jurídico no tiene por objeto satisfacer una necesidad propia<sup>19</sup>.

Desde este contexto, la LCSP, partiendo de las previsiones de las directivas de contratos públicos, indica una serie de negocios jurídicos excluidos

18. Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*.

19. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “Reglas de contratación...”, ob. cit.

Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, que declaró que el sistema “open-house” utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único, y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, precisamente por su carácter abierto. El sistema de adquisición enjuiciado en el caso *Falk* se basa en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla unos requisitos previamente establecidos. El supuesto concreto sobre el que se plantea la cuestión prejudicial consistía en un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse *a posteriori* nuevos proveedores durante el período de vigencia. El Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que el derecho de contratación pública sea aplicable siempre que un organismo considerado poder adjudicador adquiera bienes en el mercado, y de que dicho derecho obligue a convocar una licitación, implicando necesariamente la celebración de contratos exclusivos. De acuerdo con la argumentación de la sentencia, no se trata de un contrato público, en la medida en que no se selecciona a un único operador (fdo. 36 y 37), ni es un acuerdo marco, puesto que permanece durante toda su vigencia abierto a nuevos operadores (fdo. 41). Como conclusión (fdo. 42): “... no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de este”. Esta jurisprudencia permite, por ejemplo, que sea posible recurrir, para la compra de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, a mecanismos diferentes a los “ordinarios” de contratación pública, conforme a los cuales se fijen condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio de financiación a cargo del SNS, abiertas a una pluralidad de proveedores, incluso con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema”, *REDA*, núm. 202, 2019, pp. 325-340.

por su objeto de la aplicación de las previsiones de la Ley<sup>20</sup>. Para ello, la LCSP mejora la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. Haremos referencia a los de principal incidencia práctica.

## 2.1

### La compra precomercial

La Comunicación de la Comisión sobre la contratación precomercial declara que “se refiere, en principio, a un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos según los que ‘los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio’ y no constituya ayuda estatal”<sup>21</sup>.

La LCSP 2017, como su predecesora, da sustantividad a la compra precomercial, si bien aquí convendría insistir en la diferenciación entre adquisición de servicios de I+D en régimen de ayudas públicas (negocios excluidos) y la compra pública precomercial, en la que debe existir un reparto de beneficios y riesgos y, obviamente, un procedimiento público<sup>22</sup>. La compra pública precomercial, como procedimiento de licitación, permite la financiación europea, pero no así si se configura como ayuda pública. Este

20. Así, las actividades docentes (cursos de formación, seminarios, conferencias, y similares), siempre que se trate de personas físicas, no se someten a las previsiones de la LCSP (art. 310). De hecho, la Ley del IRPF entiende que este tipo de actividades tienen la consideración de rendimientos del trabajo (art. 17.2 c de dicha Ley).

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

22. Al respecto puede consultarse el trabajo de A. MIÑO LÓPEZ, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”, en J. PERNAS GARCÍA (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 216-228. También el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o la compra pública precomercial)”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 233- 270.

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).

Pues bien, este tipo de contrato se cataloga como excluido de la LCSP por el artículo 8 de la misma<sup>23</sup>. Quedan excluidos, según indica dicho precepto, los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que, además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos), 73100000-3 (servicios de investigación y desarrollo experimental), 73110000-6 (servicios de investigación), 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación), 73112000-0 (servicios de investigación marina), 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental), 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo), 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:

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

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

En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP.

## 2.2

### La adquisición de propiedad intelectual a universidades: la transferencia de conocimiento

Interesa advertir que se excluyen también los contratos sobre propiedad incorporea, entre la que, obviamente, se encuentra la propiedad intelectual<sup>24</sup>.

Entre ellos, podemos citar los contratos que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una universidad pública en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual; son contratos

23. Por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Negocios y contratos excluidos”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294-306.

24. Así, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando se adquieran derechos intelectuales (vinculados a creación, como sucede con la transferencia de conocimiento científico por las universidades, o contratos de producción de radio televisión) estaremos en presencia de contratos privados excluidos de la LCSP.

privados (y nunca un contrato público) ya que tienen la consideración de propiedad incorporeal y, por ello, *ex* artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición)<sup>25</sup>.

Los negocios jurídicos suscritos con las universidades públicas sobre la base del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU) son contratos de diversa índole (ejecución de un proyecto de investigación, realización de actividades de apoyo tecnológico, medidas analíticas, estudios, ensayos, informes, dictámenes técnicos, etc.), pero no todos ellos tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en cuanto creación, serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporeal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Interesa, pues, la delimitación objetiva de la causa del negocio jurídico que se celebre con una universidad pública en relación con la transferencia de conocimiento<sup>26</sup>. Para lo que es necesario acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)<sup>27</sup>.

El artículo 10 LPI dice:

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

25. Lo que distingue a la Universidad –y en especial a las universidades públicas– en España, frente a cualquier otra institución y, fundamentalmente, frente a una empresa, es que, junto a las funciones comunes de transmisión de los conocimientos que en un momento dado constituyen el acervo de cada disciplina, está su función de creación, desarrollo y crítica de la ciencia, como acertadamente señala el artículo 1.2 de la LOU. Y esta constituye una de las misiones fundamentales de la Universidad. La transferencia de conocimiento por parte de las universidades forma parte de su misión de servicio público, y por ello, como luego se explicará, no puede entenderse como actividad económica o de mercado. La transferencia de conocimiento tecnológico y científico constituye aquello que se ha venido a llamar “la tercera misión” de la Universidad. Se trata de una función al servicio de la sociedad –art. 1.2.c) LOU– que complementaría a las tradicionales e inescindibles de docencia e investigación, de forma que desempeñe un papel decisivo para impulsar el desarrollo económico y social del entorno territorial en el que cada Universidad se ubica, e incluso del internacional. Se busca con ello que las aportaciones que resulten del nuevo y/o mejor conocimiento generado en la Universidad (de la investigación) tengan aplicación práctica.

26. Interesa el trabajo de J. A. UREÑA SALCEDO, “Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

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

a) *Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza*<sup>28</sup>.

[...]

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

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

[...]

i) *Los programas de ordenador.* (Negrita nuestra).

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

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

28. Esta previsión es de especial interés en la adquisición de libros por las bibliotecas públicas, pues no encaja fácilmente en el ámbito del contrato de suministro del artículo 16 LCSP (que regula la adquisición de productos). El artículo 2 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, entiende por libro a toda obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura. Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial. En este caso, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico está formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP). En estos casos de propiedad intelectual no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público). Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento de libros científicos, por tanto, queda al margen de las reglas y los procedimientos de la contratación pública, al no ser una actividad propia de mercado. *Vid.* en este sentido J. A. MORENO MOLINA, "Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017", publicado en [www.obcp.es](http://www.obcp.es) (marzo de 2018).

Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracteriza por su inmaterialidad (obra versus soporte material). En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares “originales”. Lo relevante es que la actividad intelectual se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro). Por ello, de conformidad con la previsión del artículo 13.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI), que indica que la investigación debe ser “entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación”, el resultado de la transferencia de investigación, en cuanto actividad de creación de conocimiento –y consecuente originalidad–, es una obra a los efectos de la legislación de propiedad intelectual (el elemento causal es claro y permite diferenciar esta prestación de otras que son claramente contratos de servicios)<sup>29</sup>.

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de transferencia que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual<sup>30</sup>. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconoscibilidad/diferenciación de la obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, “no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus corres-

29. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ, la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 1541-1543).

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

pondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores” (art. 13 LPI).

Está claro que, **cuando la actividad de transferencia solicitada por la entidad que contrata con la Universidad se plasma en un resultado que encaja en el concepto de “obra original” establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI.** Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el miembro o el equipo, de entre el personal (docente e) investigador de la Universidad, que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico está formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)<sup>31</sup>.

El artículo 55.2 de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (LES) dice: “La transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá por el derecho privado, en los términos previstos por esta Ley y las disposiciones reguladoras y estatutos de las entidades a que se refiere el artículo 53, aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse”.

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

La LPAP, en relación con la explotación de estos derechos, establece una norma común de transferencia de la propiedad a través de cualquier negocio jurídico de carácter oneroso, pero distingue entre enajenación de inmuebles

31. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.



(ordinariamente adjudicación por concurso), de muebles (ordinariamente por subasta) y de derechos de propiedad incorporal (ordinariamente por subasta), si bien permite la adjudicación directa (art. 137.4) cuando “el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público”<sup>32</sup>. Y la LCTI (art. 36) indica que se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por las universidades públicas (y los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado), cuando se trate de “contratos de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación”, o de “contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación”<sup>33</sup>. En este último caso, la Ley exige que si el receptor de los servicios es un poder adjudicador, la adquisición deberá ajustarse a las prescripciones de la normativa de contratación pública para la celebración del correspondiente contrato (no dice contrato público). Es decir, se aplicarán, al ser un contrato excluido de naturaleza privada, las reglas del artículo 4 LCSP: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

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

Resulta, pues, indubitado que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una universidad pública,

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

33. Como bien señalaba C. AMOEDO SOUTO (“La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión”, en J. PERNAS GARCÍA (dir.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., pp. 392-399), la voluntad del legislador era clara en este aspecto: considerar como contratos sometidos al derecho privado estos contratos de valorización y transferencia de conocimiento científico.

en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición).

En esta categoría se incluye la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen “creación original”, y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría)<sup>34</sup>.

Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una universidad pública como resulte necesario y conveniente, sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex* artículo 118 LCSP, al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor<sup>35</sup>.

Como se ha expuesto, en estos casos no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público)<sup>36</sup>. Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas del autor (la universidad pública y el concreto personal público sobre quien recae el encargo de creación) sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y los procedimientos de la contratación

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

35. C. AMOEDO SOUTO (“La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión”, *ob. cit.*, pp. 402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento. Sin embargo, la redacción del actual artículo 6 LCSP, y su clara interconexión con la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación horizontal, dificultan, en mi opinión, esta opción.

36. *Vid.* al respecto C. A. GÓMEZ OTERO, “La transferencia de resultados de investigación en el cuadrilátero normativo LPAP, LOU, LES y LCTP”, en C. HORGUÉ (dir.), *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 255-281.

pública, al no ser una actividad propia de mercado. Al igual que no se sujetan a reglas de contratación pública la adquisición de bienes de patrimonio cultural (la compra de un Picasso o de un Goya, a modo de ejemplo) ni el desarrollo de las mismas, tampoco la transferencia de conocimiento, en cuanto creación, y no servicio técnico, que se solicita a una universidad pública, que por lo demás –insistimos– tiene una vocación institucional de prestación de servicio público (y no de mercado).

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

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

De lo anterior se deduce que **esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la universidad pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos ex artículo 83 LOU es realizada por las universidades, en cuanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.** En esta categoría se incluye la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen “creación original”, y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría)<sup>37</sup>.

37. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “La transferencia de conocimiento...”, ob. cit.

## 2.3

### La adquisición de derechos audiovisuales

Y también la adquisición de servicios audiovisuales, en tanto creación original, será negocio de resultado de contenido de propiedad incorporal, y no un mero o simple servicio en régimen de mercado. Y, en ese caso, un poder adjudicador que adquiera estos servicios audiovisuales no deberá aplicar las disposiciones de la LCSP<sup>38</sup>.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, contempla este tipo de servicios lo mismo como servicios culturales que como servicios económicos, y reconoce expresamente, en su considerando 5, que “su importancia cada vez mayor para las sociedades y la democracia –sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación–, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas”.

Esta especificidad sectorial ha sido tradicionalmente tenida en cuenta por las sucesivas directivas europeas de contratos, que, reiteradamente, han venido excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos públicos para servicios audiovisuales. Así se recogía tanto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, como en 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.

Ninguna novedad ha introducido sobre la regulación de este tipo de contratos la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26

38. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 48, 2018, pp. 312-343. Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación con contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, se considera que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en cuanto son propiedad incorporal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. De hecho, ha mantenido exactamente el mismo criterio de excluirlos de su ámbito de aplicación. Así, en el considerando 23 de su expositivo, reconoce lo siguiente: “En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa”.

Y el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE, bajo la rúbrica “Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”, establece lo siguiente:

*La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:*

*[...]*

*b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comunicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”<sup>39</sup>.*

La explicación a esta decisión se encuentra de forma clara en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la

<sup>39</sup>. Esta misma exclusión se encuentra en el artículo 21 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

contratación pública [COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)], cuyo considerando 23 afirma lo siguiente:

*En la adjudicación de contratos públicos para determinados **servicios de medios audiovisuales y radiofónicos** por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos.*

*Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Debe precisarse que dicha excepción se ha de aplicar tanto a los servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a la carta (servicios no lineales). Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas.*

Se excluyen, así, del concepto de contratos de servicios (salvo suministros técnicos) los servicios audiovisuales. Resulta indubitado, por tanto, que estas adquisiciones de “servicios” audiovisuales –donde existe creación y componente artístico– están excluidas de las reglas de la contratación pública.

Y así lo entendió ya la STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Bayerischer*, al analizar este supuesto de exclusión en las directivas precedentes de los años 90, donde, además, advierte que “las disposiciones de esta última Directiva, así como los principios que subyacen a ella, tienen un contenido idéntico al de las disposiciones y principios de las directivas anteriores y la Directiva 2004/18 constituye una refundición de las disposiciones ya existentes. Así, no hay razón que justifique un enfoque diferente con la regulación de esta nueva Directiva” (lo que justifica que esta doctrina continúe vigente en el contexto de la Directiva de 2014, que mantiene la misma regulación). Y en la citada sentencia se concluye lo siguiente: “Puesto que la disposición de que se trata constituye una excepción al objetivo principal de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, según se señala en el apartado 39 de la presente sentencia, a saber, la libre circulación de los servicios y la mayor apertura posible a la competencia, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, solo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 los contratos públicos que tienen por objeto los servicios citados en el artículo 1, letra a), inciso iv), de esta Directiva. En cambio, están plenamente sometidos a las normas comunitarias los contratos públicos de

servicios sin relación con las actividades que forman parte del cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de los organismos públicos de radiodifusión”<sup>40</sup>.

Es decir, **el TJUE entiende que los servicios audiovisuales no forman parte del contenido del contrato de servicios de las directivas de contratación pública**, resultando clara al respecto la voluntad del legislador europeo.

Y dado que **nada ha cambiado en el derecho europeo de la contratación pública y los contratos audiovisuales, la interpretación de la norma nacional de transposición de las directivas de contratación pública debe atender necesariamente a este criterio hermenéutico** (máxime cuando, como expresamente recuerda en su exposición de motivos la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, es finalidad de la misma la correcta transposición del derecho europeo). Interesa esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: “Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios<sup>41</sup>.

Debemos acudir nuevamente al artículo 10 de la LPI ya citado. Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracte-

40. El abogado general, en sus conclusiones generales, ya había manifestado que el texto del precepto era tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma liberaba de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación a los contratos íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión (compra, desarrollo, producción, coproducción, y los relativos a la adquisición de tiempo de radiodifusión). Y advierte que, “Al tratarse de una salvedad a la regla general, requiere una exégesis restrictiva, por lo que cualquier otra actividad gregaria de las expresamente enunciadas ha de formalizarse en un negocio jurídico, tras una licitación pública”.

41. Así, son posibles, en prestación de servicios a las personas en los ámbitos sociosanitarios, técnicas jurídicas de carácter no contractual (como ejemplo, la acción concertada). La Directiva 2014/24 de contratación pública advierte que los poderes públicos siguen “teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (considerando 114). Me remito a lo expuesto en J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “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”, *Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 65-85.

riza por su inmaterialidad (obra versus soporte material)<sup>42</sup>. En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares “originales”. Lo relevante es que la actividad intelectual o de creación se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro).

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual<sup>43</sup>. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconocibilidad/diferenciación de la obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

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

Está claro que, **cuando la actividad de adquisición de “servicios” de producción audiovisual es un resultado que encaja en el concepto de “obra original” establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI** (la causa del negocio, insistimos, la constituyen las propias obras, que no son sino un conglomerado de derechos de explotación de propiedad intelectual y que, en sentido estricto, son propiedades incorpóreas. No son tanto obligaciones de hacer como de resultado). Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el equipo que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el

42. *Vid.* mi trabajo: “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorpóreas...”, *ob. cit.*

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



resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorporeal, el negocio jurídico está normalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)<sup>44</sup>.

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales) como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no pueden tener nunca consideración de contratos públicos). Lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado.

Sobre esta cuestión conviene recordar el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, con relación al ámbito de aplicación objetivo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y los contratos que tienen por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión. En este Informe, sobre la base del Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, se explica cómo esta exclusión encuentra su justificación en que en estos supuestos no nos encontramos ante contratos de servicios, sino ante actividades de transferencia artística. Y así lo argumenta al analizar el significado del proceso de creación de un programa:

*Lo que comúnmente denominamos “programas” de radio o de televisión no son ni más ni menos que obras o creaciones audiovisuales difundidas por organismos de radiodifusión y poco o nada importa a nuestros efectos que tales obras residan originalmente en una película cinematográfica, en una videocinta o en otro soporte, ni tampoco que se trate de uno u otro género. En consecuencia, la producción de tele-*

44. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

*visión o de radio o la producción de programas, a las que se refieren las normas comunitarias, no son más que formas distintas de referirse a la producción de obras audiovisuales susceptibles de ser difundidas y puestas a disposición del público por medio de la radiodifusión televisiva o radiofónica. En el caso de la televisión, la producción (y la coproducción) denomina al conjunto de procesos de realización del programa (un audiovisual). De esta manera, la producción engloba a todo el personal, medios técnicos y recursos necesarios para la realización de un programa, organizados en torno a las figuras del realizador o director y del productor. Esta realización comprende normalmente dos etapas: la de preproducción, que abarca las fases de guion, contratación del equipo técnico y artístico y, en su caso, adquisición de derechos sobre la música u otras creaciones artísticas, creación del grafismo del programa, sus créditos, títulos, etc., y finalmente la postproducción: terminada la grabación, se procederá a dotarla de unidad en la edición técnica de las imágenes y en la sonorización. Una vez obtenida la versión definitiva, se procederá a duplicarla tanto para su emisión como para su catalogación y conservación en el archivo. En consecuencia, hay que concluir que la excepción de la Directiva viene referida a un objeto contractual que, además de prestaciones de hacer que puedan considerarse servicios, **contiene otras prestaciones o negocios que no tienen tal consideración, ya que la Directiva no pretende ni puede redefinir el carácter patrimonial o no de los negocios jurídicos que celebran los organismos de radiodifusión sobre propiedades incorpóreas o activos inmateriales, como son los derechos de autor o los derechos de explotación de obras audiovisuales, sino que lo verdaderamente relevante de la disposición de la Directiva analizada, es que esta no se aplicará cuando sea un organismo de radiodifusión quien celebre los contratos cuyo objeto sea la producción o la adquisición de los derechos necesarios para la difusión de un audiovisual por los servicios de radio o de televisión de dicho organismo** (negrita nuestra).*

En definitiva, los dos informes referidos concluyen que los servicios relativos a la producción audiovisual, a la producción artística de todo tipo y a la radiodifusión televisiva o radiofónica, no incluyen la compra ni la coproducción de programas, como tampoco los aspectos relativos al tiempo de radiodifusión, dado que estos últimos negocios jurídicos no son servicios, sino que tienen carácter patrimonial, y, en el caso de las coproducciones, son contratos privados de colaboración.

**Resulta, pues, indubitado que los negocios que consistan en la adquisición de obras originales de servicios audiovisuales, en tanto tengan por**

**finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la adquisición directa de los servicios audiovisuales referidos.**

Y no puede argumentarse una tensión “indebida” de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporales no encajan en la idea o el objetivo de libre mercado, ya que, en sí misma, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre competencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14).

El artículo 9 LCSP, al igual que el 4.1 p) TRLCSP 2011, incluye de forma expresa como negocio excluido las propiedades incorporales. Y en el artículo 16.2 LCSP se excluyen expresamente del concepto de contrato de suministro los relativos a propiedades incorporales o valores negociables. Así, como se ha explicado, en cuanto los servicios audiovisuales son propiedad incorporal, resulta incuestionable que son contratos privados donde no se aplica la LCSP.

En todo caso, al ser contratos excluidos de naturaleza privada se aplicarán las reglas del artículo 4 LCSP: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se registrarán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Obviamente, estos contratos de adquisición de servicios audiovisuales son susceptibles de incluir prestaciones propias de los contratos típicos que regula la LCSP, las cuales deben ser objeto de contratación independiente de conformidad con las previsiones de esa Ley: a) cuando el valor estimado de estas prestaciones sea superior al 50 por ciento del importe total del negocio; b) cuando estas prestaciones no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional, dirigida a satisfacer una necesidad o a conseguir una finalidad institucional propia del organismo o de la entidad contratante. En estos casos, cuando las prestaciones no sean separables, hay que entender que debe aplicarse el régimen de la prestación principal (art. 18.2 LCSP).

En nada se altera esta conclusión por la circunstancia de que no haya una previsión expresa en la LCSP 2017, a diferencia del TRLCSP 2011, que incorpore la exclusión. Y ello porque, **estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporales, y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos.** Basta recordar el adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo

mismo, excluido el “género”, no hay que hacer referencia a la exclusión de la “especie”.

Tampoco se altera porque figuren en el artículo 19.2.a) este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada, y se delimiten objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto “la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica”.

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

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP, debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por sí mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantiene la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Por último, conviene referir los supuestos en que **se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal.** El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando “las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición

de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador “personalísimo” (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevara el uso de derechos de propiedad intelectual).

En determinados servicios “técnicos y no de creación” que, al margen de la propiedad incorporal, pueda ofrecer en un servicio audiovisual, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias sentencias del TJUE)<sup>45</sup>.

## 2.4

### La adquisición de servicios jurídicos: defensa en proceso jurisdiccional

Más discutible ha resultado la cuestión de contratación de servicios jurídicos. La Directiva 2014/23 es clara al respecto en su artículo 10, al afirmar que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”. **La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar**

45. AURÉLIEN, A., “L’intuitus personae dans les contrats de la commande publique”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, que considera esta como una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva servicios de mercado interior de 2006, de 12 de diciembre (2006/123/CE), tal y como indica el considerando 88: “La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados”.

La Directiva 2014/24/UE ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminando su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división<sup>46</sup>. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedarán sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750 000 euros (art. 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En su artículo 10 d) afirma que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

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

Esto significa que, para el derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen la consideración de contrato público<sup>47</sup>. Y como explica RUBIO BELTRÁN, países como Italia, Francia o Alemania han excluido los servicios jurídicos de “abogado” de la normativa de contratación pública.

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, *ex* artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los “informes forenses”)<sup>48</sup>. Y ello por su propia naturaleza y función, y porque resulta indiscutible que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia<sup>49</sup>.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la **sentencia de 6 de junio de 2019 –asunto C-264/18–** que re-

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

48. En ese mismo sentido se posiciona J. RUBIO BELTRÁN, quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que lleva a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público. *Vid.* “La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *REALA*, núm. 11, 2019, pp. 185-203 (en concreto, p. 202).

49. Lo razona muy bien M. MESA VILA en su trabajo “La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018. Este autor destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

suelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Directiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), del ámbito de aplicación de esta, y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica y explica y justifica por qué quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta de que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el Tribunal lo que motiva la exclusión es que los “[...] servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad”. Sigue diciendo la sentencia que “[...] esa relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse”. Y añade que “[...] la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, [...] tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado [...], podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones”.

Y concluye:

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



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

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

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

Y de hecho, la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (de hecho, existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil). Por lo que, desde una interpretación sistemática que articule de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional, habría que concluir que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada por el carácter singular de la prestación, donde confidencialidad y propiedad intelectual conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública, pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado.

Abunda en esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad,

que, como apunta MESA VILA, es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación —explica— tiene su apoyo y fundamento jurídico en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

*Artículo 4. Confianza e integridad*

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

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

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

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

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (STS de 3 de abril de 1990), y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos, pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado, al no ser posible una “homogeneización de ofertas”<sup>50</sup>. Tal confianza se justifica no en una decisión caprichosa, pues un elemento esencial de esta actividad es que nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios y que, aun pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza “personalísima”, excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP<sup>51</sup>.

50. Como explica M. FUERTES LÓPEZ, en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el derecho europeo (“Contratos excluidos de las directivas europeas”, en *administracionpublica.com* –junio 2016-).

51. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tenden-

Por todo lo expuesto, y si nos atenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

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

**En definitiva, estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales están excluidas de la LCSP desde la lógica tanto gramatical como sistemática y teleológica.**

Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como la de todo contrato vinculado a la propiedad incorporal, la de contrato privado (lo que significa que se regula por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del art. 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex* artículo 118 LCSP,

---

cia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor<sup>52</sup>. Esto significa que no hay límite temporal del contrato, que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP), ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución deberá figurar explícitamente en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en cuanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público, deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y (aun de forma sucinta) los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar<sup>53</sup>.

## 2.5

### El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas

En la prestación de servicios a las personas en ámbitos tan sensibles como sanidad, educación y servicios sociales, interesa de especial modo la correcta prestación a un nivel óptimo de calidad de dichos servicios, atendiendo al mejor resultado que pueda obtenerse. Lo que tiene su importancia a la hora de articular los mecanismos jurídicos para su puesta en funcionamiento, de tal manera que pueden utilizarse fórmulas no contractuales o, en su caso, prevérse singularidades para el concreto contrato público<sup>54</sup>.

52. Este criterio lo he defendido al analizar los contratos de producción televisiva. *Vid.* “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales...”, *ob. cit.*

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

54. Opción validada, **sobre la base del principio de solidaridad**, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna **permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas** (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes

La STJUE de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, asunto C-50/14, supuso la apertura de nuevas perspectivas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro, en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio, o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Croce Rossa y otros*, asunto C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria<sup>55</sup>. La argumentación es muy clara:

*60. Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).*

relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en cuanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen “teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” [considerando 114]. Esta excepción, aunque poco clara, parece lógico extenderla a todo servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

<sup>55</sup>. Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a mi mi trabajo: “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, pp. 25-37. *Vid.* también M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de los servicios a las personas”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2864-2865.

61. *Por otra parte, no solo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).*

62. *En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).*

63. *Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60).*

El TJUE, admitida esta posibilidad de cooperación, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las entidades privadas no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y eficacia presupuestaria que lo sustentan<sup>56</sup>;

<sup>56</sup>. Sobre este aspecto, la STJUE de 21 de marzo de 2019, *Falck A/S*, define el concepto de entidades sin ánimo de lucro en los siguientes términos: “(59) Constituyen ‘organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro’, en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino”* y otros, C113/13, apartado 61).

Asimismo, establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho.

Desde esta lógica cabe admitir la posibilidad de convenios de cooperación entre entidades del sector público y entidades privadas sin ánimo de lucro (avala esta interpretación de que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de servicios sanitarios o sociales la previsión que a tal efecto se contiene en la disposición adicional cuadragésima novena LCSP), al margen de que el objeto pueda tener la consideración de una prestación contractual típica.

Esto significa que, frente a las reglas ordinarias de la contratación pública, en estas prestaciones la legislación europea y la española habilitan la utilización de “nuevas figuras” como la acción concertada, configurada como instrumento de “homologación” de entidades privadas para que puedan prestar ciertas funciones asistenciales del entorno público<sup>57</sup>. El artículo 11.6 LCSP indica lo siguiente: “Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin

---

2014/24, [ídem redacción al artículo 19.2.f LCSP] las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación”. Señala por otra parte, en su apartado 60, que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos.

57. En este supuesto, la “colaboración público-privada” con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa –Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social–, puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas. En España, al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectivas, en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario; su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración, en cuanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible.

necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”. Así, la propia LCSP admite la posibilidad de esta fórmula de acción concertada<sup>58</sup>.

El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública sanitaria y de prestación de servicios sociales, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo) que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo. En ningún caso podrá ocultar prestaciones que merezcan consideración de contrato de servicios<sup>59</sup>. Esta técnica es en la práctica, como ya advertía JORDANA DE POZAS, un modelo de fomento administrativo por el que se publica la gestión de actividades de particulares con vocación de coadyuvar en la satisfacción del interés público.

Por ello, es necesario que se respeten adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE al respecto:

- a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos “a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan”;
- b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la

<sup>58</sup>. La propia Exposición de Motivos LCSP afirma que “los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

<sup>59</sup>. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, ob. cit., pp. 12-66.



economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia *Azienda sanitaria locale* n. 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartado 61)<sup>60</sup>;

d) asimismo se establece una importante cautela de ámbito general, y se recuerda que el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia, o favorecer a determinadas empresas nacionales) no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos, la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia.

De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de “preferencia” no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la correcta prestación del servicio público sociosanitario.

Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos sanitarios, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración sanitaria o la de servicios sociales; asimismo implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente<sup>61</sup>.

Corresponderá a la Administración pública competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben

60. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado solo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia *Azienda sanitaria locale* n. 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartado 62).

61. No se trata, por tanto, de una “variante” de la contratación pública. La acción concertada no es un contrato público. Sorprende por ello, a nivel autonómico, la previsión adoptada en Andalucía en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, al afirmar –de forma claramente errónea– que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial que garantiza la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados (art. 1.2). Esta calificación como contrato administrativo especial en modo alguno responde a lo que es la esencia y justificación de la acción concertada, a la vez que implica una clara “desviación” sobre la tipología contractual contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

someterse los conciertos sanitarios y de servicios sociales, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración sanitaria; el sometimiento del concierto al derecho administrativo y, en su caso, las singularidades del régimen del personal sanitario. Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación sanitaria o social deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo de acción concertada.

La elección de centro sanitario o de servicios sociales privado “concertado” no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias o de servicios sociales objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

En todo caso, conviene advertir que las fórmulas de colaboración público-privada por las que se opte, y su “intensidad”, no pueden amparar situaciones que comporten una “privatización” del modelo, ni, por supuesto, que se pueda “abrir un mercado”, en claro fraude a la esencia del modelo (por ello, la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria “salida” del sistema, para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable). Y tampoco puede “cartelizarse” a favor de entidades del tercer sector, pues se quebraría la justificación de su preferencia como política de “discriminación positiva”.

Insistimos en que la acción concertada es una técnica jurídica complementaria a la del contrato público, que exige prudencia en la aplicación de decisiones que favorezcan a un determinado sector. Y en que la opción de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores exige justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato “privilegiado” (no basta con ser una entidad sin ánimo de lucro, pues el derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad) y no se pervierte la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios, pues es esta la única justificación admisible (y no las preferencias ideológicas).

En todo caso, para esta posibilidad, con los límites descritos, es necesaria una norma legal (dentro del marco competencial español, de las comunidades autónomas) que prevea y regule esta posibilidad<sup>62</sup>. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos “perversos”. Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de la prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad (sirva de ejemplo la Ley Balear 12/2018, de servicios sociales a las personas).

## 2.6

### Los modelos de organización administrativa

Por otra parte, aunque nada se dice de forma expresa, resulta evidente que quedan fuera del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público las cuestiones de organización administrativa, como son los casos de descentralización (el derecho europeo garantiza un ámbito de decisión organizativa propia, al margen de la legislación contractual). El TJUE ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre estos supuestos, aunque, de momento, de manera puntual. Entre otras referencias, debemos destacar especialmente la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento el TJUE vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado, y de que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública “[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales

62. La competencia de desarrollo de las técnicas de acción concertada o de “singularidad” de la contratación pública en los servicios sanitarios a las personas es de las comunidades autónomas. Existe una competencia compartida que exige el adecuado “equilibrio” de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013). Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la comunidad autónoma.

[...], sobre la base del cual estas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades (apartado 55)”.

En todo caso, como bien destaca M. VILALTA REIXACH, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pueda considerarse como un supuesto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual. Analizando el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, y la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, se puede concluir que los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas excluidos del ámbito contractual deberían suponer, como mínimo, dos consecuencias: a) asunción de responsabilidades y autonomía decisoria, y b) ausencia de retribución y autonomía financiera<sup>63</sup>.

### 3

## Los nuevos tipos contractuales y su incidencia práctica

La LCSP incorpora importantes novedades en la tipología de los contratos, optando por incorporar los conceptos del derecho europeo.

### 3.1

## La depuración de los tipos contractuales desde la visión europea

En la tipología de contratos, la LCSP de 2017 opta, a mi juicio correctamente, por un ajuste de definiciones de obras y servicios, a la vez que se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE de 30 de octubre de 2009, Comisión/Alemania) de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos<sup>64</sup>. Lo que no impide un régimen jurídico “más intenso” en prestacio-

63. M. VILALTA REIXACH, *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*, 2019.

64. 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

nes 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)<sup>65</sup>.

Por otra parte, “desaparece” el tipo de contrato de colaboración público-privada (decisión motivada en la experiencia práctica, pretendiendo evitar confusiones o incorrecto uso), si bien las distintas fórmulas de colaboración público-privada pueden desarrollarse aplicando las previsiones propias de las concesiones de obras y las concesiones de servicios<sup>66</sup>.

Se regula el contrato mixto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, atendiendo a la regla general de valor estimado de la prestación principal (artículo 13 LCSP/2017). Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico”, y no, por tanto, tipos de contratos (artículos 24 a 26 LCSP/2017).

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

---

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, en “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57.

<sup>65</sup>. Así lo destaca también J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)*, Civitas, Madrid, 2018, pp. 32-35. No comparto la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ 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, pp. 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, y favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

<sup>66</sup>. 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 AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 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 los conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M.<sup>a</sup> HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico (*La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541). *Vid.* también M.<sup>a</sup> Á. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “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, pp. 293-326.

equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como en el de concesión de servicios<sup>67</sup>.

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 público<sup>68</sup>, 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 actividad<sup>69</sup>. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público-privada 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 quién 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 adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente<sup>70</sup>.

67. A. FORTES MARTÍN lo explica bien al recordar que, “Sea como fuere, el legislador estatal, al incorporar el artículo 312 en el texto de la LCSP, entendemos que ‘renuncia’, siquiera de forma parcial, a su decisión de suprimir el contrato de gestión de servicios públicos al caer en la cuenta de que ‘no todo es blanco o negro’ en la consideración de un contrato como de servicios o de concesión de servicios. Más bien, existe una zona intermedia, un escenario en el que se prestan auténticos servicios públicos donde, si bien no hay traslación al contratista del riesgo operacional en el umbral exigente marcado por la DACC (...) el mero contrato de servicios no alcanza tampoco a satisfacerlo por ‘quedarse corto’” (*La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel, Madrid, 2018, p. 252).

68. 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”.

69. 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 ampare 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.<sup>a</sup> 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.

70. Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito a F. CAAMAÑO, J. M.<sup>a</sup> GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit Editorial, Barcelona, 2017, pp. 57-83. También a J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13.

El artículo 29 LCSP regula los plazos de los contratos y opta por que el plazo 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.). 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 de concesiones)<sup>71</sup>. Este precepto establece tres supuestos que posibilitan, en contratos de servicios –porque no hay transferencia de riesgos–, un plazo de ejecución del contrato superior a cinco años. Lo que ejemplifica la voluntad del legislador estatal de reconducir el plazo del contrato a la verdadera causa del mismo para garantizar la correcta ejecución, tal y como refiere, insistimos, el artículo 29.1 LCSP.

El primer supuesto establece un plazo superior a cinco años cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, y estas 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. La redacción de esta previsión es clara y permite, por tanto, entender que ya resulta posible adoptar un plazo mayor cuando concurren las circunstancias relativas a recuperación de la inversión y su amortización<sup>72</sup>. Circunstancias, *per se*, objetivas, que no permiten libertad de decisión, pues son conceptos claramente determinables y controlables.

La matización posterior de que “El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario” en nada condiciona la inmediata eficacia de la previsión legal, porque nada dice la norma legal de que “demore la eficacia” esa aprobación reglamentaria, pues de la misma no se puede deducir que esa regulación sea habilitante, ya que la Ley habla de que el concepto será objeto de desarrollo, pero no de que sea previa su definición o delimitación. Ni el hecho de desarrollo del concepto implica indeterminación del mismo. Y ello porque este concepto no es nuevo y tiene fundamento en la normativa contable y en la normativa europea SEC 2010, de

71. Como dice X. LAZO VITORIA, “la reiteración en el art. 29 LCSP de las conocidas reglas sobre plazos máximos de las concesiones (40, 25 y 10 años, dependiendo de su objeto) en nada desvirtúan la regla del art. 18 (de la Directiva de Concesiones) cuya aplicación es en todo caso preferente” (“El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 62-69).

72. *Vid.* M. M.<sup>a</sup> RAZQUIN y F. J. VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 108.

directa aplicación. Existen, pues, elementos suficientes y transparentes para que la Administración pueda determinar el coste relevante de la inversión, de cara a determinar el plazo máximo de un contrato de servicios como el que es objeto de consulta en este Informe<sup>73</sup>.

Es más, conforme al artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible. No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal, pues la Ley en modo alguno condiciona a un posterior desarrollo reglamentario de un concepto la eficacia de la determinación del plazo. Tampoco desde una perspectiva sistemática, pues ninguna de las disposiciones transitorias (esa es su función) determina o condiciona la eficacia de la determinación del plazo. Es más, si la Ley hubiera querido diferir la aplicación de esta regla lo debería haber hecho mediante una disposición transitoria (como, por cierto, sí se hace para la exigencia de inscripción obligatoria en el ROLECE).

Por último, la interpretación teleológica del precepto, en su contexto europeo y de la finalidad del cambio de regulación, es prístina al pretender una nueva determinación del régimen de los contratos de servicios o suministros por referencia a costes de amortización, sin necesidad de transferir riesgo operacional, pues podría desvirtuarse la correcta tipificación del contrato (como sucedía con la legislación nacional) o impedirse la correcta prestación de “servicios públicos” esenciales, donde no es conveniente la transferencia de riesgos y los plazos a cinco años resultan claramente insuficientes.

Por ello, a la vista de las previsiones de entrada en vigor de la LCSP, resulta indubitado que el plazo de servicios puede ser superior a cinco años, aunque no exista desarrollo reglamentario del concepto de coste relevante. Obviamente, como en toda decisión pública, el órgano de contratación deberá explicar de forma transparente los motivos del plazo fijado, que en modo alguno puede pervertir la competencia ni otorgar una financiación indebida o un enriquecimiento injusto.

<sup>73</sup>. A título de ejemplo, resulta de interés el estudio de E. ENGEL, R. FISCHER y A. GALETOVIC, “Políticas eficientes de inversión y tarificación de las infraestructuras del transporte en España”, *Fedea Policy Papers*, núm. 2018-01, Madrid.



### 3.2

#### La nueva “dimensión” de las concesiones de obras y de servicios y su delimitación por el sistema de retribución de los contratos de obras y de servicios

El marco de la colaboración público-privada como estrategia en la provisión de servicios o de obras está de actualidad, no solo por los evidentes motivos de la necesaria estabilidad financiera-presupuestaria, sino sobre todo por la **oportunidad de habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas, que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés relevante que difícilmente se pueden articular bajo la arquitectura tradicional de los contratos públicos ordinarios**<sup>74</sup>.

Son cuatro los objetivos de las distintas fórmulas de colaboración público-privada: mayor eficiencia económica, implicación más directa del sector privado, aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos y, también, la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas<sup>75</sup>. Esto explica la extensión de estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras, incrementando la eficiencia<sup>76</sup>. No obstante, no debería ser ese el único

74. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 435-462. También, de la misma autora, “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007, pp. 645-662. Entre la bibliografía más reciente, A. I. PEIRÓ BAQUEDANO, *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Aranzadi, 2019.

75. M. GARCÉS recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de la exigencia de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en cuanto que las empresas constructoras tienden a reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Además, se libera al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. *Vid.* M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “En torno a la colaboración”, en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. En el mismo sentido, M.<sup>a</sup> HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 530-532.

76. Así, el Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, advierte de esta circunstancia, y recuerda que la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Informe “Réseaux Transeuropéens” (1993), declara que “los mecanismos de financiación extrapresupuestaria están llamados a cumplir, a buen seguro, una función adicional y complementaria respecto a los sistemas tradicionales de financiación pública, exclusiva y directa”.

critorio, sino más bien la cláusula de valor por dinero, y en ese análisis hay que advertir de posibles deficiencias, como la pérdida del control público de las decisiones, los riesgos políticos y de rendición de cuentas, la posible reducción o pérdida de la competencia en un mercado “cerrado”, o el que esos servicios sean pagados directamente por los ciudadanos.

Una de las cuestiones que más claramente justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que finalmente soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, al menos en potencia, a importantes costes financieros<sup>77</sup>. Esto explica que en los últimos años se haya producido en España un aluvión de contratos CPP: la crisis ha sido un elemento que ha resultado un factor determinante en el aumento del uso de la colaboración público-privada<sup>78</sup>.

Con la nueva LCSP de 2017, como se ha indicado, desaparece el tipo contractual de colaboración público-privada (una adecuada trasposición hizo llegar a la conclusión de que no resulta necesario –ni conveniente– mantener la figura española del contrato de colaboración entre sector público y sector privado, pues, en puridad, toda concesión es una modalidad de PPP)<sup>79</sup>. La opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones<sup>80</sup>. Se incorpora, por lo demás, una definición de contrato de

77. J. F. MESTRE DELGADO recuerda con acierto que las directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público-privada, en su trabajo: “Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público”, en AA. VV., *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-40.

78. En todo caso hay que advertir de la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención en el adecuado cumplimiento de la prestación pública. Para lo que tiene una gran importancia la incorporación de la adecuada calidad a la definición del objeto de las fórmulas de CPPI.

79. Analizaban con gran detalle esa modalidad “española de colaboración público-privada”: M.<sup>a</sup> T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009; A. DORREGO DE CARLOS y F. MARTÍNEZ VAZOSA, *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009; M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012; y A. PALOMAR OLMEDA (dir.), *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

80. Me remito a los siguientes trabajos publicados en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: P. VALCÁRCEL, “La delimitación de los tipos contractuales”, pp. 431-451; F. HERNÁNDEZ, “Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, pp. 477-516; X. LAZO, “El

servicios conforme al derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE<sup>81</sup>. Así, se incluye un contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional<sup>82</sup>. 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 europea<sup>83</sup>, una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania)<sup>84</sup>.

riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, pp. 517-545; J. TORNOS, “El contrato de concesión de servicios”, pp. 1447-1484; y J. LAVILLA, “Régimen jurídico de la concesión de obras”, pp. 1415-1445. También al trabajo de A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, pp. 31-51. También a X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios”, en E. GAMERO e I. GALLEGU (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2547-2612, y J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras”, en el mismo libro, pp. 2511 y ss.

81. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *REDA*, núm. 156, 2012, pp. 17 y ss.; así como M. M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en el *Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3549 y ss. del tomo II; y “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)”, *REDA*, núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M. Á. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss.

82. Vid. A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 182, 2017, pp. 445-481.

83. 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*.

84. 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 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

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura *–locatio operis–* propia de todo contrato público) como elemento para delimitar una concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastará 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 servicios)<sup>85</sup>. 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<sup>86</sup>. Así, dentro del riesgo de demanda, como explica P. VALCÁRCEL, se encontrarán el riesgo de crecimiento ligado a la evolución de la economía y el riesgo de competencia, lo que puede significar la existencia de ofertas más competitivas para el usuario final<sup>87</sup>. Y como riesgo de suministro, en palabras de L. MÍGUEZ MACHO, habrá que entender que es “el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del

---

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 y 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, y 50/2013, de 25 de marzo) y el Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

85. *Vid.* X. LAZO VITORIA, que nos indica que el riesgo operacional es un riesgo económico, un riesgo ajeno al control de las partes y un riesgo sustancial (con problemas de cuantificación): “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, *ob. cit.*, pp. 517-545. Asimismo, “El contrato de concesión de servicios”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2579-2588. Existen problemas derivados del SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, de riesgo de oferta, o de ambos (son, pues, distintos a criterios del SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en el 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, pp. 437-474.

86. Por todos, F. HERNÁNDEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, 2018, y E. LÓPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019.

87. P. VALCÁRCEL, “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios públicos de interés general”, en V. PARISIO, V. AGUADO y B. NOGUERA (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 77 a 128.

contratista”<sup>88</sup>. Un riesgo, por tanto, vinculado a la construcción de la obra o implantación del servicio<sup>89</sup>.

La parte de los riesgos transferidos al concesionario, que tiene que ser la más adecuada para la correcta satisfacción del interés público, debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable: “Un riesgo operacional 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, 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)<sup>90</sup>.

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 este asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si

88. L. MIGUEZ MACHO, “Las distinciones entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español”, en *Las nuevas directivas de contratación pública* (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015, p. 405.

89. F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ considera que la falta de concreción de la Directiva 2014/23 “permite especular sobre si el riesgo de oferta debe identificarse (como todo parece indicar) con el denominado riesgo de disponibilidad; término utilizado tanto en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas como en el Proyecto de Directiva” (“La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea”, en *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016, p. 2472).

90. Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, deben tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *vid.* el estudio de A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. Asimismo, “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 20-33.

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 corre<sup>91</sup>. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)<sup>92</sup>. Ni, en los supuestos de riesgos imposibles de predecir, que estarían en cualquier infraestructura pública gestionada mediante contrato público ordinario, atribuirselos al concesionario<sup>93</sup>. Como se indicaba en las conclusiones del abogado general CRUZ VILLALÓN en el asunto C-348/10, *Norma y Dekom*, “**el riesgo asumido por el prestador del servicio para que nos encontremos ante una concesión no tiene por qué ser un riesgo ‘considerable en términos absolutos’, sino únicamente una ‘parte significativa’, al menos, del riesgo que en todo caso asumiría el propio adjudicador si prestara él mismo el servicio en cuestión**”<sup>94</sup>.

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres

91. 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). *Vid.* “Los riesgos del riesgo de explotación”, en AA. VV., *Observatorio de contratos públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

92. 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”, *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 154, noviembre 2013; y L. MÍGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y 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, pp. 181-185. Hay que lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

93. Lo explican bien J. M. VASSALLO y M.<sup>a</sup> Á. BAEZA, en “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, *Anuario de la movilidad*, 2009, p. 64.

94. La sentencia del Tribunal Supremo 1795/2019, de 30 de mayo, rec. 207/2016, reitera que para que exista un contrato de concesión el contratista ha de asumir el riesgo de explotación del contrato: “en absoluto el llamado riesgo por el contratista, tiene entidad suficiente, frente al hecho de una retribución fija en función de la calidad de la prestación del servicio, calidad atribuible al contratista y no a ningún riesgo por principio externo al contratista, de explotación a su riesgo y ventura: ‘como se recordó en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014, Recurso n.º 486/2011, ninguna duda existe de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987, reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar’ (STS del 20 de abril de 2015, rec. n.º 54/2013)”.

del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, en el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, en el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, en el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, en el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, 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<sup>95</sup>. Pero tampoco puede olvidarse, como bien se ha indicado en la doctrina, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones de obras o de servicios generaría importantes problemas de funcionamiento<sup>96</sup>. E imposibilitaría, en muchas ocasiones, garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos<sup>97</sup>. Así, resulta evidente que la correcta distribución de riesgos condiciona el funcionamiento práctico del mercado concesional. Ahora bien, como advierte P. VALCÁRCEL, no se oculta que una correcta identificación de los riesgos, y su certero reparto entre las partes vinculadas a este tipo de concesiones, es una cuestión compleja que presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica, y cuya con-

95. Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. VILLAR ROJAS en su trabajo: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP*, núm. 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales: “En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada” (p. 172).

96. Como ha advertido la Comisión Europea en la Comunicación “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)” (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final), “para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen”. En estos términos se expresa (p. 13). En la doctrina científica se insiste en esta idea. Por todos, A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 469-549; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 381-420; F. VILLALBA PÉREZ, “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 (REALA)*, núm. 2, 2014, pp. 14-15; y F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, ob. cit., pp. 189-190.

97. De “situación desalentadora” es como califica M. Á. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia (*El contrato de concesión de obras públicas...*, ob. cit., p. 272).

creción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen los aspectos económico-financieros<sup>98</sup>.

En definitiva, el riesgo –aun limitado– es el elemento esencial en toda fórmula de colaboración público-privada<sup>99</sup>. Y este riesgo transferido, con la TIR propuesta, son elementos *sine qua non* para determinar el plazo de la concesión. **Plazo que es un elemento esencial, en cuanto condiciona la propia existencia de riesgo operacional.** 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

98. P. VALCÁRCEL, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 52-61. La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”. J. J. GANUZA FERNÁNDEZ y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de “elefantes blancos”, porque, “antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real” (“El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, en *Economía industrial*, núm. 398, 2015, pp. 111-115).

99. 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 en el de concesión de servicios. Así lo explica, aun criticando la supresión de la categoría, J. C. LAGUNA DE PAZ, “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 41-68. No comparto, por ello, la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ 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, pp. 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, y favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.



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”.

El plazo de las concesiones es un elemento claramente vinculado al riesgo operacional, de tal manera que 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)<sup>100</sup>. 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)<sup>101</sup>. Asimismo, como ha recordado

<sup>100</sup>. Los plazos son, lógicamente, importantes, y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

<sup>101</sup>. 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

la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación”<sup>102</sup>.

En todo caso, la opción de contrato o concesión debe estar debidamente justificada, no solo desde la óptica presupuestaria, sino, principalmente, desde la lógica de la mejor ejecución de la prestación, combinando los elementos de construcción/instalación y explotación de la obra o servicio<sup>103</sup>.

---

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”.

102. Informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (p. 40). Y añade: “las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente” (p. 41).

103. Sobre esta cuestión se ha preocupado la literatura económica. Por todos me remito al trabajo de D. DARDIROT y J. POUYET, “Built or not: normative and theorie of private-public partnerships”, *Journal of Economic Literature*, 12 de septiembre de 2006.

## 3.3

## La regulación de las sociedades de economía mixta

La sociedad de economía mixta como mecanismo contractual de gestión de servicios públicos ha debido amoldarse, tanto en su régimen jurídico como incluso a veces en su denominación, a las exigencias del derecho europeo, que encaja estas fórmulas en la denominada “Colaboración Público-Privada Institucional” o CPPI, es decir, fórmulas de colaboración materializadas en una persona jurídica de derecho privado, normalmente una sociedad mercantil. Así, presenta ciertas peculiaridades con la nueva regulación efectuada por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público<sup>104</sup>. Hasta la reforma de la legislación de contratación pública efectuada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la regulación de las sociedades de economía mixta se había hecho en sede de régimen local<sup>105</sup>. 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 a la legislación de contratos públicos, 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 artículo 104.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones legales vigentes de régimen local, con el que continuó conviviendo: “En todo 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”.

Tras la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y con-

104. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13.

105. Ciertamente, esta figura aparecía mencionada en el artículo 66.4.<sup>a</sup> del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, dentro de las modalidades de contratación de los servicios públicos, pero sin que esa gestión fuese acompañada de un régimen específico. En todo caso, ya en el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales se mencionaban las “empresas de economía mixta” en su mismo preámbulo, regulándolas como “empresas mixtas” en los arts. 102 a 112.

cesiones y que queda introducido, por tanto, en el campo de la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02)<sup>106</sup>, y la STJUE de 15 de octubre de 2009, en el asunto C-196/08, *Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa* y otros, el Estado español regula esta figura en la disposición adicional trigésima quinta de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, 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”.

El ya derogado Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector Público de 2011 incluía, en su artículo 277, la definición de sociedad de economía mixta de la Ley de Bases de Régimen Local, y en su disposición adicional vigésima novena 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.*

Esta técnica se mantiene en la Ley 9/2017. La exposición de motivos de la Ley 9/2017 advierte que se mantiene la fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, y 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

<sup>106</sup>. Vid. M. Á. BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010, pp. 93-138.

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”. Y su regulación se incluye –quizá con mala ubicación sistemática– en la DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SEGUNDA LCSP, que lleva por rúbrica *Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta*. El precepto regula así:

*1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley 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.*

*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.*

*2. 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.*

*3. 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 de concesión de obras o de concesión de servicios, 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.*

Además, en el artículo 28.3 LCSP 2017 se indica lo siguiente: “De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contra-

tos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta”.

La nueva regulación plantea novedades. Una primera es 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 redacción literal es clara: capital público (y no persona jurídico-pública), y tiene lógica, pues esta fórmula puede ser utilizada por poderes adjudicadores no Administración pública (la CPPI como concesión de servicios se aleja de los condicionantes del derogado contrato de gestión de servicios públicos). No hay novedad en la LCSP acerca de qué sujetos pueden ser contratados con la síntesis procedimental prevista en su disposición adicional vigésima segunda: 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. Y tiene su lógica, pues se “seleccionan socios” para configurar esa CPPI. Y encaja con la necesidad de que en las concesiones se constituya una sociedad<sup>107</sup>.

Una novedad importante se introduce al regular el aspecto cuantitativo de la participación pública del capital de la sociedad de economía mixta: ahora la LCSP (exigencia de carácter básico) exige que el capital público sea mayoritariamente público (al menos un 51 %, por tanto) para que pueda adjudicársele 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 disposición adicional vigésima segunda aboca a ello si se pretende una CPPI. La exigencia de capital mayoritario público implica, como ha explicado M.<sup>a</sup> D. REGO BLANCO, 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 a que el capital público sea mayoritario, despreciando las ocasiones en que pudiera ser el capital privado el mayoritario; b) aboca a las sociedades 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)

107. Los derechos de los socios de una CPPI figuran en los propios estatutos de la sociedad: como regla general, obtener información vinculada al correcto cumplimiento de los fines de la CPPI. En todo caso, ante posteriores licitaciones, no tienen derechos de preferencia, pues han sido declarados incompatibles con el derecho europeo de contratación pública. El socio privado tiene derecho a la correcta explotación de la CPPI sin que el socio público interfiera de forma indebida en la gestión. Esto significa que no se le pueden imponer cargas “adicionales” desproporcionadas al fin de la CPPI. Y, por supuesto, que la gestión de la CPPI no puede ser tensionada indebidamente por la “ideología”.

dificulta que las sociedades de economía mixta puedan tener otra naturaleza distinta de las sociedades de capital<sup>108</sup>.

Esta exigencia de participación mayoritaria puede suponer un claro “desincentivo” para los socios privados, que pueden preferir como alternativa el tradicional “negocio concesional”, pues aquí sí pueden ejercer su capacidad de gestión, sin condicionantes que un socio público mayoritario puede ir imponiendo de forma sobrevenida, lo que podría, incluso, limitar indebidamente los intereses del socio privado, al asumir la iniciativa de compartir esa CPPI. Esa falta de seguridad jurídica, al no tener una posición institucional “garantizada” en la sociedad de economía mixta, es, sin duda, una importante dificultad para la utilización de estas figuras.

Conviene advertir que las relaciones con esta sociedad no pueden articularse luego con la técnica de la cooperación vertical (regulada en el artículo 32 LCSP 2017). Las razones de esta inaplicabilidad fueron explicitadas en la importante STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, según la cual:

*48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.*

*49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramen-*

<sup>108</sup>. M.<sup>a</sup> D. REGO BLANCO, “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 152-160. Sobre la nueva regulación también son de interés las reflexiones de M.<sup>a</sup> T. CANTÓ LÓPEZ, “El buen gobierno de la sociedad de economía mixta en el marco de la contratación pública”, en AA. VV., *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 469-485.

*te participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.*

*50. A este respecto, es necesario señalar en primer lugar que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.*

*51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.*

*52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.*

En el mismo sentido, la STJUE de 15 de octubre de 2009 recuerda que “la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la Sentencia Sea, antes citada, apartado 46). Este es el caso de la concesión examinada en el litigio principal, pues el socio privado debe suscribir el 49 % del capital social de la sociedad de capital mixto adjudicataria de dicha concesión”.

Así, estas entidades, cuando no puedan prestar con sus medios la actividad, deberán aplicar necesariamente la legislación contractual. Y, en el caso de aguas, la legislación de contratación de sectores especiales.



Por otra parte, en relación con el procedimiento de adjudicación para la selección del socio privado, conviene advertir que la LCSP (art. 168.2.º) permite el procedimiento negociado sin publicidad cuando existen derechos exclusivos:

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

*La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.*

Interesa destacar que ahora se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia<sup>109</sup>. En relación con la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, que tiene su fundamento en la propia Directiva de contratación pública (art. 32), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación con la constitución de la sociedad de capital mixto “*Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l’Aigua, SA*”, para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del ROAS, aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como

109. Como ha indicado I. GALLEGO CÓRCOLES, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220-222. Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto solo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, *Comisión/Italia*, C-57/94).

consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, o razones técnicas o económicas que impidan la concurrencia.

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas)<sup>110</sup>. En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales)<sup>111</sup>. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo, afirma que “se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación”.

Para finalizar, conviene recordar lo que advierte la Comunicación de la Comisión sobre las CPPI en relación con que “el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto”. Por tanto, la validez material de las CPPI se acota por la equidad y por la previsión, de forma que todos los licitadores, manifiestos o latentes, tengan acceso a una información adecuada sobre el proyecto del poder adjudicador de crear la entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión. Esto obliga a la aplicación de los procedimientos de licitación contenidos en la normativa de contratos públicos (comunitaria y nacional). Así, cualquier cambio operado sobre la “arquitectura” institucional de la referida sociedad de economía mixta deberá respetar las reglas y principios

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

111. Tesis defendida en mi trabajo “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13 (en concreto, p. 12).

de la legislación de contratos públicos. Lo que obliga, también, a diferenciar eventuales cambios de los supuestos de cooperación horizontal entre, por ejemplo, diputaciones provinciales y ayuntamientos en la prestación por las primeras de servicios públicos obligatorios. En este contexto, la creación de una sociedad de economía mixta, como mecanismo de cooperación público-privada institucional, puede considerarse “otra fórmula” de coordinación de la prestación de los servicios, en la que una diputación provincial se apoya en los medios financieros y la competencia técnica aportados por uno o varios socios privados, seleccionados mediante licitación pública<sup>112</sup>. Como ha señalado la doctrina, “la contratación, a través de contratos de gestión de servicios públicos o de simples contratos de servicios parece que encajaría igualmente como forma de prestación directa de los servicios por parte de la Diputación”<sup>113</sup>. Obviamente, en este sentido, es esencial que los eventuales convenios o encomiendas de gestión en que se plasme la cooperación horizontal estén *comprendidos en el ámbito del procedimiento inicial de licitación abierta mediante concurso por medio del que se seleccionó en su día al socio privado de la sociedad de economía mixta*.

#### 4

### La mejora de la transparencia en los procedimientos

Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia<sup>114</sup>. No en vano, es la opacidad el escenario de cul-

112. Esto significa que cuando dichos convenios tengan por finalidad la articulación de una encomienda de gestión por la que un municipio encomiende a la diputación provincial la prestación de determinados servicios de su titularidad, se aplicará la excepción del artículo 48.9 de la Ley 40/2015. Todo ello permite que el plazo de la encomienda coincida, en sintonía con la lógica de la finalidad de la encomienda, con el plazo de la CPPI a través de la que la diputación provincial articula la prestación de sus servicios.

113. M. A. BERNAL BLAY, “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

114. R. KLITGAARD define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción:  $C=M+A-T$ , donde C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción (*Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Ed. Sudamérica, Buenos Aires, 1994, pp. 10 y ss.). Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya ha sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España. Sobre el ejemplo del urbanismo puede consultarse

tivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas<sup>115</sup>. De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de “oscuridad” en la gestión pública. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos –de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes– como una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (sin olvidar su directa relación con la cultura de nueva gobernanza)<sup>116</sup>.

En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que, cuando existen distintos intereses, no se distorsionen las condiciones de competencia<sup>117</sup>. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas<sup>118</sup>. Hay que “dar luz” a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la toma de decisiones de las autoridades públicas<sup>119</sup>. Transparencia que no debe percibirse como

---

J. C. ALLI ARANGUREN, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, 2010, pp. 89-115; y la opinión de L. PAREJO ALFONSO, “Urbanismo y corrupción. Un problema no solo de legalidad”, en *Temas para el debate*, núm. 223, junio de 2013 (ejemplar dedicado a la lucha contra la corrupción), pp. 35-41.

115. La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública o el de la financiación de partidos políticos. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad–, en el segundo libro de *La República* expone el mito del pastor Gíges (*La República*, L. II, 359c-360d). En este mito (que igualmente se desarrolla por Tolkien, en su conocida obra *El señor de los anillos*) 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.

116. En el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea* aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea (*Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001). Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa.

117. *Vid.* J. MESTRE DELGADO, “Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción”, en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de derecho*, Civitas, 2017, pp. 287-299.

118. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “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, pp. 137-158.

119. Me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 71-77; y a los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en AA. VV., *Por el derecho y la libertad*, vol. II, libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931, y de A. SANMARTÍN MORA, “Las

una nueva “carga” administrativa, sino como un instrumento de mejora, que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias<sup>120</sup>. Así, hay que evitar mala praxis en la redacción de los pliegos<sup>121</sup>. Y hay que extremar el cuidado para que no existan prácticas colusorias, como puede suceder con la situación del *hub & spoke*, que es un mecanismo de articulación de restricciones horizontales en el que interviene un operador situado en un mercado vertical. En un escenario extremo, el *hub* contratante puede poner en contacto a los licitadores, suministrarles información relevante sobre futuras licitaciones y coordinar la estrategia colusoria (ofertas de cobertura, rotación de ofertas, subcontratación o UTE anticompetitivas, etc.). En consecuencia, el ente contratante debe extremar el cuidado en las informaciones<sup>122</sup>.

---

nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, ob. cit., pp. 81-122.

<sup>120.</sup> Los órganos de contratación deben ser el principal apoyo de las autoridades de competencia para dilucidar en cada caso si la transparencia es pro o anticompetitiva. En su *Guía sobre la contratación pública y la competencia*, la extinta CNC propone una serie de medidas para conciliar transparencia y competencia: evitar que la información sobre licitaciones ya terminadas pudiera ser utilizada para coordinar las ofertas de empresas competidoras; las reuniones con las empresas antes del procedimiento de licitación deben realizarse de forma individual; la presentación de las ofertas debe llevarse a cabo mediante medios no presenciales, y su gestión administrativa de forma codificada; y prestar especial atención a los riesgos de comunicación entre los oferentes, antes y durante el proceso de licitación, cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre ellos.

<sup>121.</sup> Conviene recordar el criterio fijado por la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (rec. 1905/2011) sobre que la Administración no puede configurar los pliegos de forma que “impidan la competencia en precio, beneficiando a los titulares de las concesiones”. Y la STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Nordecon AS*, advierte que está prohibido designar a un licitador preferente (*preferred bidder*) que tenga la oportunidad exclusiva de finalizar la negociación y hacer la oferta final, ya que ello implicaría una discriminación de los licitadores que no han sido excluidos de manera objetiva.

<sup>122.</sup> El Tribunal Supremo, mediante sentencia núm. 1.007/2019, de 8 de julio, ha analizado la cuestión de la protección de datos de carácter personal en materia de contratación pública. Tras un detallado análisis de la normativa europea y nacional aplicable, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del TJUE y del Tribunal Supremo, concluye que “La difusión de datos personales en abierto, es decir, con acceso ilimitado, en una página web de la Administración pública con ocasión de la tramitación de un procedimiento de contratación administrativa está sometida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, específicamente, al deber jurídico de tener que recabar el consentimiento de los afectados sobre la recogida y tratamiento de datos cuanto no se revelen imprescindibles, necesarios o pertinentes para el adecuado y regular ejercicio de las funciones públicas, al no poder interpretar de forma expansiva el supuesto de excepción previsto en el artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica”. Por otra parte, en relación con este asunto de la protección de datos en la contratación pública, se ha publicado en la web institucional la Nota Informativa 1/2019, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en la cual se señala que, de acuerdo con la normativa aplicable y de conformidad con los pronunciamientos de la APDCAT, para el cumplimiento del derecho de protección de

## 4.1

## Transparencia y procedimientos de adjudicación

En ese contexto, la nueva LCSP tiene por principal objetivo introducir más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP)<sup>123</sup>. 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 difundándose exclusivamente a través de la misma<sup>124</sup>. 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 obligatoria y será gratuita)<sup>125</sup>. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 5 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

---

datos en materia de contratación pública, hay que tener en cuenta que los datos identificativos de personas físicas contenidos en los documentos de los expedientes de contratación pública, o en las firmas electrónicas de estos documentos, que deben publicarse en la Plataforma de Servicios de Contratación Pública, deben incluir el nombre y los apellidos, sin acompañarlos en ningún caso del DNI, en caso de tratarse de personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas; y, en caso de tratarse de personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, el nombre, los apellidos, el cargo y los datos de contacto (teléfono, correo electrónico y domicilio de la sede social). Por otra parte, también se señala la necesidad de tener en cuenta que, previamente a la publicación de los datos de las personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, hay que haberlas informado a fin de que, en su caso, puedan alegar circunstancias singulares que desaconsejaran que se publiquen sus datos.

123. L. MELLADO RUIZ, *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

124. Conviene advertir que la Plataforma de Contratos del Sector Público debe servir para favorecer una adecuada publicidad y rendición de cuentas, pero no de “monopolio” de la contratación electrónica. En mi opinión, debe favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.

125. La nueva redacción de la función del perfil de contratante *ex* artículo 63 LCSP/2017 indica claramente la vocación de los mismos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual. Sobre esta nueva función del perfil de contratante resultan de interés las sugerencias de Antonio GARCÍA, “El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública”, *RAP*, núm. 192, 2013, pp. 381-400.

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<sup>126</sup>. Sin embargo, la nueva (e intensa) exigencia de los datos aconseja una coordinación de la información a facilitar a distintos órganos de supervisión, con el fin de que exista una verdadera simplificación administrativa. Así, la información introducida en los perfiles de contratante debería ser de acceso directo a otros “repositorios institucionales”, evitando así la duplicidad de los datos. Para avanzar en una transparencia que no sea una formalidad es necesaria, como un eje de reforma irrenunciable, una implementación de medios electrónicos compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier ciudadano pueda obtener información sobre una determinada decisión. No son, por sí mismos, la solución a la corrupción, pero son un complemento de especial interés, en cuanto aportan transparencia y permiten la evaluación de los procedimientos utilizados<sup>127</sup>.

126. Como indica J. VALERO TORRIJOS, los datos deberán ser reutilizables. En su opinión, la literalidad del artículo 63 LCSP resulta diáfana y terminante al requerir que los perfiles de contratante se encuentren únicamente accesibles a través de Internet, que en ellos se agrupe toda la información relativa a los procedimientos de contratación que se sigan y que la información se publique en formatos abiertos y reutilizables. *Vid.* “La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública”, en Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN y Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (dirs.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 50-54. Es clásica la enunciación de parámetros que la Sunlight Foundation ha identificado para considerar que los datos son abiertos, considerando que lo son si son completos, primarios, oportunos, accesibles, procesables electrónicamente, no discriminatorios, se publican usando estándares abiertos, sin licencia, permanencia y sin costes. Además, las exigencias de la LCSP han servido para que nuestro ordenamiento también satisfaga más principios de los que, de acuerdo con esta Fundación, deben caracterizar una difusión de datos de contratación pública de calidad. *Cfr.* “Procurement Open Data Guidelines”, accesible en <https://sunlightfoundation.com/procurement/opedataguidelines/v2013/> (última consulta, 9 de mayo de 2019).

127. Un buen ejemplo de su utilidad se contempla en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las “Amenazas y obstáculos al Mercado Único” (2017/C 125/01), publicado en el DOUE el 21 de abril de 2017, al indicar que con la introducción de un proceso de contratación electrónica debe crearse un mecanismo de recogida de datos estadísticos, que permita identificar a los postores que presentan ofertas muy bajas y alentar a los responsables a comportarse de manera positiva. En el marco de la encuesta estadística, el precio de la mejor oferta y los costes reales posteriores incurridos deben registrarse a nivel central a fin de garantizar la transparencia en relación con cualquier posible sobre coste. Las ofertas basadas

La Ley pretende, en definitiva, mejorar la transparencia en la contratación pública, lo que exige una interpretación de sus disposiciones debidamente alineadas con este fin. Así, no puede pretenderse, mediante una fragmentación de la organización, “escapar” a este principio al rebajar los umbrales de los procedimientos. Lo que exige aclarar la posibilidad de una “descentralización material” vía unidades funcionales separadas a las que se refiere el artículo 101.6 LCSP, que indica lo siguiente:

*6. Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.*

*No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.*

*En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.*

Esta previsión, de origen en las directivas europeas, permite reconocer unidades funcionales separadas diferenciadas del órgano de contratación<sup>128</sup>. Así lo ha admitido la JCCA del Estado en su Informe (Expediente 9/18) que fija unos requisitos a cumplir en todo caso, de tal forma que cuando se esté en presencia de una unidad funcional separada, y siempre que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la LCSP, “al nivel de la unidad de que se trate”<sup>129</sup>. Estos requisitos parecen cumplirse, a nivel de

---

en precios que no cumplan unos criterios mínimos establecidos con arreglo a las disposiciones y prácticas nacionales respectivas deben excluirse de la licitación, para evitar una posible carrera por reducir los costes y los niveles de calidad.

<sup>128.</sup> La Directiva establece en su considerando 20.º lo siguiente: “a los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo, estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.

<sup>129.</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (expedientes 46/18 y 86/18) ha determinado lo siguiente: 1. Debe tratarse de una unidad funcional separada. En



universidad pública, en institutos universitarios, centros, consejo social (en los departamentos será necesario un análisis atendiendo a sus competencias y “dimensiones”). Sin embargo, en nuestra opinión, no puede extenderse a nivel de unidad de proyecto de investigación, por carecer de competencias al respecto (cuestión que no se altera por la previsión singular de la disposición adicional quincuagésima cuarta LCSP).

Por otra parte, con la nueva regulación de la LCSP se mejora también la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor, con la clara intención de poner un “cerco” a su indebida utilización como sistema de adjudicación directa ordinaria (el reciente informe de la OIRESCON indica al respecto que, en la mayoría de las comunidades autónomas, los contratos menores superan el porcentaje del 90 % de todos los tipos de contratación, excepto en la Comunidad Valenciana, donde solo suponen un 29.10 %, en Castilla-La Mancha –78.85 %– y en el País Vasco –81.03 %–, llegando en el caso de Navarra al 99.16 % de los contratos fiscalizados en 2018)<sup>130</sup>. Opción que ha generado un aparente “ruido”, al entender por algún sector práctico que se dificulta de forma indebida la gestión<sup>131</sup>.

---

este sentido es esencial que exista una función específica que caracterice de un modo particular a la unidad de que se trate y que, con ello, se pueda considerar a la misma separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña. 2. Esta unidad funcional separada debe ser responsable de manera autónoma respecto de la contratación o de determinadas categorías de contratos. Esta autonomía viene perfilada en la ley de modo tal que se puede atribuir a la unidad que cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. La financiación específica exige una diferenciación concreta en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. La competencia debe estar descrita de manera específica en la normativa interna de organización de dicha entidad pública, de modo que se pueda distinguir de las competencias de otros órganos existentes en su seno. Ambas condiciones conducen a una tramitación del procedimiento de selección del contratista diferenciada y propia de la unidad funcional separada.

Bajo estas premisas, en los supuestos en que concurren las anteriores circunstancias, esto es, que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley, “al nivel de la unidad de que se trate”.

<sup>130</sup>. Por todos, J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, ob. cit., pp. 169 a 185, donde, entre otras, también se aborda la necesidad de reducir los contratos menores como una de las medidas para prevenir la corrupción en la contratación pública. *Vid.* también “Cercos a los contratos menores”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 194, 2016, pp. 38-54.

<sup>131</sup>. Conviene recordar que la LCSP/2017 regula dos supuestos “especiales” de tramitación de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30 000 € (artículo 131.1.3 LCSP/2017), y la suscripción de bases de datos. En relación con esto último, la disposición adicional novena de la LCSP establece lo siguiente:

*1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de*

En este procedimiento “simplificado”, regulado en el artículo 118 LCSP/2017, se rebajan cuantías (40 000 euros en obras y 15 000 euros en suministros y servicios, que pueden ser “rebajados” por los poderes adjudicadores) y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy “intensiva” no en pocos poderes adjudicadores), para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los

---

*los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.*

*2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.*

Este supuesto es un procedimiento especial de adjudicación (como se advierte en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores). Por tanto, la asimilación al contrato menor cuando su objeto se refiera a la suscripción de revistas y otras publicaciones (entre otras prestaciones que se citan en el precepto) se refiere especialmente a la posibilidad de realizar una contratación directa. El legislador viene a considerar que la contratación de las prestaciones referidas no permite competencia ni comparativa de ofertas. En consecuencia, tampoco la publicidad de la licitación. El producto y el proveedor son elegidos directamente por la Administración por unos valores técnicos que deberá motivar inicialmente. No es aplicable, sin necesidad de interpretación jurídica, el límite de cuantía acumulada a un mismo proveedor que se establece en el artículo 188 LCSP, toda vez que se afirma en la disposición adicional referida que el importe de estos contratos puede llegar hasta el importe del contrato sujeto a regulación armonizada, según hemos destacado del precepto. En consecuencia, no son de aplicación las previsiones de la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación del Sector Público. Esta opción se justifica por la característica singular y específica propiamente de la concreta publicación o base de datos sin que quepa generar concurrencia. De ahí que se apliquen a su contratación las reglas del “contrato menor”, pero debe entenderse que no concurren las circunstancias temporales, ni la prohibición de prórroga, siempre que el valor no supere los contratos SARA.

Asimismo, debe repararse en que a su vez estos contratos son calificados como contratos privados (art. 23.3 TRLCSP o 29 LCSP-2017), por lo que la duración del contrato y otros términos de su ejecución no se rigen por las prescripciones de los contratos administrativos. Es más, la DA 9 LCSP prevé que en estos contratos hay que estar *con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago*. Por otra parte, como consecuencia del régimen jurídico privado, no tienen limitación de duración de un año o la prohibición de prórroga. Si en las condiciones generales del proveedor está que la suscripción se renueva automáticamente si no hay mandato en sentido contrario podrá hacerse de esa manera sin necesidad de formalizar un documento entre las partes.

Por último, si el producto ofertado o contratado contuviera prestaciones adicionales de carácter tecnológico habrá que determinar cuál es la finalidad principal del producto que se pretende contratar, de conformidad con las reglas del contrato mixto, de tal forma que si esa prestación principal fuera la base de datos, se permitiría la utilización de este procedimiento especial.

controles (las cifras de 40 000 y 15 000 euros actúan, además, de límite que se puede adjudicar al mismo contratista por tipo de contrato y mismo año). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociada a cada contratista, con el fin de “descubrir” actuaciones irregulares<sup>132</sup>. Esta regulación impone, en la práctica, la obligación de repensar una mala praxis en la contratación pública española, donde ha primado más la idea de la “rapidez” y ausencia de control que el principio de eficiencia e integridad<sup>133</sup>.

Su puesta en funcionamiento ha suscitado un intenso debate práctico, a lo que se ha añadido cierta confusión por la disparidad de criterios de órganos consultivos<sup>134</sup>. Quizá, desde una perspectiva técnica, resultaría conveniente

132. Sobre el significado de la nueva regulación resultan de interés las reflexiones críticas de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 octubre al 14 noviembre de 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425. También, desde la óptica de las consecuencias penales, el trabajo de J. GARCÍA HERNÁNDEZ, “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, en *Revista de Derecho Local*, núm. 44, 2016. Sobre la problemática del contrato menor puede consultarse el trabajo de R. CARRODEGUAS MÉNDEZ, “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *REALA*, núm. 10, 2018, pp. 56-79.

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

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

134. Cuestión que pretende resolver la Instrucción 1/2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), relativa a “contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, que establece el criterio interpretativo sobre esta cuestión. Esta Instrucción tiene alcance obligatorio para todo el sector público del Estado (332.7 LCSP). Es decir, es de aplicación a todo poder adjudicador, estatal, autonómico o local.

una mejora, pero no una “vuelta atrás”, pues la experiencia nos acredita una clara y “oscura” utilización alejada de los principios estratégicos y de la eficiencia<sup>135</sup>. Máxime cuando, como ahora se desarrollará, existe una clara alternativa al contrato menor como es el procedimiento simplificado sumario *ex* artículo 159.6 LCSP<sup>136</sup>. Como especialidad del contrato menor hay que referir que la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introdujo una disposición adicional quincuagésima cuarta (modificada por el Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad) para dar solución a los problemas de contratación en el ámbito de la investigación<sup>137</sup>, estableciendo que “la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos”. Sin embargo, la opción adoptada, que se extiende a los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, tales como las universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones públicas, las fundaciones de investigación biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del

135. *Vid.* G. GARCÍA ÁLVAREZ, “¿Jaqué a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 245-296. Este trabajo, sin duda el más completo de los que han analizado esta nueva regulación, analiza los distintos criterios de los órganos consultivos, sistematizando la mejor solución. Y nos recuerda que los mecanismos de racionalización de la contratación menor son un intento de poner fin a una situación difícilmente sostenible, que debería haber sido articulada técnicamente mejor, pero que aplicados de buena fe pueden suponer un avance importante en nuestra contratación pública. Para ello hará falta la implicación de los funcionarios públicos, pero también del propio legislador, que puede articular o mejorar técnicamente la regulación. Insiste en esta idea, desde un razonamiento jurídico en clave de “contratación pública electrónica”, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Transparencia, innovación y simplificación en la Ley 9/2017. La tramitación electrónica de procedimientos. En especial, la contratación menor y el procedimiento simplificado”, en AA. VV., *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 25-45.

136. Cuestión en la que insiste, con acierto, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 48, 2018, pp. 261-263.

137. Conviene recordar las conclusiones del Informe de fiscalización de las Universidades Públicas del Tribunal de Cuentas de España, ejercicio 2003, publicado en el BOE de 4 de marzo de 2010, donde se indica que uno de los ámbitos de menor trazabilidad administrativa en la gestión universitaria es la contratación de la investigación.

Sistema Nacional de Salud, no parece resolver adecuadamente los problemas, pues se mantienen los requisitos del artículo 118 LCSP (exigencia de motivación y límites cuantitativos por proveedor), a la vez que resulta difícil de justificar que la cuantía de 50 000 euros supere los 35 000 euros del procedimiento abierto simplificado “sumario”, regulado en el artículo 156.6 LCSP. Así, los “problemas de gestión” derivados del contrato menor se mantienen en el ámbito científico (y no se incluye una previsión de lo que es gasto menor, donde no se deben aplicar, por su escasa cuantía, las normas de contratación pública).

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 el 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”<sup>138</sup>.*

<sup>138</sup>. 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 Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo 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

El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad, entre otros casos:

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

*La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.*

Interesa destacar que ahora, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia<sup>139</sup>.

Por último, bajo la perspectiva de mejora de la transparencia desde la simplificación, hay que reseñar 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 armonizados en suministros y servicios y 2 millones en obras (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este proce-

---

dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, el 21 de octubre de 2016, la Proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública.

<sup>139</sup>. Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas o bien económicas que impidan la concurrencia. En todo caso, como bien ha indicado I. GALLEGÓ CÓRCOLES, “Los procedimientos de adjudicación...”, ob. cit., “lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”. Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto solo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, *Comisión/Italia*, C-57/94).

dimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos umbrales, solo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final, y exige unos requisitos distintos pensados en la mayor rapidez, como son la presentación de ofertas en el registro del órgano de contratación, la obligación del licitador de estar incluido en el registro de contratistas y la declaración responsable de solvencia<sup>140</sup>.

Este procedimiento contempla además, en su apartado 6, una tramitación “sumaria” en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios<sup>141</sup>. 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. Se pretende la simplificación “máxima” y se presume la capacidad y solvencia: por ello no hay que presentar ni declaración responsable ni inscripción en el ROLECE (así se advierte en la Recomendación JCCPE 32/2018, de 24 de septiembre, y en el Informe 12/2019, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña)<sup>142</sup>. Según lo dispuesto en el último inciso del apartado 159.6 g) LCSP, resulta aplicable la regulación del procedimiento abierto simplificado

140. 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 en materia de Contratos del Sector Público, opina que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación 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.

141. No podrán adjudicarse a través de esta modalidad de procedimiento los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo que resulta totalmente coherente con la limitación de la utilización de criterios dependientes de juicios de valor. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP/2017, 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.

142. Este criterio ha sido adoptado también mediante Resolución de 27 de noviembre de 2018, de la vicepresidenta y consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 20 de noviembre de 2018, por el que se modifican los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares aplicables a contratos de obras, servicios y suministros por procedimiento abierto simplificado sumario (DOE de 7 de diciembre de 2018), en donde se afirma que no se exigirá inscripción en el ROLECE (ni en el ROLCAEX) para los procedimientos abiertos simplificados sumarios del artículo 159.6 (<http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2018/2370o/18062797.pdf>). *Vid.* también la opinión de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?”, [www.obcp.es](http://www.obcp.es).

solo con carácter supletorio donde no exista regulación (por ello, al eximirse de la justificación de la solvencia, no hay vacío para exigir, por supletoriedad, la inscripción en el registro de contratista).

La proposición, cuando sea electrónica, se presentará en “sobre o archivo electrónico”. Dado que solo se permiten criterios de adjudicación evaluables de forma automática, la oferta se contendrá en un solo archivo electrónico. Con este procedimiento, se ofrece un ámbito de aplicación más favorable a las pymes, y es una clara alternativa a la utilización “indebida” del contrato menor.

## 4.2

### Transparencia y rendición de cuentas

La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas<sup>143</sup>. A tal efecto, el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia, obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público –y todo contrato patrimonial– al margen de su importe y tipo. Esta información permitirá analizar la política de compra pública, y pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa, al existir un control político de su actuación. Y por ello, en cuanto que permite “dar luz” a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública<sup>144</sup>.

Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos<sup>145</sup>. *Se exige*

143. P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia...”, ob. cit. También 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, pp. 948-957; y A. SANMARTÍN MORA, “Las nuevas obligaciones...”, ob. cit.

144. Como recuerda E. GUICHOT, la frase del juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandais, “La luz del sol es el mejor de los desinfectantes”, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. *Vid.* “Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”, en AA. VV., *La corrupción en España. Ambitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 141-143.

145. *Vid.* A. CERRILLO I MARTÍNEZ, “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 321 y ss.



*una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.* Y un primer dato es que el cuarenta por ciento de las licitaciones publicadas solo tienen un único licitador, que un muy importante número de contratos no llega a descuentos del 2 %, y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas entidades contratantes<sup>146</sup>.

La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una “contratación abierta”, que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatarios a todos los ciudadanos<sup>147</sup>. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de contratación abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos, y crear mecanismos activos de participación ciudadana y “reparación” de la contratación pública<sup>148</sup>.

La LCSP, en cumplimiento del artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE, diseña la nueva función de los perfiles de contratante, que deberán albergar los siguientes contenidos (artículo 63) relativos tanto a preparación y adjudicación como a ejecución<sup>149</sup>:

<sup>146</sup>. Los datos que se muestran en esta página web abarcan desde el año 2008 hasta la actualidad, y son recogidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>), que la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública pone a disposición de todas las Administraciones españolas. En esta página web se pueden consultar los datos de más de 1500 Administraciones que han dado de alta su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

<sup>147</sup>. A. SANMARTÍN MORA, “Contratación abierta. ¿qué es?”, publicada en [www.obcp.es](http://www.obcp.es).

<sup>148</sup>. Consultar la Guía sobre Gobierno Abierto (<http://www.opengovguide.com>). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón quiso avanzar hacia un sistema de contratación abierta, exigiendo en su artículo 16.2, a todo el sector público aragonés, publicidad sobre la fase de ejecución: “Se dará publicidad de la ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor, la cual comprenderá al menos información sobre las ampliaciones del plazo de ejecución, prórrogas del contrato, contratos complementarios, modificaciones del contrato, fecha de la recepción e importe de la liquidación practicada y, en su caso, de la cesión o resolución del contrato”.

<sup>149</sup>. Como pone de relieve J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, la publicidad de la actividad contractual puede incluir otra información sobre aspectos de la ejecución, como datos de utilización, número de reclamaciones, etc. Al respecto, es de gran interés su libro *Contratación pública y transparencia*, Wolters Kluwer, 2016.

a) Identificación y datos de contacto de la entidad contratante y del órgano de contratación.

b) Descripción del objeto del contrato e identificación de sus códigos CPV.

c) Valor estimado del contrato, presupuesto de licitación e importe de adjudicación.

d) Procedimiento de adjudicación utilizado, con expresión de la causa que lo habilita en el caso de los procedimientos negociados, y tipo de tramitación del expediente.

e) En su caso, fechas de publicación de los anuncios de licitación, e instrumentos a través de los que se han publicitado.

f) Identidad de los licitadores que han participado en el procedimiento, ya se trate de licitadores que han presentado una oferta, de licitadores invitados a participar (en el caso de procedimientos restringidos y con negociación) o de licitadores excluidos, con expresión del motivo de su exclusión. En el caso de uniones temporales de empresas, además de su denominación se indicará la de los integrantes de las mismas y su porcentaje de participación.

g) Número de ofertas presentadas por operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país, o las ofertas presentadas por vía electrónica.

h) Motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

i) Identidad del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta.

j) Declaración del adjudicatario de no estar incurso en causa de prohibición de contratar, así como, en su caso, informe favorable de la junta consultiva de contratación administrativa de la comunidad autónoma de las medidas planteadas para eximir de la prohibición de contratar.

k) Cuando se conozca, especificación de la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros, y en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

l) Plazo de ejecución y posibles prórrogas.

m) En su caso, la declaración de desierto o los motivos por los que se desista del procedimiento o se renuncie a adjudicar un contrato.

n) En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

ñ) Resolución por la que se acuerda el mantenimiento de los efectos del contrato en el supuesto de declaración de nulidad.

En todo caso, esta exigencia de publicidad activa, que sin duda es un avance, exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obligación formal<sup>150</sup>. Esta información, a través del *big data*, debe servir como herramienta de mejora de la gestión de la contratación pública<sup>151</sup>. Como explica P. VALCÁRCEL, la triple premisa –gestión documental basada en el uso de medios electrónicos, digitalización y automatización– resulta imprescindible a la hora de impulsar la reutilización de la información. Además, en cuanto que la disposición final cuarta LCSP declara de aplicación supletoria la LPAC en la tramitación de los procedimientos de contratación, deben entenderse aplicables las normas acerca de seguridad e interoperabilidad<sup>152</sup>.

## 5

### El control de la ejecución de los contratos públicos como nuevo eje de gobernanza

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público– frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privada (de contratos públicos), parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes de la cultura de la gobernanza en la contratación pública y, en especial, en modelos de colaboración público-privada, atendiendo a la sostenibilidad financiera de los servicios y las actividades públicas<sup>153</sup>. Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de colaboración público-privada y que, en muchas ocasiones, están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy “formales”, que no han puesto

150. Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES, “La contratación pública digital”, en AA. VV., *4.ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Aranzadi, 2018, pp. 455-459.

151. Son de especial interés las reflexiones de P. VALCÁRCEL en su trabajo “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del ‘big data’”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 93-130.

152. Así lo explica J. FONDEVILA ANTOLÍN, en su trabajo “Administración electrónica y contratación pública: algunas consideraciones en materia de seguridad”, en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 357-359.

153. Vid., en este sentido, T. R. FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta “sensibilidad” social de los mismos, y que han permitido en ocasiones cierta depredación de lo público<sup>154</sup>. Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en la contratación pública pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, “incentive” al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales<sup>155</sup>.

## 5.1

### El valor del pliego en una correcta ejecución

El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de cualquier contrato público o concesión<sup>156</sup>. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidades de arbitraje, etc. El pliego debe regular el correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues, como advierte el profesor S. MUÑOZ MACHADO, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público<sup>157</sup>.

Además, el carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos)

154. Este carácter depredador de lo público es advertido por F. CAAMAÑO (en F. CAAMAÑO, J. M.<sup>a</sup> GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología*. ..., ob. cit., p. 26) como una de las debilidades de las fórmulas de colaboración público-privada. Como señala F. FRACCHIA, ante los casos de “egoísmo del mercado” lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público (“Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización”, en AA. VV., *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 94-95. Este autor nos recuerda cómo, en el dilema ente gestión pública y externalización, el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril), en la elección de la modalidad de gestión del servicio, se decanta a favor del mercado.

155. P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

156. *Vid.* M. Á. BERNAL BLAY, “Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 957-995, y J. COLÁS TENAS, “Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1405-1440.

157. S. MUÑOZ MACHADO, *Contratos del Sector Público*, tomo XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.<sup>a</sup> ed., BOE, Madrid, 2018.

aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual, pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad<sup>158</sup>.

**Además de las previsiones expuestas, para preservar la mejor calidad, debe reflexionarse, al diseñarse al pliego, sobre la conveniencia de incorporar** nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución, tal y como se prevé de forma expresa en el artículo 102.6 LCSP al afirmar que “Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso”<sup>159</sup>. Así, por ejemplo, la experiencia del sistema de

158. Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo J. GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J. F. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002. Igualmente, interesa destacar el estudio de L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, FrancoAngeli, Milano, 2009, y el trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2014. Y más recientemente el trabajo de J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública*, Amarante, 2019, donde se insiste en la herramienta de la ejemplaridad pública frente a la ley del abuso de poder (y la gobernanza ética frente a la ley de la historicidad). A modo de ejemplo en la práctica, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este Código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados, en su tarea diaria, los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) la determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) la identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) la concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes, y d) la concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

159. Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, “Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 950.

retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles<sup>160</sup>. Como indica M. PORTER, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de *outcomes* y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

Y por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que “blinde” el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público<sup>161</sup>. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza “disuasoria” y que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución anticipada<sup>162</sup>. Obviamente, el diseño y la aplicación de las penalidades deberán respetar el principio de proporcionalidad<sup>163</sup>.

160. M. PORTER (junto con T. H. LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la *Harvard Business Review* (“The strategy that will fix health Care”, *HBR*, octubre 2013, pp. 50-69), donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

161. Sobre el uso “estratégico” de las condiciones especiales de ejecución, *vid.* J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2183-2190.

162. Interesa destacar el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia 1689/2019, de 21 de mayo (rec. n.º 1372/2017), al afirmar que la imposición de penalidades no está sujeta a un plazo de caducidad, ni requiere tramitar el procedimiento sancionador de la legislación de procedimiento administrativo, dado que estas medidas de carácter coercitivo “constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución”. La penalidad carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, configurándose como una suerte de cláusula penal contractual, y, en lo procedimental, se ubica en sede de ejecución contractual, sin que su uso prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, por lo que no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución. La imposición de penalidades supone el ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración. Constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no resulta de aplicación un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad; no es de aplicación supletoria la caducidad regulada en los artículos 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 –actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015–.

163. La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encubrada a principio general del derecho administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el

## 5.2

### Un correcto diseño de la vigilancia del contrato

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios es la verdadera causa del mal funcionamiento de los mismos<sup>164</sup>. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T. R. FERNÁNDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G. JÉZE en relación con los servicios públicos<sup>165</sup>. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a **la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio**, ex artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual<sup>166</sup>. El res-

---

recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”.

164. Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos –con diferentes niveles entre una y otra calificación–. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas*, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

165. T. R. FERNÁNDEZ, “León Duguit en España y en español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44. Por ello, justificar una prerrogativa pública para “reinternalizar” en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando estas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público, resulta, cuando menos, una paradoja.

166. Esta figura, como nos recuerda J. C. GÓMEZ GUZMÁN en su blog *auditoriadecostes*, en la entrada sobre el responsable del contrato, es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO), con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando este se designe: a) desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados, decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos; d) aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

ponsable del contrato (puede ser una persona jurídica) tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan al órgano de contratación, así como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos<sup>167</sup>. Y para las concesiones, el artículo 62.3 indica que “la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra”. Interesa destacar cómo el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conforman como ejes irrenunciables, y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada<sup>168</sup>.

Por otra parte, para esta nueva “estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones”, hay que reseñar la nueva previsión del artículo 190 LCSP en relación con las prerrogativas, al señalar que “el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato”. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda, una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso, corresponde al responsable del contrato proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos

<sup>167</sup>. Una cláusula sencilla en un pliego, como propone M. RUIZ DAIMIEL, podría consistir en lo siguiente: “Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato” (“El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, obcp.es –18 de junio de 2018-).

<sup>168</sup>. Sobre la figura del responsable del contrato interesa el trabajo de J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Responsable del contrato ‘in vigilando’”, *Gabilex*, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019, pp. 643-656.



de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP), y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. SANMARTÍN MORA, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberán utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes<sup>169</sup>.

Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación<sup>170</sup>. En consecuencia, la figura del responsable

169. Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios, aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica F. VELASCO CABALLERO, una Administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular (“La planta local de España: criterios para la toma de decisiones”, en J. M.ª GIMENO FELIU –coord.–, *La Organización Local. Nuevos Modelos*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 138). Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quién la debe detentar, sino en cómo es posible una mejor gestión competencial.

170. A. SANMARTÍN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, primer semestre 2016, pp. 38 y ss.

del contrato y sus concretas funciones es la clave para un correcto cumplimiento del fin público que es causa de toda colaboración público-privada<sup>171</sup>.

**Muy importante en la gobernanza en la ejecución de la colaboración público-privada es preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación.** Procede “rearmar” el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara lo siguiente: “con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad 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. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato”<sup>172</sup>. En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que “fuercen” la vinculación exigible, o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de

171. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2013, ya advertía de la importancia de esta figura, señalando lo siguiente: “El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador”.

172. Vid. J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, pp. 241-287. También A. B. CASARES MARCOS, “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, en AA. VV., *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 123-152.

no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden excederse en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución de la concesión, y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial –como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1154/2016, de 18 de mayo, vía contrato público no puede modularse la legislación laboral estatal–, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables –STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15–<sup>173</sup>.

### 5.3

#### Una reflexión final sobre la ejecución en los contratos públicos y en las concesiones

La experiencia nos presenta que gran parte de las críticas al modelo tiene su origen en la ausencia de información suficiente y de adecuada rendición de cuentas (*uncountability*)<sup>174</sup>. Para abordar esta problemática, ya “institucionalizada”, debe replantearse la regulación y práctica de la contratación pública desde la lógica del principio de transparencia en todas las fases del contrato<sup>175</sup>. Una gestión transparente de las concesiones (en el fondo de

173. Son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias (“supresión” de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.

174. Como bien advierte F. CAAMAÑO, en F. CAAMAÑO, J. M.<sup>a</sup> GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología*. ..., ob. cit., p. 28.

175. La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que

todo contrato público), como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos, y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada<sup>176</sup>. Así, la nueva gobernanza de las colaboraciones público-privadas exige el diseño de un sistema eficaz de transparencia sobre el cumplimiento, la calidad, la retribución y las incidencias detectadas<sup>177</sup>; un sistema de transparencia no formal que contenga una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual, y que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

Todas estas medidas comportan un nuevo modelo de gobernanza de la ejecución de las concesiones, que pone el acento en el correcto cumplimiento y satisfacción del interés general que es causa de toda colaboración público-privada. Medidas que coadyuvarán a centrar desde una perspectiva técnica y no ideológica el debate sobre el funcionamiento de los servicios públicos y sus formas de provisión.

---

ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. *Vid.* al respecto [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/min01\\_s/brief\\_s/brief14\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm) (última visita: septiembre de 2012). Sobre las “posibilidades” de este principio de transparencia (que no es formal) me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: ...”, *ob. cit.*, pp. 27-80. Principio de publicidad (y competencia) que ya había sido recogido en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica M. BASSOLS COMA, “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en B. PENDÁS (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

<sup>176.</sup> El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto, y con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas, y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son clave para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de “autocorrección” a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “Contratación pública y gestión de la hacienda pública”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

<sup>177.</sup> La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad–: en el segundo libro de *La República* expone el mito del pastor Gíges (*La 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.