

HACIA UNA NUEVA CONTRATACION PÚBLICA EN CLAVE GEOESTRATEGICA: LA BRÚJULA DE LA COMPETITIVAD EN EUROPA AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS¹.

José María Gimeno Feliu. Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6760-9222>

-aportación como prepublicación, que se incorporará en Observatorio de los Contratos Públicos 2025, próxima publicación en 2026-

Resumen. En este estudio se presentan una serie de reflexiones sobre como implementar una adecuada política de contratación público con visión estratégica en un escenario de geoestrategia.

Palabras clave: Contratación pública. Contratación estratégica. Contratación pública y geoestrategia.

Summary. This study presents a series of reflections on how to implement an adequate public procurement policy with a strategic vision.

Key words: Public procurement. Strategic contracting.

SUMARIO. Introducción.- Alguna idea y reflexión de contexto. De la estrategia a la geoestrategia. 1.- Un nuevo modelo de compra pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio. 2.- Hacia una nueva normativa de contratación pública en clave estratégica. 3.- La incidencia del modelo europeo de contratación pública en la Administración local: algunas propuestas. 4.- Rearmar el modelo de colaboración público privada. El caso del impulso a la vivienda y el rol de las entidades locales: soluciones más allá del contrato público. 5.- Geoestrategia e innovación La adquisición de innovación no es siempre contratación pública. 6.- A Modo de breve recapitulación: la senda de nueva competitividad en Europa.

¹ Proyecto de Investigación estatal HACIA LA BUENA ADMINISTRACION DESDE LA CONTRATACION PUBLICA EN EL CONTEXTO DE LA UNION EUROPEA DE LA SALUD. PID2023-150327NB-I00. Este trabajo tiene su origen en la Ponencia en el Seminario José Maria Esquerda, titulada "Una reflexión prospectiva sobre la contratación pública estratégica en Europa y la vinculación con políticas públicas. La incidencia en la administración local" organizado por Diputación de Barcelona y Fundación y democracia del gobierno local, Barcelona, 2025 (17 de enero).

Introducción.- Alguna idea y reflexión de contexto. De la estrategia a la geoestrategia.

El Derecho, como recuerda el profesor L. MARTIN REBOLLO, es un instrumento útil, pues previene el caos. Un buen derecho permite reforzar los pilares de una sociedad democrática en tanto ayuda a conseguir los objetivos de la ciudadanía. Un derecho que se debe anclar sobre los principios de libertad, justicia, equidad y solidaridad y que debe permitir un crecimiento económico integrador. Esa es, por tanto, la brújula del derecho público moderno que, por impulso de la doctrina y de la jurisprudencia, ha ido evolucionando en estos últimos años².

No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público³. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía (como lo es, sin duda, la contratación pública) deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido, algo que, sin duda, sucede por interpretaciones rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general, que frenan las decisiones⁴. Esta situación, que ralentiza sin justificación material la decisión contractual (y en interés general intrínseco a la prestación) pone en riesgo la buena administración⁵.

En ese contexto, el contrato público es, por su capacidad de transformación, en tanto se movilizan importantes recursos públicos, un elemento de indudable trascendencia para poder articular de forma inteligente y proactiva las nuevas políticas públicas y sus nuevas exigencias,

² Cita obligada es el *Curso de derecho administrativo*, de los profesores E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, que ahora cumple cincuenta años desde su primera edición. Como afirma el Prólogo de 2024 que escribe Tomás Ramón Fernández *"En el momento en que se da a la imprenta esta nueva edición se está desarrollando, sin que la mayoría de los ciudadanos se dé cuenta, un descomunal enfrentamiento entre el poder y el Derecho, de cuyo desenlace depende ni más ni menos que el mantenimiento del Estado de Derecho. Conviene decirlo porque los grandes acontecimientos no suelen percibirse como tales cuando están ocurriendo y sólo cuando se convierten en Historia acertamos a visualizarlos en toda su verdadera dimensión"*.

³ Explica bien R. GOMEZ-FERRER MORANT las consecuencias del Estado Social en el escenario de la Unión Europea. (R. GOMEZ-FERRER MORANT, "La Unión Europea y el Estado social", *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 63-81).

⁴ Muy clarificador el trabajo de C. FELIZIANI, "Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione", *Il diritto dell'economia*, 1/2019, 155-192.

⁵ J.M. GIMENO FELIU, "La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?", en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 95-124.

donde la mera declaración legal resulta por si misma insuficiente. Por ello, la contratación pública, alejada de la perspectiva burocrática defensiva, se presenta como principal palanca de modernización y de escudo social frente a derivas más neoliberales, que ponen en riesgo el modelo social y el principio de equidad, que no puede ser salvaguardado por la mera interpelación de un precepto legal. Hoy, una administración moderna y proactiva debe saber utilizar de forma correcta el contrato público⁶.

La contratación pública ha evolucionado tanto normativamente como políticamente. Así, de una visión burocrática y formal ha evolucionado hacia una visión que pivota sobre la buena administración, como indica la reciente sentencia TJUE de 7 de noviembre de 2024, en el asunto C-683/22 al recordar que, según reiterada jurisprudencia, **el poder adjudicador debe respetar el principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, principio que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de la Unión**⁷. Y de una cultura de adquisición en clave de privilegio hacia una cultura geoestratégica para implementar políticas públicas.

La nueva Presidenta de la Comisión ha presentado su Programa político denominado “La decisión de Europa” con la finalidad política de servir de “escudo de la democracia europea”. Entre varios objetivos, se propone un gran impulso a las inversiones para poder avanzar en los objetivos de las transiciones ecológica, digital y social. En relación a la contratación pública en el documento se recuerda que es necesario:

"hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 % del PIB de la UE.

Una mejora del 1 % en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas".

⁶ El profesor J. ESTEVE PARDO defiende, por el contrario, la necesidad de reforzar el principio de legalidad frente a la extensión del fenómeno del contrato al entender que, mediante la expansión de normas de matriz convencional, la privatización de funciones públicas administrativas –prestacionales o de servicio público y de intervención- con la consiguiente colonización por el contrato de esos espacios, dominio de la justicia negociada, disposición y contratación sobre derechos fundamentales, el orden constitucional del Estado de Derecho concebido bajo el imperio de la ley se está desconstruyendo a golpe de contrato. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Barcelona, 2023.

⁷ Me remito a mi libro *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*. Marcial Pons, Barcelona, 2024

Y para ello, en línea con las Conclusiones del Consejo sobre el Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo Mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios ([C/2024/3521.DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA 3 DE JUNIO DE 2024](#))

se propone la “revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE”.

Actualizar el marco normativo de la contratación pública resulta necesario pues tras diez años existen evidente debilidades, como se ha puesto de relieve en el [Informe Especial núm. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo \(TCE\) titulado «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021».](#)

En concreto, las principales críticas que figuran en el referido informe, son:

- La disminución de la competencia en la contratación pública en los últimos diez años, especialmente habida cuenta del gran porcentaje de adjudicaciones directas en algunos Estados miembros y de procedimientos de una única oferta

- Sobre la base de los datos disponibles, la falta de una mejora global significativa en la consecución de los principales objetivos perseguidos por las Directivas de 2014 en el período de referencia cubierto por el informe: contrariamente a los objetivos de la reforma de la contratación pública de 2014, el TCE observó una baja proporción de contratos adjudicados a pymes y un uso insuficiente de la contratación pública estratégica, mientras que existen variaciones a escala nacional.

- El bajo nivel de contratación directa transfronteriza.

- Las deficiencias en el seguimiento por parte de la Comisión y de los Estados miembros de la evolución del mercado de la contratación pública.

La revisión de las Directivas de contratación pública (en el momento en que se ha abierto un tiempo de consulta pública para ello) aconseja una reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar. Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica e nivel europeo mediante el uso del Reglamento europeo, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y

aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos. De esta manera se puede conseguir una mayor certeza conceptual que lamine las singularidades interpretativas nacionales que suponen, en sí mismo un riesgo regulatorio y freno a la inversión. No en vano se trata de una disfunción advertida por el TJUE. Así, en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, *Sharengo* (asunto C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868), en donde se afirma que los **conceptos autónomos** del Derecho de la Unión deben **interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta**. Por ello **no es posible extraer una interpretación de la lectura de la norma nacional diferente a lo previsto y delimitado por la normativa europea**⁸.

Un Reglamento europeo que debe asumir el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado “cuellos de botella”, (como bien explica A. BUENO ARMIJO⁹) y que en la contratación pública se encuentra especialmente extendida.

Esta idea aparece ya en el Informe elaborado por Enrico Letta “[Mucho más que un mercado](#)”, (abril 2024) donde se insiste en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas

⁸ La técnica de transposición plantea problemas evidentes que se constatan, para España, en la reciente demanda de la Comisión europea ante el TJUE por incumplimiento en relación al ámbito subjetivo de aplicación, la tipología contractual y el régimen de modificación, que considera contrarios a las Directivas.

⁹ A. BUENO ARMIJO, *La Burocracia defensiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2024. También sobre esta cuestión, muy sugerente, el trabajo de A. BOTO FERNANDEZ, “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Revista Documentación Administrativa* núm. 18 (INAP, enero-junio 2023).

como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación. Lo que implica un rumbo claro hacia la denominada **compra pública preferencial**¹⁰.

Puede **hablarse de una transición de la era de la compra pública estratégica a la compra pública geoestratégica**¹¹. Y es que el nuevo norte en la brújula de la competitividad en Europa es la autonomía estratégica europea¹². Geoestrategia mediante el contrato público para poder defender las señas de identidad europea en un contexto mundial tensionado y con notables incertidumbres (pero con la necesidad de encontrar un equilibrio

¹⁰ C. BOVIS, Editorial, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* Núm. 3 | 2024. Hay que recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto C-652/22, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, de 22 de octubre de 2024, el Tribunal considera que los operadores económicos de países terceros que, como Turquía, no hayan celebrado un acuerdo internacional con la Unión no pueden participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en la Unión reclamando la igualdad de trato con respecto a los licitadores de los Estados miembros o de los países terceros vinculados por tal acuerdo. Asimismo, no pueden invocar las disposiciones de la Directiva pertinente en materia de contratación pública para impugnar la decisión de adjudicación del contrato de que se trate. Este criterio ha sido confirmado por la STJUE de 13 de marzo de 2025, *CRRC Qingdao Sifang Co. Ltd y Astra Vagoane Călători SA* (C-266/22). Esta jurisprudencia TJUE refuerza el actual escenario geoestratégico al validar la posición comercial de la UE iniciada con la regulación del Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y Servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (instrumento de contratación internacional -ICI) (DO 2022, L 173, p. 1; en lo sucesivo "Reglamento ICI") y del Reglamento (UE) 2022/2560, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (en adelante, FSR), respecto a la participación en condiciones menos favorables de los operadores económicos de terceros países que no han suscrito ningún convenio con la UE.

¹¹ La geoestrategia y la contratación pública son dos áreas intrínsecamente relacionadas, especialmente en el contexto actual de globalización y competencia entre naciones. Debe servir para anticiparse a los desafíos y aprovechar las oportunidades que surgen en el escenario internacional.

¹² Puede consultarse esta idea en las Conclusiones del Consejo de noviembre de 2016: «Capacidad para actuar de manera autónoma cuando y donde sea necesario y, en la medida de lo posible, con los países asociados». El Consejo ha vuelto a utilizar este concepto de autonomía estratégica en 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y últimamente, incluso en el Consejo Europeo de octubre de 2020, en su sentido más amplio. La CEP y el Reglamento sobre el Fondo Europeo de Defensa también lo han adoptado).

entre proteger los intereses europeos y mantener un sistema de comercio internacional abierto y competitivo).

La visión geoestratégica mediante la contratación pública se traduce en varios aspectos:

- a) Considerar factores geoestratégicos al tomar decisiones sobre qué bienes y servicios adquirir, y a quién comprarlos.
- b) Garantizar el suministro de bienes y servicios críticos para la seguridad nacional, como equipos militares, tecnología de comunicaciones y servicios de ciberseguridad.
- c) Proteger infraestructuras críticas, como puertos, aeropuertos y redes de energía o los sistemas de inteligencia artificial.
- d) Fomentar el desarrollo de industrias nacionales en sectores relevantes y evitar dependencia de terceros países¹³.
- e) Establecer alianzas estratégicas y proyectar su influencia en el escenario internacional.

Este trabajo pretende, en este contexto, formular alguna serie de reflexiones prospectivas en este nuevo escenario geoestratégico con la intención de señalar “la estrella polar”, que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública geoestratégica al servicio de la ciudadanía¹⁴.

1.- Un nuevo modelo de compra pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio.

Debemos insistir en la necesidad de identificar “la estrella polar”, que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública estratégica al servicio de la ciudadanía¹⁵. Término utilizado por la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, al presentar, en enero de 2025 el documento denominado Brújula de la Competitividad en Europa.

¹³ Un buen ejemplo es el sector de la salud con el objetivo de relocalizar industria sanitaria, garantizar acceso a medicamento esenciales ([propuesta reglamento con el objetivo de mejorar la disponibilidad de medicamentos críticos en la UE](#)) y disponer de tecnología sanitaria avanzada.

¹⁴ *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022 (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.

¹⁵ *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022 (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.

Como se indica en el referido trabajo, en la contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que en España busque en el cielo de las estrellas un elemento de referencia, percibiéndose que en la “navegación española en el océano de los contratos públicos” no existe una estrella polar que sirva de guía universal con lo que, en unas aguas donde la burocracia y sus trámites innecesarios (motivada en el “siempre ha sido así”) o la inercia a comprar a precio más bajo sin contrastar calidad ni efectividad de la prestación, a modo de la sirenas en el viaje de Ulises camino de Ítaca, nos ha hipnotizado y no nos permite avanzar hacia el puerto de la buena administración, que es la correcta satisfacción del interés general que demandan nuestros ciudadanos. La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS “es el alma de la nueva administración”¹⁶. **La exigencia de calidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor)**¹⁷.

¹⁶ J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados..

¹⁷ Interesa recordar la reflexión de que “La política de estar siempre intentando reducir el precio de cualquier cosa que se compra, sin importar la calidad y el servicio, puede llevar a los buenos proveedores y al buen servicio fuera de los negocios”. (Walter A. Shewhart, *Economic Control of Quality os Manufactured Product*, Van Nostrand, 1931; reeditado por la American Society for Quality Control, 1980).

El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio¹⁸. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente¹⁹. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente [Código italiano de contratos públicos](#) (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado.

La contratación pública, con el brillo de la estrella polar (calidad y valor) debe orientar su rumbo desde la óptica de inversión y no de mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo europeo [“Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” \(2020/C 412I/01\)](#), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que *“Hay que **reforzar la economía europea** y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados **sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios**; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en*

¹⁸Sobre el significado de la eficiencia –y su no vinculación a una idea economicista de menor precio– me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, pp. 91 y ss., T. MEDINA ARNAIZ, «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97; y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Los criterios de adjudicación de los contratos públicos», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393 y también «Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque», en Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 209-26.

¹⁹ Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: “Guía sobre encargos a medios propios y convenios”. Marzo de 2023 (<https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>).

la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública". (la letra en negrita es nuestra).

Urge abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor y los resultados desde la perspectiva del ciudadano.

Una inadecuada política de "ahorros desproporcionados" puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o "fuego amigo", como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)²⁰. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las "ya tradicionales", donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y si criterios referido a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Esto es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones (pasar de suministro a servicios para valorar procesos y optar por fórmulas multi-adjudicatario) que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger –la salud de los pacientes–, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos. Opción adoptada por Comunidades Autónomas (como Baleares o Navarra), conforme al marco constitucional, que han permitido –y esto es lo esencial– una mejor y más eficiente gestión en este ámbito.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética²¹. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados

²⁰ J. M. GIMENO FELIU, «Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)», *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

²¹ Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

meramente economicistas²². Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los “servicios públicos” desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Y muy especialmente en situaciones excepcionales²³.

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita “llegar a puerto con rapidez y sin incidencias”²⁴. Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable²⁵, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza²⁶, donde se indica que en el papel de

²² Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.

²³ Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutenberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.

²⁴ En este contexto hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.

²⁵ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022 y “Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210 (2021). También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid, 2022; L. FUERTES GINÉS, «La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, «Contratación Pública y Derechos Humanos», *Revista de Contrataciones Públicas* núm. 8, diciembre 2022.

²⁶ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública *vid.* J. M. GIMENO FELIU, «La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción», en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm., 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100.

liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito²⁷. Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para “Environmental, Social and Governance”) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)²⁸.

2.- Hacia una nueva normativa de contratación pública en clave geoestratégica.

²⁷ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”. En el Informe se concluye que *“resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión “Adquisiciones sociales –Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas– 2.ª edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en que *“Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)”*.

²⁸ Se evita, así, un dumping social, y se promueve un “auténtico” mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

La nueva “navegación contractual” aconseja, un **“big bang” en la contratación pública, o si se prefiere un “design thinking”**²⁹, para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad. Para ello resulta necesaria una **verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología)** como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad. Para ello resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público³⁰. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada, alejada del “papeleo”, en palabras del profesor Luciano VANDELLI, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia “inteligente”)³¹.

Las dificultades interpretativas -donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones- complican la correcta gestión contractual, por lo que parece conveniente el ajuste de la norma (que debe regular los contratos públicos conforme al modelo europeo), con vocación codificadora y no reglamentista, que debería pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

1. La contratación pública estratégica no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una

²⁹ El término “*design thinking*” se escuchó por primera vez en el año 1969, lo acuñó Herbert Simon (Premio Nobel de Economía). La idea fue desarrollada en 2008 por el profesor de la universidad de Stanford, Tim Brown, (“*Design Thinking*” Harvard Business Review vol. 86, núm. 9, 2008, pp. 62-72). La Administración pública debe, al igual que con esta forma de pensamiento, orientar su función y actuación desde esta perspectiva que pretende modernizar e innovar.

³⁰ Vid. J. M. GIMENO FELIU, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

³¹ *Papeles y papeleo* (ediciones El Cronista 2015) es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza³², donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)³³.

Por ello es necesario el impulso de la visión estratégica, aclarando hasta donde se puede orientar un contrato público como herramienta de política pública y su vocación de impulsar soluciones innovadoras, con claro componente de sostenibilidad social y ambiental a favor de un modelo productivo sólido y responsable. Interesa despejar dudas sobre el alcance y significado de la vinculación de criterios al objeto del contrato. A la luz de esta jurisprudencia resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guardan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias Concordia Bus Finland, C-513/9, o Wienstrom, C-448/01 o **TIM, C-395/18, de 30 de enero de 2020**). En el plano nacional hay que referir la sentencia 718/2023 de 22 de noviembre del TSJ de Valencia donde afirma que *"Y va de suyo que contar con mejores "medidas de conciliación" de la vida laboral; mejor "calidad en el empleo", ... deriva, sin duda, en una "mejor relación calidad-precio" en la prestación del servicio de transporte regular de viajero entre Valencia y Benidorm"*.

³² Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>

³³ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM Informe (2021) 245 final, referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior». En el Informe se concluye que *"resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE"*. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión «Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición» (2021/C 237/01), en la que se incide en que *"Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)"*

Así, resultaría muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):

Artículo: Compra pública estratégica.

“1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea, con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. Para ello en la compra pública derivada de los fondos europeos MRR deberán incluirse condiciones y criterios vinculados a estos objetivos.

2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.

3. Se podrán incluir exigencias y criterios que vayan más allá de la estricta vinculación al objeto del contrato admitiendo cualquier criterio o condición que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de

cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, 'Do No Significant Harm'), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.

4. En relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe.

5. En todo contrato se aplicarán las previsiones del Reglamento (UE) n.º 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países”.

2. **Clarificación conceptual** de quienes aplican las normas (concepto de poder adjudicador)³⁴, y a qué tipo de prestaciones (no todo es contrato público y conviene aclarar el concepto de gasto menor) así como una adecuada delimitación del significado de los principios aplicables en contratación pública, incluyendo, entre los tradicionales de transparencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023. En especial, insistir en la importancia del principio de buena administración como elemento sobre el que pivotar el diseño y control de la contratación pública. Recordando que los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE (en la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de “lectura” formal descontextualizada o la que, mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación)³⁵.

³⁴ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», *Libro Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55 y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 198, 2019, pp. 165-188.

³⁵ 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

3. En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la **responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG** (siglas en inglés para “Environmental, Social and Governance”) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno). Esta exigencia ayuda a preservar las reglas de una competencia en un entorno regulatorio equivalente, lo que puede favorecer el objetivo de relocalización de inversiones e industrias.

4. **Fijación del presupuesto adecuado** que refleje el valor de la prestación conforme al mercado, evitando **dumping social o ambiental**. La retribución o contraprestación económica que pueda recibir el contratista, ha de estar relacionado con el «precio general de mercado» y por ello ser «adecuado» para el cumplimiento efectivo de la prestación pactada. Por ello, cuando se pone en cuestión el propio mercado, máxime si se puede erosionar indebidamente el mejor cumplimiento del interés general, la propia justificación de la correcta aplicación de los principios de la contratación pública, obliga a negar la viabilidad jurídica de ofertas a pérdidas, pues son una clara anomalía que distorsiona el propio fundamento y causa del contrato público³⁶.

5. Articulación de **instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes** y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo” (W. DENING). Una inadecuada política de “ahorros desproporcionados” puede perjudicar la eficiencia del

interpretativo”, libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp.163-200.

³⁶ Desde la perspectiva del Derecho comunitario el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público y en mercados regulados podría incluso ser sustituido en ese papel por el de rentabilidad y decidir la adjudicación con base en otros criterios como plazos de entrega, seguimiento de los resultados u otros (artículo 67.2 Directiva de contratación pública). Estas precisiones pueden ayudar a determinar cuál es el “valor de los distintos bienes jurídicos en juego”, pues una prestación de calidad es la causa del negocio jurídico y el precio sólo un instrumento para conseguir tal finalidad. Vid R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque”, en libro colectivo dirigido por X. LAZO, *Compra pública verde y cambio climático*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 209-262.

sistema produciendo ineficiencias o “fuego amigo”, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo).

6. En el actual contexto social y económico, la gestión pública del interés general no puede descansar en exclusiva en la administración pública sino que se debe incorporar a la iniciativa privada y a la sociedad civil para poder asegurar el nivel más óptimo de las prestaciones que demanda la ciudadanía. Más allá de posicionamientos ideológicos que contraponen lo público frente a lo privado, debe promoverse una cultura de cooperación leal y transparente, que permita un progreso económico y social que salvaguarde los principios de equidad y de solidaridad. La iniciativa privada (así como los grandes proyectos de inversión privada) no es ni puede ser una némesis de lo público. Para ello conviene repensar con previsiones claras los **modelos colaborativos (facilitando los sistemas tipo *target costing*, o equivalentes)** que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios³⁷. La colaboración público-privada se convierte en pieza esencial para anclar el propio Estado Social que proclama el artículo 1 de nuestra Constitución³⁸.

7. En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, **conforme [al principio clásico de “honesta equivalencia” de lo pactado](#) el restablecimiento**

³⁷ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración pública* núm. 60, 2023.

³⁸ En la Adenda enviada por el Gobierno de España (diciembre 2022), el nuevo tramo consignado en la adenda pretende no sólo a promover [nuevas inversiones vinculadas a la modernización](#) y sostenibilidad de nuestro sistema productivo, sino también a establecer nuevos mecanismos de colaboración público-privada para la economía sostenible. Ya en las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 9 de junio de 2022 sobre el desarrollo de la contratación pública sostenible, se considera esencial un planteamiento gradual y armonizado para la introducción de disposiciones estratégicas para la contratación pública con objeto de lograr los objetivos de la UE en materia medioambiental y climática. Y en las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 26 y 27 de octubre de 2023, se insta a «desarrollar la ventaja competitiva de la UE en tecnologías digitales y limpias, centrándose por ejemplo en la innovación, la investigación, la educación y las capacidades» y «reducir las dependencias críticas clave y diversificar las cadenas de suministro por medio de asociaciones estratégicas» (1 EUCO 14/23, 27.10.2023).

(adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023)³⁹.

8. Incorporación de una **política de capacitación que promueva realmente la necesaria profesionalización**, de carácter horizontal y transversal, en línea con las previsiones de la OCDE al respecto⁴⁰. Esta profesionalización es un elemento principal para un adecuado velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública⁴¹. Lo que aconseja, por supuesto, una reorganización administrativa profunda (incluso de la normativa de subvenciones y ayudas públicas).

9. Regulación de las **técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas** utilizando Machine Learning (ML), cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos⁴².

10. Revisión del modelo de control mediante una **Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública**, que permita el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías⁴³. Y, en fase de ejecución,

³⁹ J.M. GIMENO FELIU, "Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia", *Observatorio de contratación pública 2021* Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁴⁰ Por todos C. DE GUERRERO MANSO, 2021, «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU». en Gimeno Feliu, J. M. (Dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 91-125 y «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad» publicado el 27 de febrero de 2023 en Revista electrónica Observatorio de la Contratación Pública.

⁴¹ Lo advierte E. DÍAZ BRAVO, «La profesionalización: condición *sine qua non* de la contratación pública estratégica», en libro colectivo *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 217-257.

⁴² Por todos, J. MIRANZO DÍAZ, "Inteligencia artificial y contratación pública", en libro colectivo MARTIN, I., y MORENO, J.A, (Dirs.) *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020.

⁴³ Me remito a J. M. GIMENO FELIU, "Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo⁴⁴.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA⁴⁵, de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso.

Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos y geoestratégicos. Para avanzar hay que “mirar atrás” para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego.

Las reflexiones prospectivas que se proponen sobre una contratación pública que funcione en Europa y para Europa debe servir para orientar la brújula de nuestra práctica en este ámbito, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión⁴⁶. En ello va el futuro de un derecho de la contratación pública que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del “siempre ha sido así”.

⁴⁴ Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos», libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564..

⁴⁵ V. BACA, «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal», en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú) 2021.

⁴⁶ Conviene diferenciar creación de valor con captura de valor: capacidad de una organización para “monetizar” el valor creado: a) soluciones con alto valor creado, pero captura limitada, b) soluciones con bajo valor creado y alta captura económica y c) soluciones con alto valor creado y captura justificada. Para ello hay que comprender el valor real, reconocer que el precio es solo una parte del todo, valorar lo barato y respetar lo costoso y fomentar la colaboración (O. VERGARA, 2025)

Y el nuevo marco regulatorio europeo, con efecto directo para todos los países, debe fijar este nuevo rumbo para preservar el efecto útil, a escala europea, de las propias políticas públicas, como se pone de relieve en el reciente Informe Draghi (9 de septiembre de 2024) titulado “El futuro de la competitividad de Europa”⁴⁷.

3.- La incidencia del modelo europeo de contratación pública en la Administración local: algunas propuestas.

La geoestrategia no puede olvidar pensar en pequeña escala. Las ideas descritas obligan a reflexionar acerca de su implementación en la Administración local española, caracterizada por una evidente atomización y problemas de gestión en el ejercicio de unas competencias propias y concurrentes cada vez más exigentes.

Obviamente, el mercado público de contratos de los poderes locales es importante y tiene claras repercusiones sociales y económicas en el

⁴⁷ Por otro lado, de forma casi simultánea, se han publicado dos informes directamente relacionados con la competitividad europea: a) *EU competitiveness: Issues and challenges* elaborado por un *think tank* del Parlamento Europeo. Este informe destaca aspectos clave del debate sobre el fortalecimiento de la economía de la UE. En concreto, enfatiza sobre el hecho de que existe un amplio consenso en que implica una serie de políticas centradas en el mercado único de la UE, pero no limitadas a él. De hecho se analizan otras políticas como la industrial y energética, y se abre un debate en torno a la política de competencia e inversión de la UE. b) *No EU Tech, No EU Competitiveness. European RD&I: A Catalyst for Europe's Prosperity* elaborado por EARTO (*European Association of Research and Technology Organisations*) como parte de su paquete de recomendaciones políticas para el período 2024-2029. El informe incluye un conjunto de seis recomendaciones sobre cómo impulsar aún más la competitividad mediante la adopción de un conjunto de medidas para mejorar la innovación en Europa. Estas recomendaciones serían:

a) Comprometerse con la I+D+I y el liderazgo tecnológico de la UE b) Articular mejor las políticas industriales y de I+D+I de la UE, c) Movilizar y fortalecer las capacidades colaborativas de I+D+I y de RTO europeas en toda Europa d) Incrementar y coordinar las inversiones paneuropeas en infraestructuras tecnológicas esenciales e) Impulsar la transferencia de tecnología en la UE con una política de valorización del conocimiento más proactiva y un marco legal adecuado para la contratación precomercial y g) Apoyar el desarrollo de una fuerza laboral altamente calificada y adaptable Existe, pues, un claro contexto europeo a favor de la adecuada movilización de la inversión privada para el adecuado desarrollo de los objetivos y políticas públicas. Políticas públicas alineadas con la Agenda Social Europea, como seña de identidad del modelo económico y político europeo, implica una mayor demanda de servicios e infraestructuras de los ciudadanos que aconsejan un modelo de cooperación entre lo público y lo privado para, de forma conjunta, poder desplegar modernas políticas públicas en las infraestructuras, la movilidad, la sostenibilidad o la vivienda.

entorno que no pueden ser obviadas⁴⁸. Para ello conviene que las entidades locales tengan una estrategia propia de cómo utilizar la compra pública para fomentar el éxito de sus políticas públicas. Las diferencias evidentes entre tipo y realidades de administración local aconsejan que no se imponga una estrategia común, pues puede ser ineficiente y tener efectos adversos. Y es que no es la misma problemática la de un municipio en la denominada España vaciada que en otro municipio, por ejemplo, elevada presión turística y problemas de vivienda⁴⁹.

La concreta estrategia de cada Administración local debe servir para adquirir productos de proximidad como regla general, lo que se encuentra impulsado por las propias instituciones europeas⁵⁰. Es más, aquí bien podría prescindirse del precio, conforme a la previsión del artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública, para decidir la contratación desde la perspectiva de la mejor calidad. Además, en pequeños municipios, como sucede en Navarra (artículo 26 Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos), habría que flexibilizar el régimen de prohibición de contratar por motivos de parentesco o afinidad⁵¹.

Por supuesto, la utilización de lotes, y sus reserva a ciertas entidades es una herramienta útil, de muy escasa utilización en la actualidad. No puede desconocerse la importancia que en las administraciones locales tienen en

⁴⁸ El Informe de Supervisión de 2024 de la OIResCon indica que el 25,94% de las licitaciones totales se realizan por las entidades locales. Las entidades locales de la C.A. de Cataluña son las que mayor volumen licitan, representando el 18,32% del total del sector, seguidas de las de la C.A. de Andalucía con un 16,80% del sector.

⁴⁹ Desde esta perspectiva no parece acertada la opción del legislador aragonés en la Ley 11/2023, de uso estratégico de la contratación pública, al exigir una “intensa” contratación estratégica para toda administración local.

⁵⁰ Lo demuestran estudios recientes como el Monográfico de la Revista General de Derecho Administrativo coordinado por la profesora Ximena Lazo, en 2024), o iniciativas legislativas como la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, o la Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón. En esta línea puede destacarse la Estrategia Catalana de mejora de la compra pública (aprobada por Acord de Govern 171/2022, de 30 de agosto), cuyo objetivo operativo 5.4.3 se refiere específicamente a “Fomentar la economía de proximidad mediante la contratación pública” (dentro del Eje 5 Compra pública con dimensión territorial).

⁵¹ El precepto indica lo siguiente: “En las Entidades Locales de Navarra cuya población sea inferior a 2.000 habitantes, en aquellos procedimientos de contratación en los que los únicos trámites exigibles sean la previa reserva de crédito, conforme a la legislación presupuestaria aplicable, y la presentación de la correspondiente factura, la existencia de incompatibilidad en los cargos electivos locales determinará únicamente la concurrencia de una causa de abstención”.

muchas ocasiones a las entidades de economía social, cuya consolidación debe ser un pilar de esa estrategia local⁵².

Por otra parte, la existencia de las mismas reglas procedimentales con indiferencia del importe no resulta quizá lo más adecuado y convendría explorar unas reglas más implen en los contratos de importes sin interés transfronterizo y fijar una reglas diferentes, empezando por aclarar y diferencial el gasto menor del contrato menor /como se ha hecho en la Ley de simplificación de 2021 en Aragón). Además podría regularse un procedimiento abreviado, similar al del previsto en el artículo 159.6 LCSP donde los plazos fueran breves y sin excesivos trámites formales, presumiendo la solvencia del licitador contratista y donde la misma adjudicación implique la formalización. Incluso extender el régimen de acción concertada en la prestación de servicios a los ciudadanos lo que facilitaría mucho la gestión pública local y facilitaría consolidar las relaciones con el entorno económico y social.

Obviamente, hay que insistir en la utilidad (incluso necesidad) de cooperar entre administraciones locales. Al margen de situar el ejercicio de la contratación en entidades supramunicipales (la experiencia de centrales de compras en Cataluña avala esta solución) hay que recordar que puede ser muy útil la compra conjunta, ya sea ordinaria o esporádica. La complejidad de las necesidades públicas en un contexto de incertidumbres y tecnificación puede aconsejar la utilización de **fórmulas de compra agregada o conjunta esporádica**. (es diferente de la compra centralizada). El artículo 38 de la Directiva 2014/24 regula la compra conjunta esporádica (como sucede con el caso que nos ocupa).

“Artículo 38. Contratación conjunta esporádica

1. Dos o más poderes adjudicadores podrán acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas.

2. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores

⁵² El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo [El potencial de la contratación pública para las entidades de la economía social \(C/2025/100\)](#), Diario Oficial de la Unión Europea, viernes 10 de enero de 2025, serie C, llama a acelerar las medidas del plan de acción para la economía social de la Comisión Europea y hace hincapié en el uso estratégico de la contratación pública de cara a apoyar la economía social. EL CESE apoya iniciativas como [Buying for Social impact](#) y [We Buy Social EU](#), que, además de intercambiar conocimientos, permiten mejorar la comprensión mutua entre las autoridades públicas y los agentes de la economía social y la economía de proximidad, y pide la aplicación de la [Hoja de ruta de Lieja](#).

interesados, estos tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva. Ello se aplicará también en aquellos casos en que un solo poder adjudicador administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de los demás poderes adjudicadores interesados.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de los poderes adjudicadores interesados, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la presente Directiva con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia".

Esto significa que es posible jurídicamente encomendar por un poder adjudicador a otro poder adjudicador la adquisición de suministros o servicios u obras, para simplificar la tramitación y obtener mayores eficiencias administrativas y de prestación, asumiendo el encomendante el pago de la prestación por él solicitada. Esta opción, en la Administración local, presenta indudables ventajas a nivel de eficiencia organizativa y de "atracción" del mercado.

4.- Rearmar el modelo de colaboración público privada. El caso del impulso a la vivienda y el rol de las entidades locales: soluciones más allá del contrato público.

La nueva visión geoestratégica de la contratación pública aconseja impulsar nuevos modelos de colaboración público-privada que sirvan de impulso de la competitividad en Europa (y España)⁵³. Los modelos de colaboración público-privada en España no están funcionando adecuadamente, lo que supone una debilidad al modelo económico y la necesidad de impulso de la inversión privada⁵⁴. Son varias las causas que explican esta situación. En primer lugar la falta de claridad sobre el concepto de riesgo y ventura, pues en situaciones imprevisibles, que van más allá del "aleas" comercial ordinario, la Administración traslada ese riesgo en su

⁵³ El 29 de enero de 2025 la Comisión Europea presentó el documento denominado [Brújula para la Competitividad](#) al que la presidenta de la Comisión calificó como la nueva estrella polar. La Brújula se basa en las recomendaciones formuladas por Mario Draghi en su informe sobre el futuro de la competitividad europea.

⁵⁴ Vid. J.M. GIMENO FELIU, "La colaboración público-privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudadanía", *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 65, 2024 y LÓPEZ MORA, M^a E., en "Momentum de la Colaboración Público Privada y del Contrato de Concesión. Especial referencia a la legislación italiana", págs. 111 a 136, en el *Observatorio de los Contratos Públicos 2023*, Aranzadi, y en ["Diez años de la Directiva de Concesiones, en el Observatorio de Contratación Pública"](#), publicado el 15 de abril de 2024.

totalidad al contratista, lo que rompe el principio de honesta equivalencia de lo pactado. Falta de claridad también sobre el significado del concepto de riesgo operacional, que se vincula a una transferencia de riesgo de demanda en todo caso, lo que impide modelos colaborativos donde se transfiere el riesgo de disponibilidad (lo que es de especial interés en la gestión de infraestructuras).

Lo mismo sucede con la técnica del reequilibrio de las concesiones (la concesión no sólo debe nacer equilibrada económica y financieramente, sino que el equilibrio debe mantenerse durante toda la vida de la concesión, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, como un deber de la Administración Pública concedente y un derecho del concesionario privado), donde formalmente no se contempla el riesgo imprevisible y se niega la existencia de *factum principis* por actuaciones de otro poder público que incide directamente en la concesión. No resulta tampoco razonable que la autoridad pública concedente opte “ordinariamente” por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión).

Por otra parte, la interpretación de las reglas de desindexación de precios plantea serios interrogantes que afectan a la seguridad de las inversiones con unos indicadores que han quedado claramente desfasados y no son adecuados en contratos complejos y de larga duración.

Asimismo, la vinculación del plazo de concesiones a la tasa de retorno derivada de las reglas de desindexación desincentiva las inversiones privadas al incrementar los riesgos sobre la recuperación de la inversión con una rentabilidad razonable (que debería tener un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una “ilógica” visión estática de las medidas jurídicas).

Además, los incidentes en la ejecución derivados de imprevisibilidad se suelen resolver desde la imposición de la interpretación administrativa, con rigidez que pone en riesgo la viabilidad de la prestación y, por ello, del interés general. Lo que puede quebrar la garantía de la “rentabilidad razonable” que es un elemento esencial en todo procedimiento que moviliza inversión privada.

Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) conducen o a una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será mas elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.

Las inercias y resistencias al cambio, cierta “indolencia” administrativa y tendencia a precarización con precios a la baja alejados del estándar del

precio de mercado, la falta de cultura de cooperación, la “confusión” conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como también está observando la [OIRESCON](#))⁵⁵.

Frente a estas disfunciones, que no solo derivan del marco normativo, la solución pasa por un nuevo diseño, moderno y confiable, de colaboración público-privada⁵⁶. En primer lugar, optar por la regla de calidad/rentabilidad como eje decisional, preservando la legítima rentabilidad razonable del socio inversor, como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a las fórmulas de colaboración público privada (contractuales o no contractuales) deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de esta colaboración. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del socio privado que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (y donde ofertas a pérdidas puede poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación de los “servicios públicos”. Ni resulta razonable que la autoridad pública concedente opte por transferir riesgos económicos superiores a las que se asumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁵⁷.

Además, es esencial que la *fee* (rentabilidad) sea de mercado, y que la arquitectura jurídica preserve una rentabilidad razonable y confiable⁵⁸. Y en

⁵⁵ El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

⁵⁶ Me remito al libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit. Barcelona, 2017, en el cual, F. CAAMAÑO señala que un buen entendimiento de la colaboración pública privada la convierte en un instrumento fundamental para alcanzar el objetivo de mejor satisfacción del interés público (p.36).

⁵⁷ 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. Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

⁵⁸ La respuesta jurídica adoptada por España en relación a las alzas de precios derivadas de las últimas incertidumbre no parece la más adecuada. La técnica de la Ley de desindexación y la revisión de precios tienen una función diferente, y su aplicación formal y descontextualizada tiene efectos claramente ineficientes. Lo mismo con la interpretación restrictiva al equilibrio financiero tanto por *factum principis* (limitado a la decisión del poder adjudicador concedente) como los casos extramuros del vínculo contractual de la fuerza mayor como del riesgo imprevisible.

ciertos casos sería conveniente, según el tipo de prestación, optar por una “tasa de rentabilidad libre de riesgo”, que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo –que es superior a la de la deuda pública a medio o corto plazo– dado que es una inversión igualmente garantizada por el Estado. Y la arquitectura de modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado tiene que preservar dicha rentabilidad “razonable”, lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la “sesgada” de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas:

a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una “ilógica” visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero;

b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación a los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse “razonable”. Razonabilidad que implica “proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto”.

c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (*lex contractus*) que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza.

En ese contexto general conviene una reflexión sobre un caso concreto como es el relacionado con las formas de impulsar la vivienda para resolver el actual problema de dificultad de acceso de numerosos colectivos.

El Estado ha anunciado la creación de una empresa pública para impulsar la vivienda. Sin embargo, la competencia en vivienda es de las Comunidades Autónomas (en exclusiva) existiendo cierta competencia impropia de la entidades locales. En todo caso, hay que recordar la doctrina de prohibición del *spending power* del Tribunal Constitucional para evitar que mediante la financiación que concede el Estado se pueda laminar la distribución y ejercicio de competencias asumido por las Comunidades Autónomas. Entre otras, así se indica en la STC 242/1999, de 21 de diciembre al afirmar que “no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado” o, lo que es lo mismo, “*que el Estado... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial*” (FJ 6). La mera existencia de fondos presupuestarios y de la facultad de aplicarlos no

es un título competencial habilitante para actuar sobre una determinada materia⁵⁹.

Como complemento a esa finalidad, se modificó la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público para regular una nueva modalidad concesional en vivienda. Mediante el artículo 88 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social.(BOE N° 309 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2024) que introducía una disposición adicional quincuagésima séptima⁶⁰:

«Disposición adicional quincuagésima séptima. Régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión para la promoción de vivienda social o a precio asequible en suelo o inmuebles de titularidad pública.

Los contratos de concesión, cuando tengan por objeto la realización de actuaciones de construcción o rehabilitación sobre suelo o inmuebles de titularidad pública y vayan a estar destinados a vivienda social o a precios asequibles, estarán sujetos a la regulación establecida en esta ley de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que resulte aplicable atendiendo al objeto de la concesión, con las siguientes salvedades

a) El plazo máximo previsto en el artículo 29.6 podrá incrementarse hasta los ochenta años, quedando determinado de acuerdo con el período estimado de recuperación de la inversión.

b) No será necesaria la previa redacción de anteproyecto y proyecto por la Administración concedente, previstos en los artículos 248 y 249.

c) El órgano de contratación, con carácter previo a la licitación del contrato, aprobará un estudio de viabilidad económico-financiera, sin que resulte necesario someterlo a información pública ni sean preceptivos el previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, ni el del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. El estudio de seguridad y salud, o en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, así como el estudio de riesgos operativos y

⁵⁹ Así, no parece adecuado al marco constitucional español la pretensión estatal de incidir en la política de vivienda mediante una empresa pública estatal, que supone, en la práctica, una clara centralización, contraria a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm.79/2024, de 21 de mayo de 2024 que recuerda que “art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, ni constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, «sino que enuncia, [como consecuencia de su ubicación constitucional] "un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos" (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas)”.

⁶⁰ La no convalidación del Decreto Ley ha supuesto su derogación, sin que se haya vuelto a plantear su inclusión).

tecnológicos en la construcción y explotación de las obras serán realizados por el adjudicatario de la licitación.

d) *No será obligatoria la aplicación de la tasa de descuento prevista en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, pudiendo adoptarse para el cálculo del período de recuperación de la inversión una tasa de descuento comprendida entre el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses, y el resultado de incrementar dicho rendimiento por un diferencial de 400 puntos básicos. Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.*

e) *Se excluye a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la obligación de hacer referencia al umbral mínimo de beneficios y a la distribución de riesgos relevantes entre la Administración y el concesionario, previstos en el artículo 250.*

f) *No será necesaria la tramitación conjunta con el estudio de viabilidad del expediente de conveniencia y oportunidad que exige a las entidades locales el apartado 5 de la disposición adicional tercera.»*

Esta nueva regulación estatal (más allá de la mala praxis de técnica normativa por la que nos alejamos del objetivo de certeza jurídica en un ámbito tan sensible) presenta **al menos dos problemas**⁶¹. Uno de compatibilidad con el derecho europeo, que ha limitado los plazos de concesiones en 40 años, por lo que el plazo de 80 años resulta claramente contrario lo que pone en riesgo, por inseguridad jurídica, las posibles inversiones (a lo que se une la excepción a las reglas generales del modelos de concesión que, en mi opinión, se deberían extender a todas las concesiones).

Un segundo problema de idoneidad del tipo contractual pues lo más conveniente es utilizar las fórmulas de valorización patrimonial. Y si es así no parece que la técnica sea la de la concesión de obras o de servicios pues no hay (en muchas ocasiones no lo habrá) giro o tráfico administrativo que lo habilite. En este sentido, **la promoción de viviendas, incluida la promoción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública que limita los precios de venta o alquiler es un negocio típicamente privado**, realizado de forma ordinaria por promotoras privadas, aunque se beneficie de un régimen de fomento en función de las políticas públicas de impulso a la oferta de vivienda. Esa naturaleza privada de la actividad, típicamente empresarial, no se ve en absoluto afectada por el hecho de que el suelo sobre el que vaya a realizarse la promoción sea de titularidad pública. No sería, por

⁶¹ Vid E. LOPEZ MORA, "[Recientes salvedades del régimen jurídico del contrato de concesión](#)". Observatorio de Contratación Pública, enero de 2025.

tanto, idónea la figura de la concesión de obras o de servicios (y el error del modelo y su riesgo de fracaso jurídico pueden suponer un indudable freno).

En mi **opinión conviene utilizar modelos de cooperación público-público y público privada de naturaleza patrimonial y no propiamente de contratación pública** que faciliten, desde el reparto al ámbito competencial, dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 47 de ampliar la oferta de vivienda digna a los ciudadanos con menor capacidad de acceso a la misma. Se trata, además, de adaptar la solución a las concretas necesidades de cada zona concreta en España, donde existe una clara asimetría en lo referente a la concreta situación⁶².

Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más, pero de gran capacidad de transformación, entre las diferentes opciones de la administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. Las exigencias de buen gobierno y buena administración requieren un modelo cooperativo nuevo con el sector privado, que se alinee con la mejor satisfacción del interés general y de los objetivos de las políticas públicas, desde la confianza y la adecuada rendición de cuentas desde la perspectiva del resultado (en este caso, el acceso a la vivienda)⁶³.

Así, puede ser de interés una **fórmula de colaboración pública-pública (entre Comunidades Autónomas y Ayuntamientos** que lo consideren conveniente, lo que respetaría la autonomía local y pretende

⁶² El impulso a una moderna política pública de acceso a la vivienda es fundamental una solución jurídica que valore las propiedades públicas existentes (en muchas ocasiones de titularidad municipal). Evidentemente, para la Administración pública titular de los bienes no es indiferente el uso que el concesionario, superficiario o usuario privado por cualquier otro título jurídico, vaya a dar a esos bienes. Si a la propiedad privada se aplica su función social por imperativo constitucional, con mucha mayor razón esa función social es aplicable a las titularidades públicas. Su valorización por tanto no puede basarse en fines puramente económicos, sino que la puesta en valor tendrá que tener igualmente, de forma necesaria, un elemento social.

⁶³ La colaboración público-privada se refiere, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”, como señalaba la Comisión en su Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones -Bruselas, 30.4.2004 COM(2004) 327 final-. Es decir, es una estrategia de participación de las iniciativas privadas para el desarrollo de inversiones y actividades de interés público que difícilmente pueden ser asumidas por sí mismas por las Administraciones Públicas, ya sea por motivos técnicos, financieros o de riesgo

obtener sinergias administrativas para poder conseguir el objetivo de construcción de viviendas) que se **complementaría con una fórmula de colaboración pública-privada de carácter patrimonial**, para, con el sector privado, promover un parque de viviendas “atractivo” desde la perspectiva de su financiación y con seguridad jurídica en la concreta explotación que lamine los riesgos innecesarios que pueden hacer inviable la operación. Se facilitaría una adecuada conexión entre la disponibilidad pública de suelos aptos para que desde el sector privado con adecuada capacidad inversora y gestora (cooperativas, comunidades, asociaciones, promotores, constructores, inversores) con la de a poner en servicio público el importante patrimonio de suelo de las administraciones públicas locales.

La justificación de la utilización de las reglas de explotación patrimonial es que la causa no es obtener una obra pública, sino facilitar el acceso a una solución habitacional digna a ciertos colectivos sociales, un ámbito en el que ha sido tradicional la actuación de fomento de las distintas administraciones públicas. Esto significa que, como se ha indicado, la causa del negocio jurídico se aleja de la tipificación como concesión de obras o concesión de servicios, y justifica la opción de una colaboración público-privada patrimonial, a través de la explotación del derecho de superficie de la parcela correspondiente, cuando se pretende el retorno de las instalaciones al concedente del derecho de superficie (derecho de superficie que no implica cesión del dominio, constituido conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, en los arts. 84.1 y 3 y artículo 93 de la Ley 33/3003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y los artículos 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) o la cesión de uso de solar con opción de compra por los ciudadanos (la cesión de uso se mantendrá durante el periodo de explotación en régimen de alquiler. Tras la finalización del periodo de alquiler el ayuntamiento transmitirá la propiedad del suelo al adquirente final conforme al precio de tasación fijado en las bases de la licitación de explotación patrimonial)⁶⁴. Ambos, derecho de superficie y cesión de uso de solares con opción de

⁶⁴ Es importante en este sentido tener en cuenta la doctrina establecida en la Resolución TACP de Madrid núm. 49/2017 de 15 de febrero, en la que se dispone que: “el contrato atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión demanial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere de la cesión de un bien de dominio público mediante su utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido.”

compra, son derechos reales de contenido patrimonial, con la previsión de que el contratista adjudicatario asumiese como contraprestación el coste de la construcción y correcta disponibilidad al proyecto que se presentase.

Este contrato de valorización patrimonial, en sus dos modalidades, en tanto tiene como causa la explotación de propiedades públicas, se encuentra expresamente excluido 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 (LCSP) por su artículo 9.2, lo que justificaba aplicar la normativa específica para los negocios jurídicos relativos a explotación de bienes públicos.

El modelo **que se propone responde al objetivo de preservar la propiedad pública y el control efectivo de la finalidad pretende prestar, en orden a garantizar el acceso a un alojamiento digno, con costes proporcionados a las capacidades de ese sector** de la población laminando los riesgos a la inversión para favorecer la mayor implicación privada. Para ello, el **Gobierno autonómico, en el contexto de la previa cooperación público-público, puede asumir el rol principal de garante de la inversión privada de las propiedades que se construyan**, lo que hace atractiva para el socio privado la operación en tanto los riesgos de déficit de demanda o problemas de impagos son asumidos por el Gobierno autonómico.

Este modelo descansa en una **cooperación pública-pública multinivel donde es clave la implicación de las entidades locales**. En este negocio jurídico patrimonial la cesión de suelo del Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma se articulara mediante la figura del convenio, como modalidad de cooperación horizontal (art. 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y art. 6 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público) pues se cumplen los tres requisitos de: a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común y c) que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público. El convenio incluirá los pactos convenientes sobre articulación de esta colaboración y forma de ejecución de la misma. La fórmula del convenio con los Ayuntamientos puede incluir mecanismos de ayuda a los pagos a determinado sector de la población o en determinadas situaciones. El Gobierno autonómico, en aplicación del artículo 8 y 107 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, procederá a desarrollar un procedimiento de explotación patrimonial del suelo cedido de la finca pública. Las condiciones de explotación patrimonial incluirán los

precios del alquiler de las viviendas (y, en su caso, de compra final) que serán construidas por el adjudicatario seleccionado, sobre el inmueble objeto del derecho de cesión de uso indicado en el Convenio con la entidad local, así como los criterios de selección de los inquilinos de las mismas.

Obviamente, la explotación patrimonial de los solares públicos requiere una licitación pública aplicando las previsiones de la Ley estatal de Patrimonio de Administraciones Públicas de 2003 y las especialidades de la normativa autonómica. En virtud del convenio se puede establecer que corresponda al Gobierno autonómico los trámites administrativos de la licitación de la explotación. Licitación que podrá hacerse con diversos lotes y características concretas. La adjudicación para la explotación del derecho de superficie corresponderá a la mejor oferta conforme a los criterios fijados en el pliego. El pliego fijará los precios de alquileres y sus mecanismos de adaptación con el transcurso del tiempo (se evita especulación en la gestión y se garantiza la explotación patrimonial). Igualmente, podrá incluir mecanismos de ayuda a los pagos a determinado sector de la población o en determinadas situaciones. Tras la adjudicación el contratista ejecutará el derecho de superficie o la cesión de uso de suelo y promoverá la construcción bajo la vigilancia de calidad y plazos por parte de la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento (según lo que se pacte en el convenio). Finalizado el proceso constructivo se procederá a la explotación asumiendo el Gobierno autonómico el rol de garante de la inversión privada. La gestión de la explotación corresponde, en todo caso, al socio privado, que es quien asume la función de preservar la disponibilidad de las condiciones de las viviendas en los estándares determinados y que recibe la retribución del pago por parte del inquilino principal que es Gobierno autonómico, quien recibirá de los ciudadanos el importe del alquiler. Para evitar incertidumbres ajenas al riesgo y ventura conviene prever el mantenimiento de la **“honesta equivalencia de lo pactado”** en este negocio jurídico.

La **opción de compra por parte del inquilino (a través de la fórmula de alquiler con opción de compras)** que será elemento determinante de la explotación del derecho explotación patrimonial, introduce una solución flexible que además implica directamente al inquilino en el mantenimiento del inmueble a la vez que le facilita la adquisición inmobiliaria que puede facilitar fijación de población en determinados territorios. Esta condición se fijará en el pliego de la licitación.

En definitiva, esta modalidad de **colaboración multinivel con flexibilidad y con un impacto presupuestario diferido** al momento de la puesta a disposición de las viviendas, momento en el que deberá contemplarse la correspondiente habilitación presupuestaria en ese momento, **garantiza la mejor eficiencia de los recursos públicos, cumpliendo las exigencias de buena administración.** El contratista

privado asume, así, la inicial inversión (lo que por sí genera ya valor público) garantizando la retribución de la misma con la explotación y con la garantía del pago por parte del Gobierno autonómico, lo que facilita que todo posible inquilino pueda acceder y, en su caso, obtener una vivienda digna.

En esta modalidad de colaboración pública-privada se garantiza **al socio privado una rentabilidad razonable y confiable**, que es un elemento esencial en todo procedimiento que moviliza inversión privada, y **facilita un plazo amplio de explotación**. Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) conducen o a una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será mas elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración.

Este tipo de modelo colaborativo permite anclar, mediante un moderno modelo de cooperación público-privada las señas de identidad del Estado Social, facilitando el acceso de una vivienda digna a sectores de población expulsados del actual mercado especulativo y tensionado. Y, como consecuencia directa, se traduce en un impulso económico de un sector de indudable interés en España, lo que aportará un evidente valor al PIB nacional. Y, asimismo, tendrá un efecto anti especulación de la vivienda, ajustando los precios de una manera ordenada, sin necesidad de una indebida injerencia pública.

Esta solución, más allá de apriorismos ideológicos, responde al objetivo de preservar la propiedad pública, valorizarla y mantener un control efectivo de la finalidad pretende prestar, puesto que en ningún caso la Administración puede desentenderse del uso dado a sus bienes cuando los pone en manos privadas, en orden a garantizar el acceso a un alojamiento digno, con costes proporcionados a las capacidades de un sector de la población, reduciendo los riesgos a la inversión para favorecer la mayor implicación privada. En determinados casos en que se facilite la transmisión final de la propiedad se cumplirá igualmente con una finalidad pública que pretende garantizar la igualdad en el acceso del ciudadano a la opción de adquisición. La opción de compra por parte del inquilino (a través de la fórmula de alquiler con opción de compras) que será elemento determinante de la explotación patrimonial del suelo municipal que se pone a disposición, introduce una solución flexible que además implica directamente al inquilino en el mantenimiento del inmueble a la vez que le facilita la adquisición inmobiliaria que puede facilitar fijación de población en determinados territorios.

En definitiva, se trata de una valorización económica y social de unos bienes previamente de titularidad pública que piensa en los derechos del ciudadano. El contratista-socio privado asume, así, la inicial inversión (lo que por sí genera ya valor público) garantizando la retribución de la misma con

la explotación y con un garantía del pago por parte del Gobierno autonómico, lo que facilita la llegada al mercado de alquiler de viviendas con precio limitado de arrendamiento, pero que van a ponerse en el mercado por un promotor privado y van a ser objeto de una explotación privada, con una finalidad lucrativa para el promotor privado, aunque esa mayor disponibilidad de vivienda redunde también en el interés general.

5.- Geoestrategia e innovación: La adquisición de innovación no es siempre contratación pública.

Los objetivos de mejora de competitividad y de fomento de la innovación (no solo tecnológica) son fines de primer nivel europeo que exige una reflexión sobre cómo se impulsa en España⁶⁵. Por otra parte, **no puede desconocerse que la actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades)** y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a cualquier prestación de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Interesa recordar la [Recomendación \(UE\) 2022/2415 del Consejo de 2 de diciembre de 2022 sobre los principios rectores para la valorización del conocimiento](#), que establece los reglas para la valorización del conocimiento en Europa y donde se constata con claridad su régimen singular en tanto política clave europea claramente diferenciada de las reglas de la contratación pública⁶⁶.

Y una primera reflexión es que la inercia del siempre se ha hecho así, o el miedo a la propia innovación administrativa frena de forma indebida este importante fin europeo. A lo que se suma la inercia a aplicar en todo caso las reglas de la contratación pública cuando en muchas ocasiones no resulta adecuado. Y es que, los contratos derivados de la explotación de la propiedad intelectual no son contratos públicos y por ello tienen la consideración de contratos privados (art. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se

⁶⁵ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, Revista Ius Publicum núm. 1, 2018.

⁶⁶ La Comunicación de la Comisión titulada «Una nueva estrategia industrial para Europa», de 10 de marzo de 2020, y su actualización de 2021 subrayaban la importancia de la gestión de la propiedad intelectual e industrial, en particular sensibilizando a la comunidad investigadora sobre la propiedad intelectual e industrial, y anunciaban una estrategia de normalización, que respaldará una postura más firme sobre los intereses de la Unión. Dos de las principales prioridades del plan de acción de la Unión en materia de propiedad intelectual e industrial (3), de 25 de noviembre de 2020, para apoyar la recuperación y la resiliencia de la Unión son promover el uso y el despliegue efectivos de la propiedad intelectual e industrial y garantizar una mayor facilidad de acceso e intercambio de activos protegidos por la propiedad intelectual e industrial en tiempos de crisis

regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza⁶⁷. Estos contratos no puede tener nunca consideración de contrato público pues Pretender considerar toda transferencia de conocimiento a adquirir por un poder público como contrato público es ir más allá del concepto europeo de contrato público, desplazando con dicha interpretación de forma inadecuada y desproporcionada la normativa sectorial aplicable. Interpretación que, además, puede suponer un freno innecesario a la actividad de I+D en España, lastrando la competitividad y la financiación por transferencia de los organismos de investigación⁶⁸.

⁶⁷ Me remito a 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 incorporeales (derechos intelectuales)”, Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública, XVIII, Zaragoza, 2018.

⁶⁸ son negocios excluidos por no ser una “actividad de mercado”, y así lo reitera expresamente el vigente artículo 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI) ⁶⁸. La finalidad de este precepto, que debe ser interpretado junto con la previsión del artículo 60 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario⁶⁸, es valorizar la generación del conocimiento que proviene de los diferentes organismos públicos de investigación, aclarando que tendrán en todo caso la condición de contrato sometido al derecho privado y se aplicará la normativa patrimonial en tanto propiedad incorporal (negocio excluido de la LCSP ex art. 9.2), los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos con los organismos públicos de investigación que podrán ser adjudicados de forma directa sin sujeción a los procedimientos de la normativa de contratación pública. Aquí no hay duda interpretativa: si la prestación es, funcionalmente, generadora de conocimiento en los términos que expresa dicho artículo 36, no existirá contrato público por el hecho de que la entidad contratante sea un poder adjudicador. Así hay que entender, conforme a los parámetros teleológicos y sistemáticos que refiere el artículo 3 del Código Civil, la previsión del apartado 3 del referido artículo 36 de la Ley de la Ciencia al indicar que si la prestación, por el objeto, fuera un contrato de servicios y no de conocimiento, el poder adjudicador aplicará, lógicamente, -como se explica en el [Informe 32/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal](#)- la LCSP (se pretende evitar un fraude interpretativo para evitar una extensión indebida de la excepción). Por ello no podemos compartir la conclusión adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su [Informe 34/2023, de 13 de diciembre relativo “Sujeción a la normativa de contratación pública de un contrato a suscribir por una Administración, que tenga por objeto la transferencia de conocimiento de una universidad pública mediante la redacción de las”](#), pues, en nuestra opinión, aborda la interpretación de forma incorrecta, obviando la finalidad de la regulación de la Ley de la Ciencia y su clara determinación de valorizar la generación de conocimiento como prestación ajena a lo que se considera un contrato público. La

Resulta, pues, indubitado, que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual, como lo es un Estudio sobre una materia concreta con una propuesta de regulación jurídica, son contratos privados (y nunca un contrato público) ya que, junto a un evidente componente personalísimo que justifica la selección de la persona o equipo investigador, tienen, como generador de conocimiento, 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, como indica el artículo 10 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, se incluyen 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)⁶⁹. Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una Universidad Pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta

actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades) y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a estas prestaciones de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Por ello, la interpretación de la Junta de Cataluña viene a vaciar de contenido la previsión específica de la Ley de la Ciencia, “corrigiendo” la clara e inequívoca voluntad del legislador lo que, a mi juicio, supone una línea roja que no se debe superar.

⁶⁹ 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 a 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, consideran que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en tanto 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.

adquisición de conocimiento como contrato menor⁷⁰. La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado⁷¹.

6.- A Modo de breve recapitulación. La senda de nueva competitividad en Europa

La teoría U de Otto Scharmer (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*, 2017), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, pone en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de pública en este nuevo contexto social y político, y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

⁷⁰ C. AMOEDO SOUTO ("La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión", en libro colectivo Contratación Pública estratégica, Aranzadi, 2013, pp. 402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento.

⁷¹ 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. 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 que 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 y actual artículo 60 LOSU, son realizados por las Universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.

En un momento de superación de una larga crisis económica y, por desgracia, de desafección ciudadana y de excesiva polarización política, nos encontramos ante una ventana de oportunidad para reflexionar sobre el porqué y los cómo de la práctica de la gestión pública contractual, para poder discernir qué escenarios, dados por correctos bajo el principio de “siempre se ha hecho así”, exigen una diferente valoración (lo que según la teoría U sería la “presenciación”), para que, desde una reflexión objetiva, puedan abrirse nuevas decisiones o formas de actuación o satisfacción del interés público.

En el siglo XXI la función del derecho público, en su lucha por la buena administración⁷², y de la contratación pública (cada vez más globalizada⁷³), vinculada en sus inicios al principio de libre competencia, debe reformularse como herramienta para implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas). La competencia, por tanto, debe analizarse desde esta perspectiva de vinculación del contrato a políticas públicas donde prevalece el valor y el resultado. Competencia que debe preservar (y nunca comprometer) la mejor calidad en la prestación de los “servicios públicos”, que son también brújula ética del sector privado. La competencia, así, no es un fin en si mismo, sino una herramienta al servicio de la transformación social mediante la contratación pública. Y otro tanto cabe predicar de la gestión presupuestaria que otra herramienta, y no un fin, de la decisión pública (donde interesa la eficaz utilización de los fondos asignados y no el mero ahorro de los mismos). Desde esta perspectiva debe interpretarse el principio de libre competencia, alejándose de la idea de priorizar el precio como elemento de decisión en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración.

⁷² Por todos, J. PONCE SOLE, “La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

⁷³ A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DIAZ BRAVO y J.A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, Tirant lo Blanch, 2020. Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRIGUEZ ARANA, “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 201, pp. 29-54.

Es tiempo, de una nueva cultura de la gestión pública que pivote sobre una leal colaboración a nivel público-público y público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del triple *win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración. Lo que exige “cambiar el rumbo” tanto de la regulación como de la gestión (para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos) incorporando de forma decidida y cooperativa la tecnología⁷⁴. Y, por supuesto, del modelo de control, funcional y no formal (y menos burocrático) que permita el adecuado equilibrio entre “eficacismo y neogarantismo” (M. VAQUER CABALLERIA)⁷⁵, sobre un modelo de control *on time* y no meramente reactivo⁷⁶.

Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la “estabilidad” jurídica) conviene “re-educar” a los poderes públicos españoles para orientar su “fuerza de gestión” como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) donde toca tensar al máximo las costuras de nuestra gestión pública y del derecho público, para ir más allá de la inercia y del mantra de siempre se ha hecho así. Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor.

Es el momento de una nueva contratación pública en un escenario de geoestrategia que permita anclar las señas de identidad de los valores del proyecto europeo y orientar el buen gobierno y la buena administración, desde la contratación pública, hacia esa, en palabras de la presidenta de la Comisión, nueva estrella polar.

⁷⁴ Por todos, J.M., GIMENO FELIU, G. GARCÍA-ALVAREZ GARCIA, y J. TEJEDOR BIELSA, A, *La compra pública de tecnología en la nube en España. Deficiencias y sugerencias de mejora*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁷⁵ M. VAQUER CABALLERIA, “Para qué sirve el procedimiento administrativo”, en libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 75-78.

⁷⁶ De poco sirve, en un modelo de control externo en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidadas, notificar las causas “de una defunción”, cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo”, en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

